

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL -Sala Sexta de Revisión-

SENTENCIA T-353 de 2023

Referencia: Expediente T-9.120.231

Asunto: Revisión de la sentencia de tutela proferida dentro del proceso promovido por **CAC**, como agente oficiosa de su hija **DSAA**, contra Salud Total EPS S.A.

Magistrado sustanciador:
Antonio José Lizarazo Ocampo

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión del fallo de tutela proferido el 30 de junio 2022 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, dentro del proceso de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

1. La señora **CAC** es madre de **DSAA** quien, desde su nacimiento, ha sido diagnosticada con “*epilepsia, síndrome de Beckwith Wiedemann, onfalocela, escoliosis, dismenorrea, incontinencia mixta*”¹ y otras patologías que le impiden realizar, de manera autónoma, las actividades diarias necesarias para su subsistencia².

2. Como consecuencia de esas enfermedades, **DSAA** ha crecido más que el promedio de las mujeres de su edad, situación que exige un uso de fuerza significativa para ayudarla a trasladarse y para apoyarla en sus actividades diarias.

3. El núcleo familiar de la señora **CAC** está compuesto por su hija **DSAA** y por su mamá, la señora **OC**. El cuidado de **DSAA** ha estado principalmente a cargo de la señora **CAC** quien, a su vez, ha recibido apoyo de su mamá, la señora **OC**.

¹ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, p. 1.

² Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Historia clínica 06 de febrero de 2022, p. 5. Entre otras acciones, necesita apoyo para movilizarse de un lugar a otro o para realizar sus actividades fisiológicas.

4. La señora **OC** tiene 63 años y está diagnosticada con colporragia e hipertensión arterial³. Además, debido al esfuerzo físico que le exigía el cuidado de **DSAA**, en parte por su tamaño físico y su falta de movilidad autónoma, se enfermó de la columna y no ha podido seguir apoyando el cuidado de su nieta.

5. La señora **CAC** percibe en la actualidad ingresos económicos variables que provienen del trabajo informal y esporádico que realiza en el cuidado de adultos mayores⁴. Esos ingresos, teniendo en cuenta los gastos mensuales que asume para la manutención de su hogar, no son suficientes para contratar a un tercero para el cuidado de **DSAA**⁵.

6. Además de tener a cargo el cuidado de su hija **DSAA**, la señora **CAC** actualmente asume la responsabilidad económica del hogar ya que es la única que percibe, esporádicamente, ingresos económicos⁶. Hace unos meses, el 21 de junio de 2022, según la información del proceso de tutela, tenía un trabajo formal⁷, pero debió renunciar para cuidar a su hija **DSAA** ya que la señora **OC** no la pudo seguir apoyando en su cuidado por los problemas de salud que afronta.⁸

7. Por su parte, el padre de **DSAA** aporta, de manera esporádica, la suma de cien mil pesos para el cuidado de su hija y en la actualidad carece de un empleo formal⁹.

8. La señora **CAC** ha solicitado varias veces, de manera verbal, la autorización del servicio de cuidador para su hija **DSAA**. Una de esas ocasiones fue el 13 de mayo de 2022, oportunidad en la que, sin embargo, no se consignó anotación alguna sobre la autorización u orden del servicio de cuidador en la epicrisis emitida por Reintegrar Salud IPS S.A.S.

2. Solicitud de protección constitucional

9. El 14 de junio de 2022¹⁰, la señora **CAC**, en representación de su hija **DSAA**, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna¹¹. Si bien en la solicitud no se manifiesta de manera expresa cuál es la causa de la vulneración de los derechos fundamentales de **DSAA**, esta se puede deducir tanto de la solicitud de amparo como de la información que suministró en sede de revisión¹², en el sentido de que esa vulneración se deriva de que Salud Total EPS S.A. no ha autorizado el servicio de cuidador “*las 24 horas*”¹³ varias veces solicitado de manera verbal.

³ Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 1.

⁴ Ibidem, p. 2.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Según información reportada en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, la cual fue consultada por Salud Total S.A. EPS el 21 de junio de 2022 para dar respuesta a la tutela presentada. Expediente T-9.120.231. “6_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-9”. Informe para dar respuesta a la tutela, p. 1.

⁸ Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 2.

⁹ Ibidem, p. 2.

¹⁰ Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 1.

¹¹ Si bien en la acción de tutela no se mencionaron de manera explícita los derechos que se solicitan proteger, de una lectura de los hechos y las pretensiones de la acción, de los artículos citados de la Constitución, se puede deducir que son estos dos derechos los que se alegan vulnerados.

¹² Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023.

¹³ Al respecto, manifestó: “6.- PREGUNTA SEXTA (6): ¿CUÁNTAS VECES SOLICITO A SALUDCOOP O HA SOLICITADO A SALUD TOTAL EPS. S.A. QUE AUTORICEN EL SERVICIO DE UN CUIDADOR PARA SU HIJA? ¿EN QUE FECHAS ELEVÓ LAS SOLICITUDES? ¿QUÉ RESPUESTA OBTUVO? (ANEXAR SOPORTES). RESPUESTA: En varias oportunidades verbalmente, y en la epicrisis de fecha 2022-0125 acredito que solicité a REINTEGRAR SALUD IPS S.A.S la visita domiciliaria para que se suministrara un enfermero o cuidador para mi hija exponiendo las razones (en 1 folio anexo epicrisis). La IPS contesto, según la misma epicrisis, que la familia debe suplementar el cuidado diario del paciente, como compromiso de la familia porque cuentan con la responsabilidad y el conocimiento desde el momento que la protegida nació. Luego, con fecha 16 -03-23 la IPS CENTRAL DE ESPECIALISTAS ordenó la

10. En su opinión, las anotaciones médicas que aparecen en la historia clínica de **DSAA** señalan que es una persona dependiente que necesita del apoyo de terceros para sus actividades diarias, razón suficiente para que Salud Total EPS S.A. autorice el servicio de cuidador. Por lo anterior, solicita que se ordene la asignación de un cuidador “*las 24 horas*” a favor de **DSAA**.

3. Trámite procesal de instancia

11. La solicitud de tutela fue repartida al Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué el cual, mediante Auto de 14 de junio de 2022¹⁴, la admitió y le dio traslado a Salud Total EPS S.A.

