



REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno

Radicado: 54-001-31-05-003-2021-00076-00
Accionante: **JUAN GABRIEL PEÑARANDA ARCHILA**, Personero Municipal de Sardinata, quien actúa como Representante de la Señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA**
Accionado: **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER**
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

De acuerdo al informe secretarial que antecede, procede el Despacho a decidir sobre la admisibilidad de la acción de tutela de la referencia, advirtiéndole que se ajusta a los presupuestos del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto el Doctor **JUAN GABRIEL PEÑARANDA ARCHILA**, en su condición de Personero Municipal de Sardinata – Norte de Santander, quien actúa como representante de la señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA**, solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, vida digna, igualdad, mínimo vital, dignidad humana, integridad personal y seguridad social que considera vulnerados por parte del **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER y la SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, por lo que se ordenará darle el trámite de rigor.

A su vez, se advierte que la parte accionante solicita como medida provisional que se le ordene de manera inmediata al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, la valoración requerida por especialista tratante de la enfermedad "OTRAS COLILETIASIS" LITIASIS VESICULAR Y AUMENTO DE AIRE INTRALUMINAL AL NIVEL DE COLÓN, y todo lo que se derive de la atención a la señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA**, para evitar un perjuicio irremediable en la vida de la accionante.

El artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, señala lo siguiente respecto a las medidas provisionales para la protección de un derecho, indicando lo siguiente:

"Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado".

De acuerdo a la norma anterior, las medidas provisionales son procedentes cuando sea necesaria y urgente la protección de los derechos fundamentales que se pretendan tutelar. La Corte Constitucional ha precisado que procede el decreto de medidas provisionales frente a las siguientes hipótesis:

1. Cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o;
2. Cuando constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su

agravación.

En la presente acción la medida provisional se sustenta en el hecho de que la Señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA** requiere que las entidades accionadas **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER** y **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, de manera inmediata le autorice la valoración por especialista tratante de su enfermedad y cirugía general y todo lo que se derive de la atención a la señora MARIBEL ARISMENDI GUARATA, para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso, se observa que se aportó Informe Médico expedido por la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL NORTE, de fecha 13 de diciembre de 2020, donde se señala como diagnóstico OTRAS COLILETIASIS, que refiere reporte con ecografía con COLELIATIASIS, examen físico signos de MURPHYN negativo leve, dolor en epigastrio, se indica manejo sintomático, y laboratorios ambulatorios, igualmente la profesional que solicita la referencia y servicio al cual se remite a valoración por CIRUGÍA GENERAL.

Conforme se observa en el Informe médico no se evidencia que la accionante requiera una atención de carácter urgente que resulte necesaria para salvaguardar su vida, en la medida que, pese a sus patologías, este se encuentra con mejoría clínica. De esta manera, no es procedente la medida para evitar un perjuicio irremediable en las garantías fundamentales de la señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA**.

Igualmente se dispone la integración como Litis consorcio necesario con **MIGRACIÓN COLOMBIA** y la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL NORTE**, de acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de tutela, quienes se pueden ver afectados con la decisión que se pueda tomar en presente acción constitucional.

RESUELVE:

1º.) ADMITIR la acción de tutela instaurada por la señora el Señor **JUAN GABRIEL PEÑARANDA ARCHILA**, en su condición de Personero Municipal de Sardinata, quien actúa como representante de la señora **MARIBEL ARISMENDI GUARATA**, quien solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, vida digna, igualdad, mínimo vital, dignidad humana, integridad personal y seguridad social que considera vulnerados por parte del **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER**, **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, en consecuencia, impártase el trámite de rigor a la acción.

2º INTEGRAR Como Litis consorcio necesario a **MIGRACIÓN COLOMBIA** y la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL NORTE**, de acuerdo a los hechos expuestos en el escrito de tutela, quienes se pueden ver afectados con la decisión que se pueda tomar en presente acción constitucional.

3º.) SURTIR el traslado de la presente acción de tutela a los accionados, por consiguiente, se ordena enviar copia de la presente acción de tutela para que presenten sus descargos. Para tal efecto, se les concede un término de **UN (1) DÍA** contados a partir del recibo del oficio remisorio.

4.) NEGAR la medida provisional solicitada.

5º.) NOTIFICAR este proveído, personal o telegráficamente a las partes, y al señor defensor del pueblo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA
JUEZ

