



Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso

Sogamoso, trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

ACCION : TUTELA.
ACCIONANTE : EDITH CECILIA TOVAR GARCÍA
AGENTE OFICIOSO DE HERNANDO CRISTANCHO CELY
ACCIONADO : SANITAS E.P.S.
RADICACIÓN : 157594003001-2019-0336-00

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la señora EDITH CECILIA TOVAR GARCÍA actuando como agente oficioso del señor HERNANDO CRISTANCHO CELY contra SANITAS E.P.S, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la dignidad humana.

I.- LA DEMANDA.

Refiere la demandante que su esposo HERNANDO CRISTANCHO pertenece al sistema de salud, a SANITAS E.P.S en el régimen contributivo en calidad de pensionado, contando con 67 años de edad.

Indica que el señor CRISTANCHO fue diagnosticado hace cuatro años con "TRASTORNO MENTAL, SECUELAS DE INFARTO CEREBRAL Y OTROS TRASTORNOS AFECTIVOS BIPOLARES, TRASTORNO, MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES, VEJIGA NEUROPÁTICA NO INHIBIDA, INCONTINENCIA URINARIA".

Además manifiesta que el día **10 de julio de 2019**, el médico tratante doctor GABRIEL LOPEZ VEGA, del centro médico EGEIRO SAS ordenó lo siguiente:

"Paciente con secuelas ACV, trastorno mental 2, múltiples caídas, dependencia o escala de Berthel 40/100. Se solicita apoyo para manejo en casa según indicación E.P.S, enfermera auxiliar en el día"

Expresa que el día 11 de agosto de 2019, dentro del Hospital Regional de Sogamoso, dentro de la Historia Clínica se estableció "*se considera que amerita supervisión y acompañamiento permanente de personal capacitado diurno, por tanto, se solicita a la E.P.S evalúe la condición del paciente la escasa red de apoyo y cuadro afectivo que viene presentando la cuidadora*".

Que debido a la patología sufrida por su esposo, hace cuatro años que **se encuentra en el cuidado total de su salud**, por lo que debió renunciar a su actividad laboral; que en la actualidad tiene 55 años de edad y padece de una lesión en la columna, por lo que no puede realizar el traslado a otros lugares debido al peso del mismo.

Menciona que la E.P.S SANITAS, envió una profesional de la IPS BEST HOME CARE S.A.S., pero la misma no ha hecho los trámites para que la EPS SANITAS ordene la enfermera o profesional domiciliario.

Solicita como petición especial sea **amparado** el derecho fundamental a la vida, la salud y a la dignidad humana, por su carácter de especial y fundamental de los derechos de las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta la omisión realizada por la entidad E.P.S SANITAS, y con el fin de que se realice de manera inmediata la orden y disposición de una *auxiliar de enfermería o profesional en enfermería* las **veinticuatro (24) horas del día**.

Como pretensiones depreca se ordene a SANITAS EPS autorice, ordene, designe y facilite de manera prioritaria, un *profesional en enfermería* para el cuidado de su esposo HERNANDO CRISTANCHO CELY, con el fin de que realice las actividades tendientes al cuidado y atención del paciente *las veinticuatro horas del día*, debido al estado del paciente. Además se ordene a la entidad accionada sean prestados todos y cada uno de los servicios ordenados por el médico tratante, de una manera integral en la ciudad de Sogamoso, con el fin de contrarrestar la enfermedad que sufre su esposo.

II. TRAMITE

La demanda de tutela fue radicada el día 4 de septiembre de 2019 (fl. 14) y este Despacho a quien correspondió por reparto la demanda, en providencia de la misma fecha avocó su conocimiento, dispuso la notificación de las partes y solicitó a la entidad accionada informar a este Despacho sobre los hechos de la tutela.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. SANITAS EPS. El Doctor EDUARDO JOSÉ BARRIOS GUZMÁN, obrando en calidad de Oficina – JAP informa (fl.16 a 21).

indica que el señor CRISTANCHO se encuentra afiliado a la EPS SANITAS S.A. en calidad de cotizante pensionado, contando a la fecha con 308 semanas de antigüedad a EPS SANITAS S.A. El ingreso Base de Cotización corresponde \$828.116.00.

manifiesta que el señor CRISTANCHO presenta diagnósticos clínicos de "*SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, ALUCINOSIS ORGÁNICA, OTROS TRASTORNOS AFECTIVOS BIPOLARES*", solicitan a la EPS SANITAS: SERVICIO DE ENFERMERÍA 24 HORAS Y TRATAMIENTO INTEGRAL.