4. Respuesta de Salud Total EPS S.A

12. Mediante escrito radicado el 21 de junio de 2022¹⁵, Salud Total EPS S.A. rindió informe sobre la solicitud de tutela presentada y pidió que se declare improcedente por ausencia de violación de derechos fundamentales. Señaló que: (i) **DSAA** fue valorada por los médicos de la IPS Reintegrar, quienes le realizan visita médica domiciliaria trimestral y que, en la última visita previa al inicio del proceso de tutela, ordenaron terapias físicas domiciliarias de dos sesiones a la semana y valoración por nutrición domiciliaria; (ii) no se ha emitido orden médica para atención por cuidador o servicio de enfermería, porque en la sentencia T-017 de 2021 la Corte Constitucional señaló que el concepto del médico tratante, que conste en una orden médica, es el principal criterio para establecer si se requiere un determinado servicio de salud; (iii) la asistencia que requiere la paciente no exige un entrenamiento especial o técnico de enfermería; (iv) según la “*Guía de Manejo de Paciente Crónico g334-ps v 1.0-2015*” la paciente no requiere procedimientos invasivos, ni ventilación mecánica ni aplicación especializada de medicamentos. Tampoco necesita monitoreo estricto de signos vitales, razón por la cual no requiere servicio de enfermería u otro servicio especial; (v) los familiares de **DSAA** deben asumir la responsabilidad de su atención y cuidado, los cuales no deberían ser brindados por una persona ajena como lo es un enfermero o enfermera; (vi) en el artículo 42 de la Constitución se señala que las relaciones familiares se basan en obligaciones recíprocas; (vii) la solicitud de cuidador para **DSAA** desconoce los deberes mínimos que tiene su familia, basados en la solidaridad y la obligación de auxilio y cuidado; (viii) la paciente no cumple los requisitos para el servicio de enfermería porque cuenta con familiares y su mínimo vital no está en riesgo; (ix) los familiares de la paciente, según la Ley 1306 de 2009, son quienes tienen el deber de custodia y protección; y, (x) en caso de ordenarse un servicio a favor de la paciente, en la decisión del proceso de tutela, se debe establecer la posibilidad de que la EPS haga el recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema de Salud (ADRES).

5. Decisión judicial objeto de revisión

atención de visita domiciliaria para pertenencia y cuidador, pero en la EPS SALUD TOTAL la respuesta fue negativa de manera verbal, ya que no avalaron este diagnóstico, argumentando que ese servicio se proveía previa sentencia judicial, conducta violatoria del artículo 8 del Decreto ley 0019 de 2012, aplicable a las EPS, IPS, ya que prestan un servicio público de salud por delegación del Estado.”. Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 3.

¹⁴ Expediente T-9.120.231. “4_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-5”. Auto admisorio.

¹⁵ Expediente T-9.120.231. “6_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-9”. Informe para dar respuesta a la tutela.

13. Mediante sentencia de 30 de junio de 2022¹⁶, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué resolvió:

*“(…) PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud, en conexidad con la vida digna de los cuales es titular **DSAA**, identificada con TI X.XXX.XXX.XXX*

*SEGUNDO: NEGAR el servicio de CUIDADOR a **DSAA**, por no cumplir con las condiciones jurisprudenciales, toda vez que no se probó la carencia de recursos ni la imposibilidad física, material del núcleo familiar de la paciente para asumir el servicio, tal como se sustentó en la parte motiva de esta sentencia*

*TERCERO: ORDENAR a la Dra. MAGDA XIMENA BUSTOS VARÓN en calidad de Gerente y Administradora de SALUD TOTAL EPS-S S.A Sucursal Ibagué y/o quien sea responsable del objeto social de la entidad., garantice efectivamente el SERVICIO INTEGRAL EN SALUD de **DSAA**, identificada con TI X.XXX.XXX.XXX, el cual deberá ser asumido por SALUD TOTAL EPS S.A.S, frente a los diagnósticos de ONFALOCELE, EPILEPSIA, ESCOLIOSIS, DISMENORREA, RETARDO DE DESARROLLO E INCONTINENCIA MIXTA; sumado a los dos patologías amparadas SÍNDROME DE BEDWICK WIEDEMAN y PARÁLISIS CEREBRAL; el cual debe comprender todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, terapias domiciliarias, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren y prescriban como necesario para el restablecimiento de la salud de la paciente; sin perjuicio de la facultad que le asiste de recobrar ante el ADRES, el costo de los servicios excluidos del PBS que deba asumir en cumplimiento de este fallo.*

CUARTO: NOTIFICAR la presente providencia conforme los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, la presente sentencia es impugnabile dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación. (Art. 31 ibidem). En caso de no ser impugnada la presente decisión, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”¹⁷

14. Para llegar a la anterior conclusión, argumentó que, según las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional, como en la sentencia T-015 de 2021, en el caso de **DSAA** no se debe ordenar el servicio de cuidador. Señaló las siguientes condiciones:

“(…) que (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio y (ii) cuando la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible, la cual incluye tres aspectos resumidamente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar la atención requerida en razón a la edad, una enfermedad o suplir una obligación básica, como proveer los recursos básicos de subsistencia (ii) resulte imposible brindar entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente y (iii) carece de los recursos económicos para asumir el costo de la contratación de este servicio (...)”¹⁸.

15. Frente al primer requisito, concluyó que las patologías que sufre **DSAA** son graves y sí exigen el servicio de cuidador. Sin embargo, con relación al segundo requisito, afirmó que la señora **CAC**, madre de **DSAA**, tiene 43 años y está afiliada como dependiente al sistema general de seguridad social en salud, ya que trabaja para la empresa “Aldea Infantil SOS Colombia”. También, que se consultó la información del padre de **DSAA** en la Base de Datos Única de

¹⁶ Expediente T-9.120.231. “7_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-10”. Sentencia de tutela.

¹⁷ Ibidem, p. 8.

¹⁸ Ibidem, p. 6.

Afiliados (BDUA) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde aparece como cotizante en el régimen contributivo. Por lo anterior, no se comprobó una imposibilidad material del núcleo familiar para asumir el cuidado de **DSAA**.

16. La anterior decisión no fue impugnada.

6. Actuaciones en sede de revisión

6.1. Selección y reparto del expediente

17. Mediante Auto de 19 de diciembre de 2022, la Sala de Selección de Tutelas Nro. 12 resolvió seleccionar el expediente de la referencia y lo repartió al suscrito magistrado sustanciador.

6.2. Pruebas practicadas en sede de revisión de la tutela

18. Mediante Auto de 24 de febrero de 2023, la Sala ordenó la práctica de pruebas e informó a las partes que, una vez recibidas, se pondrían a su disposición. El 27 de abril de 2023, la Sala Sexta de Revisión decidió suspender los términos del proceso de revisión por el plazo de un mes, a partir de la decisión, ya que no se había recibido en ese momento de la Secretaría General, el informe de ejecución del Auto de pruebas del 24 de febrero. Posteriormente, el 5 de mayo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional allegó al despacho del magistrado sustanciador, el informe de ejecución del mencionado Auto.

6.3. Información aportada por la accionante

19. La señora **CAC** envió comunicación el 12 de abril de 2023¹⁹ en la que manifiesta que: (i) su núcleo familiar se compone de su mamá **OC** y de su hija **DSAA**; (ii) su mamá tiene 63 años de edad y está diagnosticada con colporragia e hipertensión arterial, lo cual consta en la historia clínica aportada al expediente; (iii) su mamá carece de ingresos económicos y de propiedades inmuebles, y por las patologías que tiene no la puede ayudar a cuidar a su hija **DSAA**. Por tanto, señaló que ella es quien debe cuidar tanto a **DSAA** como a la señora **OC**. Lo anterior lo manifestó bajo la gravedad de juramento; (iv) debió renunciar a un empleo formal que tenía para cuidar a su hija y a su madre, y actualmente está afiliada al régimen subsidiado de salud; (v) sus ingresos económicos provienen de hacer turnos a domicilio para cuidar a pacientes enfermos, de manera esporádica e informal, y ascienden a \$900.000 pesos mensuales.; (vi) sus gastos mensuales ascienden a \$1.200.000 M/Cte., y paga arriendo de \$550.000 M/Cte., según contrato que anexó en copia; (vii) el padre de **DSAA** envía, de manera ocasional, \$100.000 para su cuidado; (viii) no ha demandado al padre de **DSAA** ya que no tiene un empleo bien remunerado y “su nivel académico es bajo”²⁰, motivo por el cual no se pueden acreditar sus ingresos; (ix) no puede atender de manera permanente a su hija porque debe estar pendiente de cualquier llamada para cuidar a algún paciente, y por las labores del hogar que son de carácter permanente; (x) ninguna persona le colabora en la actualidad con el cuidado de su hija; y, (xi) ha solicitado varias

¹⁹ Expediente T-9.120.231. “Respuesta CAC 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023.

²⁰ Ibidem, p. 2.

veces a Salud Total S.A. EPS, de manera verbal, el servicio de cuidador a favor de **DSAA**. Así mismo, el 16 de marzo de 2023, Central de Especialistas IPS ordenó visita domiciliaria para analizar la pertinencia del cuidador, pero Salud Total EPS S.A. negó la visita de manera verbal argumentando que ese servicio se provee previa sentencia judicial, conducta que violaría el artículo 8 del Decreto Ley 19 de 2012, aplicable a las EPS e IPS. Por último, el 29 de marzo de 2023 tuvo visita domiciliaria hecha por personal de Reintegrar Salud IPS S.A.S., en la que solicitó un enfermero o cuidador para su hija y se le informó que el apoyo de la familia es fundamental para la rehabilitación de la paciente²¹. En el registro que ese día se hizo en la historia clínica quedó constancia del estrés que enfrenta el hogar por el factor económico; que la señora **OC** ayudaba antes en el cuidado de **DSAA**, pero ese cuidado ahora está a cargo exclusivo de la señora **CAC**; que la señora **CAC** no tiene ingresos económicos fijos; y que el padre de **DSAA** aporta \$100.000 de forma esporádica para el cuidado de su hija.

6.4. Información aportada por Salud Total S.A. EPS

20. En mensaje de 12 de abril de 2023²², Salud Total S.A. EPS allegó: (i) histórico de medicamentos, servicios y tecnologías prestados a **DSAA** entre el 14 de febrero de 2023 y el 10 de abril de 2023; (ii) certificado de afiliación de **DSAA** al régimen subsidiado de salud; (iii) registro de historia clínica de **DSAA** del 22 y el 29 de marzo de 2023, en el que consta que llegó a las valoraciones médicas en silla de ruedas y en compañía de su mamá **CAC**, el 22 de marzo, y su abuela **OC**, el 29 de marzo; (iv) tabla de control de actividades domiciliarias para **DSAA**, elaborada por Reintegrar Salud IPS S.A.S., correspondientes a marzo de 2023, en la que aparece la firma de la señora **OC** en la constancia de cada sesión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

21. La Sala Sexta de Revisión, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para revisar la decisión judicial proferida dentro del proceso de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico y estructura de la decisión

22. Tal como se expuso en los antecedentes, la accionante solicita, en nombre de su hija **DSAA**, la protección de sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna, los cuales consideró vulnerados porque Salud Total EPS S.A. se ha negado a prestarles el servicio de cuidador “*las 24 horas*”²³ varias veces solicitado de manera verbal. En consecuencia, solicita que se le ordene a esa entidad asignar un cuidador permanente, durante las 24 horas, para **DSAA**.

²¹ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, pp. 3 (respuesta a oficio OPTB 065 de 2023) y 14 (historia clínica 29 de marzo de 2023).

²² Expediente T-9.120.231. “Mensaje de Salud Total EPS S.A.”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023.

²³ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, p. 1.

23. El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, negó el servicio de cuidador solicitado, pero ordenó que se garanticen todos los diagnósticos, servicios y procedimientos a su favor, según lo que valoren y prescriban los médicos como necesarios para el restablecimiento de la salud de la paciente.

24. En consecuencia, corresponde a la Sala revisar si el fallo de tutela proferido el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, debe ser confirmado por estar ajustado a derecho o revocado por carecer de fundamento en los términos de los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. En caso de ser revocado o modificado, se determinará si Salud Total EPS S.A. vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de **DSAA** al no autorizarle el servicio de cuidador.

25. Al efecto, la Sala (3) verificará que se cumplen los requisitos de procedencia de la solicitud de tutela, y (4) expondrá las razones por las que la sentencia revisada debe ser modificada y decidirá el caso concreto.

3. Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación en la causa de la parte activa

26. El artículo 86 superior establece que la acción de tutela es un mecanismo al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone que *“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**”*. (énfasis añadido)

27. En este caso, la tutela la presentó la señora **CAC** en representación de su hija **DSAA**, parentesco que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento de ésta²⁴. Sin embargo, en el momento en que fue presentada la solicitud de amparo, **DSAA** acababa de cumplir la mayoría de edad, razón por la cual, en principio, tendría la posibilidad de promover directamente la defensa de sus derechos.

28. Ahora bien, la Sala encuentra que en el presente caso se configura una agencia oficiosa, con base en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991. Según esta norma, los requisitos de la agencia oficiosa son: (i) que se exprese que se está actuando en defensa de intereses ajenos, es decir en ejercicio de agencia oficiosa; y (ii) que las personas agenciadas no estén en condiciones de promover su propia defensa²⁵, requisito que puede ser acreditado por el agente oficioso o por las circunstancias que rodean los hechos presentados en la acción de tutela²⁶.

²⁴ Expediente T-9.120.231. “5_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-7”. Anexos, p. 14.

²⁵ Corte Constitucional. SU-508 de 2020. Considerando 27.

²⁶ Ibidem, Considerando 28.