Expone a demás los servicios médicos prestados al paciente, entre los que se cuentan consulta de control por psiquiatría, entrega de medicamentos y pañales.

Indica que la anterior relación evidencia que el señor CRISTANCHO se le ha brindado las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido, a través de un equipo multidisciplinario de acuerdo a su estado de salud.

Informa que de acuerdo a la solicitud del médico especialista en medicina interna se realizó valoración, por el programa domiciliario en cabeza de la Dra. Diana García quien considera que "*no requiere enfermería debido a que el usuario requiere cuidador y documenta en historia*

clínica no apoyo familiar, se autorizó valoración por medicina general y terapias requeridas, no necesita auxiliar de enfermería según historia clínica”

Aclara que el servicio de enfermería se proporciona en situaciones en que el paciente necesite la administración de líquidos o medicamentos endovenosos, bombas de infusión, inicio de soporte nutricional especial y en los primeros días de entrenamiento a la familia.

Indica que la enfermera no cubre si la paciente necesita un cuidador, ya que este puede ser un familiar que le colabore apoyándola en los cuidados básicos en la vida diaria como el suministro de alimentos, aseo personal y autocuidado, tareas en estricto sentido corresponden a los familiares de la paciente, por ser los primeros obligados, según la Constitución y las normas civiles, a proveer lo necesario para velar por su cuidado, sin que pueda admitirse bajo ninguna circunstancia, que el personal de salud, o el administrativo de la E.P.S deban entrar a suplir a los familiares.

Así mismo expresa que el servicio de cuidador no está cubierto de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5587 de 2018, esta cobertura solo está dada para el ámbito de la salud y no abarca los recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de la salud.

Considera que la familia no puede apartarse de su responsabilidad respecto de los cuidados básicos y acompañamiento que necesita el accionante y no puede trasladar la responsabilidad a E.P.S SANITAS S.A. ya que esta entidad no cumplirá con la cobertura económica y garantía de acceso de la paciente a los servicios de salud, sin embargo, no puede prestar servicios de apoyo y asistencia social que no le corresponden.

Expresa que de acuerdo a la Constitución y a la jurisprudencia, al núcleo familiar de la paciente le corresponde involucrarse en todas las actividades que requiera durante el proceso de su enfermedad ya que en concordancia con la definición del derecho a la salud, el respeto de la dignidad humana y el ejercicio del principio de solidaridad, les asiste, sin que pueda ser posible que no cumplan con su responsabilidad frente a la atención y protección del enfermo; es decir que los familiares del señor CRISTANCHO deben asumir sus labores de cuidador.

De otra parte y en lo que hace referencia al tratamiento integral, sin que se cuente con orden o prescripción médica, considera que o se puede presumir que en el futuro E.P.S SANITAS S.A. vulnerara o amenazara los derechos fundamentales del señor CRISTANCHO, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán, razón por la cual solicita la negación de dicha pretensión.

Como peticiones solicita se declare que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados por la señora EDITH CECILIA TOVAR GARCIA en

representación del señor HERNANDO CRISTANCHO CELY por los motivos expuestos y en consecuencia de deniegue las pretensiones de la presente acción constitucional.

Así mismo solicita que en caso de que se tutelen los derechos invocados por el accionante se delimite el fallo en cuanto a la patología objeto de amparo y que dio origen a la acción de tutela, estableciéndose que la prestación de las tecnologías en salud proceden siempre y cuando se cuente con orden y/o justificación de los médicos tratantes de la EPS SANITAS y los mismos que sean proporcionados en instituciones adscritas a la red de prestadores.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Asunto a resolver.