29. Sobre tales requisitos la Corte ha señalado²⁷ que (i) es válida la acreditación de la agencia oficiosa a pesar de que no se haga referencia explícita a la expresión “agente oficioso”, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que el agente actúa en esa calidad para defender los derechos del agenciado. También, (ii) que la ausencia de condiciones de la persona agenciada para promover su propia defensa se acredita cuando enfrenta circunstancias que la ponen en situación de vulnerabilidad. Así, en este caso, (i) en la acción de tutela aparece que la señora **CAC** presentó la solicitud de amparo en defensa de los intereses de su hija **DSAA**, ya que manifestó que la presentaba “en nombre y representación”²⁸ de ella. Además, (ii) según la historia clínica de **DSAA**, ella está diagnosticada con “*epilepsia, síndrome de Beckwith Wiedemann, onfalocele, escoliosis, dismenorrea, incontinencia mixta*”²⁹ y otras patologías que le impiden realizar de manera autónoma las actividades diarias necesarias para su subsistencia lo que, según las anotaciones médicas, la hace dependiente de la ayuda de terceros³⁰. De esta manera, enfrenta circunstancias que le impiden ejercer la defensa de sus derechos de manera independiente.

30. Por estas razones, la Sala encuentra cumplidos los requisitos de la agencia oficiosa para la defensa de los intereses de **DSAA**.

3.2. Legitimación en la causa en la parte pasiva

31. El mismo artículo 86 superior y los artículos 1º y 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares. Así, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental cuando alguna resulte demostrada.

32. En este caso, la tutela se presentó contra Salud Total EPS S.A., entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliada **DSAA**, según certificado aportado por dicha entidad³¹. Ante esa entidad se presentaron solicitudes verbales para el reconocimiento del servicio de cuidador, teniendo en cuenta su estado de salud y las circunstancias que enfrenta su núcleo familiar para proveer dicho cuidado. Conforme al artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud tienen la función de garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Beneficios de Salud (PBS). En consecuencia, el requisito de legitimación por pasiva también se encuentra satisfecho.

3.3. Inmediatez

33. La acción de tutela es un mecanismo expedito que busca garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Uno de los requisitos para evaluar su procedencia es la inmediatez. Lo anterior significa que, si bien la tutela puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable y

²⁷ Ver. Corte Constitucional, Sentencias T-428 de 2022 (considerando 43) y SU-150 de 2021 (considerando 138).

²⁸ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, p. 1.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Historia clínica 06 de febrero de 2022, p. 5. Entre otras acciones, necesita apoyo para movilizarse de un lugar a otro o realizar sus actividades fisiológicas.

³¹ Expediente T-9.120.231. “Mensaje de Salud Total EPS S.A.”. Certificado.

proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales so pena de que se determine su improcedencia³².

34. En este caso se cumple con la exigencia de inmediatez porque la solicitud de tutela fue presentada el 14 de junio de 2022 contra la falta de autorización para asignar un cuidador a favor de **DSAA** por parte de Salud Total EPS S.A., que según información reportada por **CAC**, le solicitaron a dicha entidad verbalmente en varias ocasiones³³, incluyendo el 13 de mayo de 2022 donde no se consignó anotación alguna sobre la autorización u orden del servicio de cuidador en la epicrisis aportada con el escrito de la tutela³⁴, la cual también fue aportada en el informe rendido por Salud Total EPS S.A. al rendir informe en el proceso de tutela³⁵. Por lo anterior, la acción de tutela fue presentada en un término razonable ante la falta de autorización para contar con el servicio de cuidador a favor de **DSAA**.

3.4. Subsidiariedad

35. De acuerdo con los artículos 86 superior y 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que (i) no exista un medio de defensa judicial; (ii) aunque exista ese medio, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o (iii) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

36. El proceso judicial que se puede surtir ante la Superintendencia de Salud, según las competencias jurisdiccionales que le otorga el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en especial su literal a), modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, es el mecanismo principal y prevalente para resolver asuntos de denegación del servicio por parte de las entidades promotoras de salud, cuando esté incluido en el Plan de Beneficio de Salud (PBS). Además de ejercer funciones jurisdiccionales, según los artículos 35 y siguientes de la Ley 1122 de 2007, dicha Superintendencia tiene competencias de inspección, vigilancia y control sobre las entidades promotoras de salud, lo cual le otorga la posibilidad de apremiar y sancionar cualquier incumplimiento que afecte los servicios de salud que deben ser garantizados a los usuarios del sistema. Así, la acción de tutela, para este tipo de controversias, tiene una funcionalidad residual³⁶.

37. Sin perjuicio de lo anterior, el juez de tutela debe analizar la idoneidad y eficacia del proceso jurisdiccional que se puede desarrollar ante la Superintendencia de Salud teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto. En la sentencia SU-124 de 2018, la Corte Constitucional definió que la acción de tutela es procedente cuando:

“a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.

³² Corte Constitucional, Sentencias T-526 de 2005, T-834 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-887 de 2009, T-328 de 2010, T-805 de 2012 y T-067 de 2020.

³³ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 3.

³⁴ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, pp. 5-6.

³⁵ Expediente T-9.120.231. “6_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-9”. Informe para dar respuesta a la tutela, pp. 1-2.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-124 de 2018. Fundamento 29.

b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.

c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.

d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.”³⁷ (énfasis añadido)

38. En el presente caso, se cumplen dos de los requisitos mencionados. Por un lado, **DSAA** se encuentra en una situación de vulnerabilidad ya que es una mujer en situación de discapacidad, diagnosticada con varias patologías que la ponen en estado de indefensión, lo que exige acciones positivas para lograr una protección igualitaria y prevalente de sus derechos fundamentales, entre otras razones porque tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional³⁸. Por otro lado, **DSAA** no tiene la posibilidad de acceder, de forma directa, a las sedes de la Superintendencia de Salud, ni de adelantar el procedimiento a través de internet. Las patologías que enfrenta le impiden actuar de manera autónoma y, por lo tanto, la hacen dependiente de terceros para acudir a la administración de justicia, como de hecho sucedió con la solicitud de amparo que presentó su madre, la señora **CAC**.

39. Exigirle a **DSAA**, o a su agente oficiosa, que acudan al proceso judicial ante la Superintendencia de Salud sería desproporcionado y podría constituir una barrera de acceso a la protección de sus derechos fundamentales. Además de la condición de discapacidad a la que ya se hizo referencia, el núcleo familiar de **DSAA** enfrenta una situación socioeconómica precaria. Su madre manifestó que tiene a cargo el trabajo de casa, y el cuidado de su hija y el de su mamá **OC**, quien también tiene varias patologías y es una persona mayor de 63 años. Además, que sus ingresos económicos son inferiores a sus gastos mensuales ya que provienen de labores informales y esporádicas derivadas del cuidado que presta a otras personas y que no le garantizan un ingreso constante ni las prestaciones de un trabajo formal. Esta situación económica se acredita con la clasificación que obtuvo en la última encuesta que hizo del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) en octubre de 2019 donde fue clasificada en la categoría B4 de “pobreza moderada”³⁹. Así mismo, tanto **DSAA**, como su madre y su abuela, están afiliadas al régimen subsidiado de salud ya que no tienen recursos suficientes para su vinculación como cotizantes⁴⁰. De esta manera, tanto **DSAA**, como su núcleo familiar, enfrentan circunstancias que permiten concluir que resultaría desproporcionado exigirles acudir primero a la Superintendencia de Salud para la protección de su derecho fundamental a la salud.