El Juzgado debe establecer si SANITAS E.P.S vulnero los derechos fundamentales a la Vida, a la salud y a la dignidad humana del señor HERNANDO CRISTANCHO CELY, en tanto no se ha autorizado la orden para el servicio de enfermería en la forma ordenada por su médico tratante, como apoyo para el manejo en casa de su patología.

4.2. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, preferente y sumario, que tiene por finalidad la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos expresamente consagrados en la ley.

La misma norma en cita dispone que la ley debe establecer los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio Público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada a: i) que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público; ii) que el particular afecte gravemente el interés colectivo y, iii) que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente al particular. En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numeral 4º establece lo siguiente: *“Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 4º Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”* Sentencia T-707/08, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Según el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, que en términos de la reiterada Jurisprudencia

Constitucional deben ser idóneos, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; resulta improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, e igualmente, cuando la violación del derecho ocasionó un daño consumado. La protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

4.3. Alcance de los derechos invocados.

Lo primero que hay que señalar es que el **derecho a la salud** dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma Corporación en un **derecho fundamental autónomo**, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor Manuel José Cepeda Espinosa en la que se precisó:

“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’(…)Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...”

En esta sentencia la Corte puntualizó que se transgrede el derecho fundamental a la salud cuando se niega la prestación de servicio o medicamento que se requieren con necesidad, aun cuando no están incluidos en el POS:

“2.1.1. ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante, cuando no autoriza a una persona un servicio que *requiere* y no puede costearlo por sí misma, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud? La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que *requiera*, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (*ver apartado 4.4.3*). Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que *requiera con necesidad*, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(...)

Como se dijo, el derecho constitucional a la **salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran** (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

(...)

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un *irrespeto* el derecho a la salud

(...)

4.4.3.2. De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que *requiera*. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona *requiere* un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien *requiere* el servicio.

(...)

...Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) *la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio*; (iii) *el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*; y (iv) *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo*.”[198] En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se *requiera* [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] *con necesidad* [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) *esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,[199] como en el régimen subsidiado,[200] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,[201] a la enfermedad que padece la persona[202] o al tipo de servicio que ésta requiere.[203]”[204]*

(...)

4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.[208] (...) - destacados fuera de texto-

Destaca la Corte además que la prestación de los servicios debe ser oportuna y eficiente:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[287] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un *irrespeto* a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de las personas con VIH o sometidas a tratamientos con antibióticos, donde el suministro oportuno de los medicamentos requeridos es indispensable no sólo para conservar el grado de salud de una persona, sino también para evitar su deterioro”.

Se dirá también, que el vínculo del derecho a la salud, no necesariamente está sujeto a los planes de cobertura en salud, pues tal prerrogativa se extiende a otras garantías inherentes al ser humano, como lo es la integridad personal. Así lo consideró el Alto Tribunal de la Justicia Constitucional, en Sentencia T-362/16 en la que reiterando lo manifestado en sentencia T-760 de 2008, señaló:

“(...) la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. En dicha ocasión argumentó, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación del servicio debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal.

La citada sentencia señaló:

“En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad (SIC) de la persona o su integridad personal.

En cuanto al derecho a la **Dignidad Humana** la Corte Constitucional en Sentencia T-171 de 2018 indico lo siguiente:

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

“3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”[23].

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.[24]

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión *derechos fundamentales* es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud. (...)

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”[26].

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.[27]” Subraya fuera de texto

4.4. Decisión del caso.

Respecto de la prestación de los servicios de enfermería y cuidador tiene dicho la Corte Constitucional en sentencia T-154 de 2014, lo siguiente:

“La agente oficiosa manifestó que el señor Sanabria Gaitán se encuentra “*postrado en un cama*”[3], motivo por el cual, en sede de tutela solicitó que se le ordenara a la entidad accionada suministrar a su padre el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria 24 horas, pues “*su condición no se limita a un*

simple cuidado particular, familiar o a la participación activa del núcleo familiar”[4]. Al respecto de esta pretensión, la tutelante adujo que Cafam EPS negó dicho servicio por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (en adelante POS-S), no estar ordenado por el médico tratante, y tratarse de actividades propias de un cuidador, más no de un(a) auxiliar de enfermería.
(...)

Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extrahospitalaria “que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”[43]. Además de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología” la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”.

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria[47] de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado[48], y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan[49].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud[50], y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).
(...)

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.- destacados fuera de texto-

El servicio de atención extra hospitalario está previsto hoy día en la **Resolución 5269 de 2017** en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC). Precisamente el Artículo 26 prevé esta modalidad de atención como una *“alternativa a la atención hospitalaria institucional”* la cual debe ser concedida en los casos en que el medico conecedor del caso lo estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado, responsabilidad necesariamente que debe ser ejercida por una persona idónea con conocimientos específicos como lo es **una enfermera**.

Sin embargo lo expuesto por la Corte Constitucional no ha sufrido modificación, pues en reciente sentencia, sostiene que para que pueda disponerse el acompañamiento de un profesional de la salud es necesario que **exista criterio médico que así lo determine**, sin que corresponda al Juez Constitucional, fijar o no el servicio, amén de no ser de la órbita de sus competencias profesionales. En igual sentido se mantiene el criterio referente a la exclusión del mero cuidador; carga que por consecuencia y en principio debe ser asumida por la familia en virtud del principio de solidaridad, de modo que en casos muy excepcionales en los cuales resulte imposible exigirlo debe asumirlo el Estado. En concreto, en la sentencia **T -065 de 2018** explica:

“Esta Corporación 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.¹

De conformidad con esto, 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 que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.**²

En relación con la atención de cuidador³, 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 salud⁴.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico⁵, esta Corte ha entendido que, al menos **en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado**⁶. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta⁷. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una

¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

² Ibidem.

³ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: *“(f) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”*

⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

⁵ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: *“Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas”.*

⁶ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la negativa que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

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.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, 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”⁸ se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016⁹ estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente¹⁰. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte 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.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren¹¹. 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 vínculos¹².

(...)

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.¹³

Es así como 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 Estado¹⁴.

Se subraya que para 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 servicio¹⁵.

⁸ De conformidad con la Resolución No 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.”

⁹ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

¹⁰ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

¹¹ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: “el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.”

¹² Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que “los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)”.

¹³ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

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

¹⁴ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “aunque en principio las entidades promotoras de salud no son llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado circunstancias excepcionales 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.” (negritas fuera del texto original)

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

Esta Corte en Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención

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 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, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este 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.” – se destaca-

Pues bien, al analizar el caso sometido a decisión judicial debe señalarse en primer lugar que el agenciado señor HERNANDO CRISTANCHO CELY de acuerdo a los documentos médicos aportados padece serios padecimientos de salud. En concreto:

“TRANSTORNO MENTAL NO ESPECIFICADO DEBIDO A LESION Y DISFUNCION CEREBRAL
SECUELAS DE INFARTO CEREBRAL
OTROS TRANSTORNOS AFECTIVOS BIPOLARES”

En el resumen de atenciones se lee: “se cae mucho ansioso conductas bizarras especialmente noche grita se desviste no duerme, agresivo...” (f. 9 3 de julio de 2019). En otra atención “*Cuadro clínico de aproximadamente 4 años posterior a ECV... presenta alteraciones de memoria global, inquietud psicomotora, hemiparesia derecha, alteraciones del patrón del sueño, labilidad afectiva, irritabilidad y conductas heteroagresivas con su cuidadora....Asociado al cuadro es claro y evidente que su cuidadora está presentando síntomas de depresivos ansiosos reactivos a su labor como cuidadora*” (f. 11 11 de agosto de 2019)