4. La decisión revisada será modificada

³⁷ Ibidem. Fundamento 29, punto número (ii).

³⁸ Corte Constitucional, sentencias T-139 de 2022; T-206 de 2019; T290 de 2020.

³⁹ Corte Constitucional, sentencias T-260 de 2020; T-061 de 2019.

⁴⁰ Expediente T-9.120.231. “Certificado (58)”. Certificado de afiliación de Salud Total S.A. EPS.

4.1. En el presente caso se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la prestación del servicio de cuidador

40. En el caso bajo estudio, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, tuteló parcialmente el amparo solicitado. Se abstuvo de ordenar el servicio de cuidador, pero ordenó garantizar la prestación de todos los demás servicios y procedimientos que requiera la joven de acuerdo con lo que prescriban los médicos tratantes. Lo anterior porque si bien las patologías de **DSAA** son de gravedad y exigen un cuidado permanente, lo cierto es que no se comprobó la imposibilidad material por parte de su núcleo familiar para asumir su cuidado. Sostuvo:

*“Encontrando que cumple con el primer requisito atendiendo las patologías graves que padece **DSAA**, ahora respecto a la imposibilidad material, pese a que la agente oficioso no allego (sic) la información solicitada, se puede apreciar en la respuesta de SALUD TOTAL y certificado de afiliación que registra una red de apoyo familiar en cabeza de la progenitora de 43 años, quien cotiza como dependiente, y labora para la empresa ALDEA INFANTIL SOS COLOMBIA y su compañero permanente Harold Fabian Huertas Devia, de la cual no se aportó mayor información que nos permita establecer que alguno de los integrantes no pueda seguir asumiendo el rol de cuidador, por edad o alguna enfermedad, desconociendo los ingresos del núcleo familiar y si ambos proveen al sostenimiento del hogar, este juzgado de manera oficiosa consulto al progenitor **JGA**, quien interpuso la acción de tutela en el 2014, registrando en el ADRES como cotizante régimen contributivo, motivo por el cual se **NEGARA** el servicio de cuidador a **DSAA**, toda vez que no se probó la carencia de recursos, ni la imposibilidad física, material y económica del núcleo familiar de la paciente para asumir el servicio.”⁴¹ (énfasis añadido)*

41. La Sala comparte el análisis del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué porque es cierto que las patologías que enfrenta **DSAA** son de gravedad y que, con las pruebas que reposaban en el expediente al momento de fallar, no podía sino negar el servicio de cuidador. Sin embargo, la Sala no puede desconocer que las circunstancias que tuvo en cuenta el juez de instancia para decidir variaron durante el trámite de revisión. De ello dan cuenta las pruebas allegadas a esta Corporación con base en las cuales se concluye que, en la actualidad, el núcleo familiar no cuenta con las condiciones materiales y económicas para asumir su cuidado. Por tanto, la Sala modificará parcialmente la sentencia objeto de revisión con fundamento en los argumentos y las precisiones que a continuación se exponen.

4.1.1. El servicio de cuidador y la protección del derecho fundamental a la salud

42. El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso y prestación debe garantizarse a todas las personas siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

⁴¹ Expediente T-9.120.231. “7_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-10”. Sentencia de tutela, p. 6.

43. Este sistema de seguridad social incluye la atención en salud como servicio público a cargo del Estado, la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 superior, debe garantizar *“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*; de tal manera que, cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de la salud, este no se puede interrumpir a causa de barreras administrativas que impidan el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para paliar o curar la enfermedad⁴².

44. El servicio de cuidador, según el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se establece el procedimiento de pago de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)⁴³ y de servicios complementarios, consiste en *“aquel 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”*. (énfasis añadido)

45. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que el servicio de cuidador abarca el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas que son dependientes de terceros para realizar sus actividades básicas, ya que por su estado de salud no las pueden ejecutar de manera autónoma⁴⁴. Este servicio no exige conocimientos calificados de un profesional de la salud, lo que lo distingue del servicio de enfermería en el que sí se requiere instrucción previa en salud ya que involucra la aplicación de procedimientos técnicos para el cuidado del paciente⁴⁵, como también de la atención domiciliaria, que en la actualidad es reconocida en el Plan de Beneficios de Salud (PBS)⁴⁶ como un servicio en el domicilio o residencia del paciente, por lo cual se cataloga como una modalidad de prestación de servicios extramural⁴⁷.

46. El servicio de cuidador, por tanto, no corresponde a un servicio en salud en estricto sentido, sino a un servicio complementario, según la definición de ese tipo de servicios que establece el numeral 17 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018, ya que *“(...) si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso está relacionado con promover el mejoramiento de la salud o prevenir la enfermedad”* (énfasis añadido). En efecto, *“(...) el apoyo y la asistencia en las actividades y necesidades básicas que presta un cuidador a la persona dependiente tiene un carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud”*⁴⁸ (énfasis añadido). Por lo anterior, la Corte también ha señalado que el servicio de cuidador debe estar a cargo, en primer lugar, del

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2017.

⁴³ La Unidad de Pago por Capitación (UPC), según el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, corresponde al valor per cápita que se le reconoce a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El pago de la UPC, a favor de las EPS, está a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), conforme al literal c) del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

⁴⁴ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional; Sentencias T-208 de 2017, T-017 de 2021 y T-015 de 2021.

⁴⁵ Este servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida. Corte Constitucional, sentencias T-017 de 2021; SU-508 de 2020.

⁴⁶ Servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), que deben ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a favor de sus afiliados, según el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

⁴⁷ Según el numeral 6 del artículo 8 de la Resolución 2808 del 30 de diciembre de 2022, del Ministerio de Salud y Protección Social, la atención domiciliar es el: *“conjunto de procesos a través de los cuales se materializa la prestación de servicios de salud a una persona en su domicilio o residencia, correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural.”*

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2017. Fundamento 10.

núcleo familiar, y solo en casos excepcionales del Estado, cuando se cumplen los requisitos⁴⁹.

47. De acuerdo con la interpretación y alcance jurisprudencial del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, todo servicio o tecnología en salud que no esté expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud (PBS), se entiende incluido en este, razón por la cual existe obligación de prestarlo⁵⁰. Al respecto, en la sentencia C-313 de 2014, cuando se revisó el artículo 15 del proyecto de la Ley Estatutaria 1751 de 2014, se dijo:

*“Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.”*⁵¹ (énfasis añadido)

48. Como el servicio de cuidador es un servicio complementario y no es un servicio en salud, no aparece de manera expresa en el listado de servicios y tecnologías en salud excluidos de ser financiados con recursos públicos asignados a la salud previsto en la Resolución 2273 de 22 de diciembre de 2021 expedida por el Ministerio de Salud y de Protección Social, y tampoco se encuentra expresamente reconocido en el Plan de Beneficios de Salud (PBS) que agrupa los servicios y tecnologías en salud financiados con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), cuya última actualización corresponde a la Resolución 2808 de 30 de diciembre de 2022.

49. Por el contrario, el servicio de cuidador está regulado como servicio complementario en la Resolución 1885 de 2018 donde se define su alcance (numeral 3, artículo 3) y el procedimiento para el recobro⁵² que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), y demás agentes o entidades recobrantes, pueden presentar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en los casos en los que deben prestar el servicio por orden del juez de tutela (numeral 8, artículo 39).

50. La Corte ha identificado una serie de requisitos para que, en casos excepcionales, con base en los principios de equidad y solidaridad que rigen el sistema general de seguridad social en salud, establecidos en los artículos 13 y 49 de la Constitución y en los literales c) y j) del artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la EPS asuma la prestación del servicio de cuidador a favor del paciente, siempre con la posibilidad de recobro ante la ADRES de conformidad con la Resolución 1885 de 2018. La Corte señaló en la sentencia T-208 de 2017:

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencias T-065 de 2018; T-458 de 2018; T-423 de 2019; T-015 de 2021 y T-017 de 2021, entre otras.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020; T-015 de 2021

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, fundamento 5.2.15.3.

⁵² Según el numeral 13 del artículo 3 de la Resolución 1885 del 10 de mayo de 2018, del Ministerio de Salud y Protección Social, el recobro es la: “solicitud presentada por una entidad recobrante ante la ADRES con el fin de obtener el pago de cuentas por concepto de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, según corresponda, cuyo suministro fue garantizado a sus afiliados y prescrito por el profesional de la salud u ordenados por fallos de tutela”

*“Así, se puede afirmar que los miembros del hogar deben solidarizarse con aquel familiar que se encuentra en situación de dependencia, siempre y cuando se hallen en posibilidad de atenderlo de manera permanente o puedan sufragar el costo que implica este servicio. De lo contrario, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, dada su obligación de proteger y asistir a los sujetos que, por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.”*⁵³ (énfasis añadido)

51. En consecuencia, la Corte ha precisado que el Estado como responsable del servicio público de salud, en virtud del artículo 48 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, tendrá la obligación de asumir el servicio de cuidador a favor del paciente si se verifica: *“(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo”*⁵⁴. Para constatar la imposibilidad material de asumir el cuidado por parte del núcleo familiar, se requiere demostrar que *“(a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; también porque (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”*⁵⁵.

52. En la sentencia que ahora se revisa, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, evidenció que el médico tratante consignó en la historia clínica de la paciente que ella padece distintos diagnósticos que la hacen “dependiente de terceros”, pero negó el servicio a cargo de la entidad promotora de salud porque no se encontró comprobada la imposibilidad material por parte de su núcleo familiar para asumir su cuidado⁵⁶. Argumentó que la señora **CAC** Avendaño tenía 43 años, contaba con un trabajo formal en la empresa “Aldea Infantil SOS Colombia” y, por lo tanto, tenía la posibilidad de contratar el cuidado de **DSAA**. También, que el padre de la paciente aparecía en la base de datos de la ADRES como cotizante del régimen contributivo, y que Salud Total EPS S.A. reportó que la señora **CAC** tenía un compañero permanente, sobre el cual no se aportó suficiente información adicional por parte de la entidad.

53. Igual que como lo sostuvo el Juez de instancia, la Sala encuentra que (i) el médico tratante consignó en la historia clínica de la paciente que ella padece distintos diagnósticos que la hacen “dependiente de terceros”. Los diagnósticos que aparecen son *“epilepsia, síndrome de Beckwith Wiedemann, onfalocela, escoliosis, dismenorrea, incontinencia mixta”*⁵⁷ y otras patologías que le impiden realizar de manera autónoma las actividades diarias necesarias para su subsistencia⁵⁸. Estos diagnósticos aparecen consignados en las epicrisis de 15

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2017, fundamento 10.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021, fundamento 5.8; sentencia T-015 de 2021, fundamento. 29.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2021, fundamento 5.9; sentencia T-015 de 2021, Ibidem; sentencia T-136 de 2020, fundamento 51.

⁵⁶ Expediente T-9.120.231. “7_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-54-38)-1668110078-10”. Sentencia de tutela, p. 6.

⁵⁷ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Acción de tutela, p. 1.

⁵⁸ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Historia clínica 06 de febrero de 2022, p. 5. Entre otras acciones, necesita apoyo para movilizarse de un lugar a otro o realizar sus actividades fisiológicas.

de marzo de 2021⁵⁹, 13 de mayo de 2022⁶⁰ y 29 de marzo de 2023⁶¹ que obran en el expediente. Allí aparecen anotaciones médicas donde se menciona que **DSAA** es “dependiente de terceros”⁶², es una “paciente con dependencia de cuidador para la realización de actividades básicas de la vida diaria”⁶³, está categorizada en el índice de Barthel de cero puntos⁶⁴, es decir que tiene dependencia para sus actividades básicas por “retraso mental grave” y “parálisis cerebral espástica cuadripléjica”⁶⁵.

54. Al respecto, la Sala subraya que la certeza médica sobre la necesidad de un cuidador no se restringe a la existencia de una orden médica, sino que también se puede acreditar con un diagnóstico médico cierto y actual que dé cuenta de la necesidad del paciente para recibir ese servicio debido a su dependencia del apoyo de terceros para realizar sus actividades diarias, el cual también puede aparecer en las anotaciones que el médico realiza en la histórica clínica del paciente. Por ejemplo, en las sentencias T-208 de 2017 y T-423 de 2019 se comprobó el cumplimiento de ese requisito a pesar de no existir orden del médico tratante, con base en los diagnósticos sobre la imposibilidad de garantizar el cuidado autónomo de los pacientes, tales como “daño cerebral severo”⁶⁶, “insuficiencia renal crónica en fase terminal” y “ceguera bilateral”⁶⁷.

55. Con respecto a (ii) la imposibilidad material del núcleo familiar de **DSAA** para asumir su cuidado, la Sala pudo constatar, con base en las pruebas aportadas en sede de revisión, que las circunstancias actuales de las señoras **CAC**, madre de **DSAA**, y **OC**, abuela de **DSAA**, les impiden asumir en este momento el cuidado que antes realizaban, debido a que ya no cuentan con los recursos físicos, materiales ni económicos necesarios para ello.