Estas importantes secuelas de su ECV han determinado en dos ocasiones la prescripción de apoyo profesional para su manejo. Así en la atención de fecha 10 de julio de 2019 (f. 10) el Médico Internista Dr. GABRIEL LOPEZ VEGA, señala: “*Paciente con secuelas de ACV, trastorno mental 2, múltiples caídas, dependencia o escala de burthel 40/100. Se solicita apoyo para manejo en casa según indicación EPS. Posible enfermera auxiliar en el día por mínimo 4 a 8 horas*” - se destaca--

En subsiguiente atención esta vez de fecha 11 de agosto de 2019, la Especialista en Psiquiatría CAROLINA NARIA CRISTANCHO, señala: “*...así mismo se considera que amerita supervisión y acompañamiento permanente de personal capacitado diurno por tanto se solicita a EPS evalué la condición del paciente...*” - se destaca-

domiliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que “ (i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio”.

De esta manera, innegablemente existen dos conceptos médicos de especialistas en *medicina interna y psiquiatría* que han considerado la necesidad de brindar al señor HERNANDO CRISTANCHO CELY atención medica por personal capacitado o auxiliar de enfermería para el manejo de sus serios trastornos de salud tanto a nivel físico como psiquiátrico.

No se trata en consecuencia de una orden para cuidador y aunque, la EPS accionada pretende oponerse a la solicitud indicando que “...se realizó valoración por el programa domiciliario en cabeza de la Dra Diana García quien considera que no requiere enfermería debido a que el usuario requiere cuidador...no necesita auxiliar de enfermería según historia clínica” (f. 16 vto) el Juzgado destaca que no se aportó a la contestación de la demanda el concepto médico que se refiere o el soporte de Historia clínica que permita aceptar el argumento de la EPS accionada. De allí que entonces, no pueda con base en esas solas manifestaciones resistir las comentadas prescripciones médicas, pues para controvertirlas requería insoslayablemente un concepto técnico científico que así lo sustente.

En consecuencia es latente la afectación de los derechos fundamentales incoados por la señora EDITH CECILIA TOVAR como agente oficioso de HERNANDO CRISTANCHO CELY, por lo cual, el Juzgado ordenará que en el término de tres días (3) SANITAS E.P.S. a través de su Representante Legal/ Director de Oficina EDUARDO JOSE BARRIOS GUZMAN o quien haga sus veces, materialice la orden médica plasmada en las prescripciones de fechas 10 de julio y 11 de agosto de 2019, para que se le provea al paciente CRISTANCHO CELYE **acompañamiento por AUXILIAR DE ENFERMERIA por un periodo de entre cuatro (4) a ocho (8) horas diurnas**. So pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1.991.

No se dispondrá que el servicio sea por 24 horas, como se pide en la tutela porque las órdenes médicas no lo indican así.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **TUTELAR** los derechos constitucionales fundamentales de HERNANDO CRISTANCHO CELY identificada con C.C. N° 9.516.389 de Sogamoso quien actúa con agente oficioso a través de la Señora EDITH CECILIA TOBAR GARCIA identificada con CC. No 46.360.700 de Sogamoso con arreglo a las razones expuestas.
2. **ORDENAR** a SANITAS EPS. a través de su Representante Legal/ Director de Oficina EDUARDO JOSE BARRIOS GUZMAN o quien haga sus veces, que en el término de tres días (3) materialice materialice la orden médica plasmada en las prescripciones

de fechas 10 de julio y 11 de agosto de 2019, para que se le provea al paciente HERNANDO CRISTANCHO CELY **acompañamiento por AUXILIAR DE ENFERMERIA por un periodo de entre cuatro (4) a ocho (8) horas diurnas**. So pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1.991.

Lo anterior sin perjuicio de que nuevos conceptos o valoraciones especializadas acrediten que el servicio no se requiera o surja un nuevo criterio médico en ese sentido.

3. Niéguese las demás solicitudes
4. **NOTIFÍQUESE** este fallo a las partes por el medio más rápido y eficaz (art. 30 Decreto 2591 de 1991)
5. Si esta sentencia no es impugnada dentro del término de tres días, contados a partir de su notificación, **envíese** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
JUEZ