56. Primero, la señora **OC**, abuela de la paciente, según lo informó la señora **CAC** a la Sala, no tiene la capacidad física para apoyar su cuidado ya que es adulto mayor de 63 años y ha tenido sus propias patologías de consideración. Entre otras, fue diagnosticada con “cistocèle grado III”⁶⁸, razón por la cual fue objeto de un procedimiento quirúrgico el 30 de septiembre de 2022.

57. Segundo, la señora **CAC**, madre de la paciente, tiene también a cargo la obligación de cuidado de la señora **OC**, el trabajo de la casa, y además debe cumplir las obligaciones necesarias para proveer los recursos económicos básicos a través de trabajos esporádicos e informales consistentes en el cuidado de otras personas. Si bien antes tenía un trabajo formal, debió renunciar para ser la cuidadora de **DSAA** y de la señora **OC**⁶⁹. De esta manera, no tiene la posibilidad física de asumir el cuidado necesario de **DSAA**, sin sacrificar las

⁵⁹ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Epicrisis del 15 de marzo de 2021, p. 13.

⁶⁰ Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Epicrisis del 13 de mayo de 2022, p. 5.

⁶¹ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Epicrisis del 29 de marzo de 2021, p. 14.

⁶² Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Epicrisis del 13 de mayo de 2022, p. 5.

⁶³ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Epicrisis del 15 de marzo de 2021, p. 13.

⁶⁴ Ministerio de Salud. “Guía de Práctica Clínica. para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación del episodio agudo del Ataque Cerebrovascular Isquémico en población mayor de 18 años.” Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/gpc-profesionales-ataque-cerebro-vascular-isquemico.pdf>, p. 16. “Índice de Barthel (IB): Instrumento para evaluar la deficiencia. Mide 10 aspectos básicos de autocuidado y dependencia física. Una puntuación máxima es 100. Puntuaciones más bajas indican aumento de la deficiencia; un IB >660 corresponde a independencia asistida y un IB <40 corresponde a dependencia severa.” Expediente T-9.120.231. “1_73001407100220220008900-(2022-11-10 14-51-19)-1668109879-1.”. Epicrisis del 13 de mayo de 2022, p. 5.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-208 de 2017, fundamento 12.3.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-423 de 2019, fundamento 62.

⁶⁸ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Epicrisis del 15 de marzo de 2021, pp. 10-11.

⁶⁹ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 1.

necesidades de obtener recursos económicos para el sostenimiento del hogar, el cuidado de la señora **OC** y el trabajo en casa.

58. Tercero, el núcleo familiar en la actualidad carece de recursos económicos para asumir el costo de contratar la prestación del servicio de cuidador para **DSAA**. La señora **OC** no tiene ingresos económicos⁷⁰. Por su parte, la señora **CAC** renunció al trabajo formal que tenía para asumir el cuidado de su hija y de su madre⁷¹, y recibe ingresos económicos inferiores a sus gastos mensuales ya que provienen de labores informales y esporádicas derivadas del cuidado que presta a otras personas, lo cual no le garantiza un ingreso constante ni las prestaciones de un trabajo formal. En la respuesta al Auto de pruebas de 24 de febrero de 2022, la señora **CAC** señaló que sus ingresos mensuales ascienden a \$900.000 M/Cte. y sus gastos a \$1.200.000 M/Cte., para lo cual aportó copia de contrato de arrendamiento de su lugar de vivienda donde aparece pactado un canon de \$550.000 M/Cte.⁷². Esta situación económica se acredita, también, por la clasificación que obtuvo en la última encuesta que hizo del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) en octubre de 2019 donde fue clasificada en la categoría B4 de “pobreza moderada”⁷³. Así mismo, tanto **DSAA**, como su madre y su abuela, están afiliadas al régimen subsidiado de salud ya que no tienen recursos suficientes para su vinculación como cotizantes⁷⁴. Por lo anterior, la Sala encuentra probado que no tienen los recursos económicos suficientes para contratar el servicio de un cuidador para **DSAA**.

59. Cuarto, con respecto al padre de **DSAA**, si bien el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, consideró que su calidad de cotizante en el sistema general de seguridad social en salud era una razón adicional para considerar que existía la capacidad económica para asumir el cuidado de **DSAA**, la señora **CAC** informó que él no tiene recursos económicos suficientes ya que carece de empleo y solamente, de manera esporádica, aporta \$100.000 M/Cte. para la manutención de **DSAA**. Sobre estas circunstancias, la Sala pudo constatar que en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA del Sistema General de Seguridad Social en Salud aparece que el señor **JGA** fue retirado, desde el 6 de noviembre de 2022, del régimen contributivo en salud⁷⁵.

60. Quinto, con relación a la información entregada por Salud Total EPS S.A. ante el juez de instancia, según la cual la señora **CAC** tiene un compañero permanente que hace parte de su núcleo familiar, el señor **HFDH**, esa información no fue ratificada por ella cuando se le consultó por la conformación de su núcleo familiar en su respuesta al oficio OPTB 065 de 2023 enviado en cumplimiento del Auto de pruebas de 24 de febrero de 2023 que emitió el magistrado sustanciador. De igual manera, más allá de lo mencionado en el informe de Salud Total EPS S.A., no hay prueba alguna que indique que la señora **CAC** tiene un compañero permanente que pueda asumir el cuidado de **DSAA**. Su nombre no aparece en ningún documento de la historia clínica de **DSAA** donde se mencionan a las señoras **CAC** y **OC** como personas

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Expediente T-9.120.231. “Respuesta **CAC** 110423”. Respuesta a oficio OPTB 065 de 2023, p. 1.

⁷² Ibidem, pp. 2, 20-21.

⁷³ Corte Constitucional, sentencias T-260 de 2020; T-061 de 2019.

⁷⁴ Expediente T-9.120.231. “Certificado (58)”. Certificado de afiliación de Salud Total S.A. EPS.

⁷⁵ Información que aparece en: <https://www.adres.gov.co/consulte-su-eps>

responsables de la paciente, ni en las visitas domiciliarias en las que los médicos también especifican la conformación del núcleo familiar.

61. En suma, la Sala concluye que están dados los dos presupuestos jurisprudenciales para ordenar el servicio de cuidador a favor de **DSAA**, porque se comprobó (i) que existe certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que el servicio de cuidador no puede ser asumido en la actualidad por el núcleo familiar del paciente por existir imposibilidad material para hacerlo.

4.1.2. Condiciones del servicio de cuidador a favor de DSAA

62. Si bien la Sala ordenará el servicio de cuidador a favor de **DSAA**, en la parte resolutive de esta decisión, luego de verificados los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional, y con base en la información que obra en el expediente, es necesario fijar las condiciones de la prestación de ese servicio.

63. Tal como sucedió entre la decisión que se revisa y la que ahora se profiere, los recursos físicos, materiales y económicos del núcleo familiar de la paciente pueden variar en el futuro permitiendo que puedan volver a asumir de manera exclusiva el cuidado de **DSAA**. La obligación principal de cuidado recae en la familia de la paciente, con base en los artículos 1 y 42, y el numeral 2 del artículo 95 de la Constitución, y en el artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, razón por la cual solo de manera excepcional, cuando se cumplen los requisitos mencionados líneas atrás, el Estado como responsable del servicio público de salud y director del sistema general de seguridad social deberá compartir de manera concurrente esa obligación de cuidado del paciente con su núcleo familiar. Al respecto, en la sentencia T-032 de 2020 se afirmó:

*“Así pues, por ministerio del principio de solidaridad, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental”*⁷⁶ (énfasis añadido)

64. De lo anterior se desprende que el Estado tiene una corresponsabilidad con el cuidado y recuperación de los pacientes, a través de las entidades promotoras de salud que deben garantizar la prestación de los servicios del sistema general de seguridad social en salud según los artículos 177 y siguientes de la Ley 100 de 1993. Esa obligación del Estado para el cuidado de un paciente no es absoluta, ya que el cuidado se debe hacer de manera concurrente con la familia que, en la medida de las posibilidades de sus circunstancias físicas, económicas y materiales, debe apoyar dicho servicio. Igualmente, esa prestación del servicio de cuidador no puede ser intemporal porque las circunstancias que restringen las capacidades del núcleo familiar para prestar el cuidado del paciente pueden cambiar para que, en un momento dado, sean suficientes y, de esa manera, asumir dicho cuidado de manera directa. Por último, como la obligación concurrente es del Estado, la prestación del servicio de cuidador que asuma una entidad del sistema general de seguridad social en salud, como una entidad promotora de salud, tendrá que ser reconocida por la

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-032 de 2020, fundamento 5.9.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), a través del recobro que se debe presentar en virtud del numeral 8 del artículo 39 de la Resolución 1885 de 2018.

65. En el caso de **DSAA**, para que Salud Total EPS S.A. cumpla la orden de prestar el servicio de cuidador, se le exigirá a la entidad la designación de una junta de profesionales de la salud para que realice visita domiciliaria al hogar **DSAA**, dando cumplimiento a lo establecido en la Resolución 1885 de 2018⁷⁷ que regula la prestación de servicios complementarios, con el propósito de definir las necesidades de la paciente, el tiempo diario del servicio de cuidador requerido por el núcleo familiar, y los horarios en los cuales se prestará. La definición de los horarios para la prestación del servicio de cuidador deberá consultar y tener en cuenta las necesidades del núcleo familiar de **DSAA**, con el fin de garantizar que corresponda al tiempo en que, efectivamente, la madre tendría que ausentarse para percibir los ingresos económicos de su hogar. Ese análisis de la junta de profesionales de la salud será una oportunidad para considerar si, en este caso particular, el servicio de cuidador que Salud Total EPS S.A. debe garantizar podría ser prestado, de manera remunerada, por la señora **CAC**. Es decir, si Salud Total EPS S.A. considera viable contratar a la señora **CAC** para cumplir la orden que se emite en esta providencia, en caso de que ella así lo acepte. Dicha posibilidad surge de la actividad laboral que ejerce la señora **CAC**, quien actualmente recibe ingresos, de manera esporádica, del cuidado que ofrece a otras personas. Este eventual acuerdo podría satisfacer el interés de la señora **CAC**, de tener ingresos constantes y garantizar el cuidado de **DSAA**, y de Salud Total EPS S.A., de cumplir con la orden de asumir el servicio de cuidador a favor de **DSAA**⁷⁸. En todo caso, el acuerdo está condicionado a la libre manifestación de la voluntad tanto de Salud Total EPS S.A. como de la señora **CAC**.

66. Así mismo, Salud Total EPS S.A. podrá ordenar de manera periódica la consulta integral de control o de seguimiento por la junta de profesionales de la salud para hacer una valoración constante de la salud de la paciente, como también de las condiciones físicas, materiales y económicas de su núcleo familiar, incluyendo la evolución del estado de salud de la señora **OC**, con el propósito de verificar si en un momento dado ese núcleo supera la imposibilidad que enfrenta actualmente para asumir el cuidado completo de **DSAA**. En todo caso, el juzgado de instancia será el único competente para modificar la prestación del servicio de cuidador en caso de que pueda verificar, con pruebas suficientes, que el núcleo familiar de **DSAA** puede asumir directamente su cuidado, siempre garantizando los derechos fundamentales de la paciente que se están protegiendo en esta decisión. Esta competencia es otorgada por los artículos 27, 31 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

67. Los servicios complementarios que preste Salud Total EPS S.A. en virtud de la presente decisión, como el servicio de cuidador, podrán ser objeto de recobro por parte de la entidad promotora de salud de conformidad con la Resolución 1885 de 2018.

⁷⁷ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2808 del 30 de diciembre de 2022, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recurso de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁸ Conviene precisar que el ingreso que eventualmente recibirá la madre de Danna Sofía por su labor como cuidadora no puede afectar el seguimiento económico del equipo interdisciplinario al punto de indicar que el hogar cuenta con los recursos para cubrir este servicio.

5. Síntesis de la decisión

68. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional decide modificar la sentencia de tutela proferida el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, porque (i) si bien comparte que existe certeza médica sobre la necesidad de la paciente de recibir el servicio de cuidador a pesar de la inexistencia de una orden médica, en tanto se acredita con el diagnóstico que da cuenta de la necesidad de la paciente para recibir ese servicio debido a su dependencia del apoyo de terceros para realizar las actividades diarias, (ii) las circunstancias actuales de la familia de la paciente variaron durante el trámite en sede de revisión, evidenciando la imposibilidad de brindar su ayuda como cuidadores y la necesidad de que esta sea garantizada por la entidad prestadora de salud debido a que en este momento no cuentan con los recursos físicos, materiales ni económicos, necesarios para ello.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de tutela de 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué, excepto el numeral segundo que se **MODIFICA** en el sentido de conceder el servicio de cuidador a favor de **DSAA** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, **ORDENAR** a Salud Total EPS S.A. que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, designe y provea el servicio de cuidador a favor de **DSAA**, en los términos establecidos en la decisión. Al efecto, **ORDENAR** a Salud Total EPS S.A. designar una junta de profesionales de la salud, para definir las condiciones del servicio de cuidador y realizar las visitas domiciliarias periódicas de seguimiento y control, según lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia. Las condiciones del servicio de cuidador, frente al horario del servicio, no podrán restringir el tiempo necesario para que la señora **CAC** ejerza su capacidad laboral en actividades que le permitan percibir los ingresos para su hogar. Tanto el servicio de cuidador, como la junta de profesionales de la salud, son servicios complementarios sobre los que Salud Total EPS S.A. puede presentar recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), de conformidad con la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y la Protección Social.

TERCERO. CONFIRMAR las demás órdenes de la sentencia de tutela de 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué.

CUARTO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General