LUCIO VILLÁN ROJAS
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO LABORAL DE CIRCUITO DE CUCUTA

DATOS GENERALES DEL PROCESO	
FECHA AUDIENCIA:	25 de febrero 2021
TIPO DE PROCESO:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICADO:	54001-31-05003-2017-00467
DEMANDANTE:	FELIPE RAMON DUARTE RAMIREZ
APODERADO DEL DEMANDANTE:	LIZ ALEJANDRA RIVERA JAIMES
DEMANDADO:	GUSTAVO GRANADO SUESCUN
APODERADO DEL DEMANDADO:	CARLOS YESID GARCIA GELVIS
DEMANDADO:	MIGUEL HERNANDEZ JAIME VILLAMIZAR
APODERADO DEL DEMANDADO:	YULI MARIBEL GUERRERO PACHECO
INSTALACIÓN	
Se dejó constancia de la asistencia de la parte demandante, la parte demandada GUSTAVO GRANADO SUESCUN, la asistencia de los apoderados de las partes,	
AUDIENCIA DE TRÁMITE	
Se inicia la práctica de prueba. Se hace procedente el desistimiento de los testimonios decretados a favor de la parte demandante los señores PASCUAL MORA ALVAREZ. Se practicaron los testimonios de DIONISIO BUSTOS CAICEDO y SAMUEL DUARTE RAMIREZ, testigos de la parte demandante. Se realizó el interrogatorio de parte del demandado GUSTAVO GRANADO SUESCÚN. En relación con el demandado MIGUEL HERNANDEZ JAIME VILLAMIZAR por la no asistencia injustificada a la diligencia se aplicaron los efectos del artículo 205 del CGP, y se ordenó presumir como ciertos los hechos 1, 2, 3 y 5 de la demanda. El hecho 4º se toma como un indicio grave en su contra y el hecho 5º corresponde a una negación indefinida que no requiere prueba en los términos del artículo 167 del CGP. Se recepcionaron los testimonios de los señores TONY STEVENSON ACEVEDO GRANADOS, WILMER HERNANDO GARCIA PARADA y EDGAR GRANADOS SUESCUN, los cuales fueron decretados de oficio; los demás testigos no se presentaron. Se hizo la práctica del interrogatorio de parte de la demandante el señor FELIPE RAMON DUARTE RAMIREZ, Se precisó que por error involuntario se presentó una confusión en la práctica de las pruebas y se permitió que el apoderado del señor GUSTAVO GRANADO SUESCUN que realizara el interrogatorio al demandante; por lo que al no decretarse esa prueba a su favor, se efectuó control de legalidad y se dejó sin efecto este, por lo cual tal declaración no tiene ningún valor probatorio. Se prescindió de las pruebas decretadas a favor de la parte demandada el señor MIGUEL HERNANDEZ JAIME VILLAMIZAR por la no asistencia injustificada a la diligencia. Se declara cerrado el debate probatorio. SE FIJA FECHA PARA CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EL DIA 26 DE FEBRERO DE 2021 A LAS 3:00PM	
FINALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA	
Se anexa al expediente la presente acta y el correspondiente disco grabado. MARICELA C. NATERA MOLINA JUEZ LUCIO VILLAN ROJAS SECRETARIO	

Firmado Por:

**MARICELA CRISTINA NATERA MOLINA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 LABORAL DEL CIRCUITO CUCUTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b2299b16972bb22a776f7dd03774492ed4007817a23fe9242fac9e53f893391**

Documento generado en 25/02/2021 11:11:36 AM



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO N°: 54-001-41-05-002-2019-00563-01
PROCESO: ORDINARIO LABORAL DE ÚNICA INSTANCIA (CONSULTA)
DEMANDANTE: ELIO RODRIGUEZ CONTRERAS
DEMANDADO: ALFONSO LARA

AUTO SUSTANCIACIÓN

Realizado el examen preliminar del proceso, se dispondrá darle trámite al Grado Jurisdiccional de Consulta consagrado en el artículo 69 del C.P.T.S.S. de la sentencia dictada en única instancia dentro del proceso de la referencia por el **Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta**.

Para ello, en consonancia a lo establecido en el inciso 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y para darle agilidad y rapidez al trámite en cumplimiento de los art. 40 y 48 del C.P.T.S.S., ejecutoriada la presente providencia se le correrá traslado **COMÚN** a las partes para alegar por escrito en el término de cinco (5) días, por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta, vencido el mismo se dictará sentencia escrita **EL DÍA 15 DE MARZO DE 2021, A LAS 4:30 PM.**

A las partes se les garantizará el acceso al expediente a través de medios virtuales, por lo que se ordenará remitirles el vínculo a través del cual podrán realizar la revisión del mismo.

De conformidad con lo el artículo 9 del Decreto 806 de 2020, las decisiones adoptadas se notificarán por estado el cual se fijará virtualmente, anexando copias de las mismas, en la forma señalada en el artículo 29 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 06 de junio de 2020, y se publicará en el portal Web de la Rama Judicial y en el Portal Siglo XXI.

Igualmente, la sentencia que se dicte por escrito será notificada por estado, como quiera que no es posible surtir la misma por estrados, atendiendo a lo establecido en los artículos 40 y 48 del C.P.T.S.S., que disponen que para aquellos actos para los cuales las leyes no prescriban una forma determinada, los realizará el Juez o dispondrá que se lleven a cabo, de manera que se cumpla su finalidad, y que como Director del proceso adoptará las medidas necesarias para garantizar la agilidad y rapidez de su trámite.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7º del decreto en mención se autorizará a los empleados para comunicarse con los sujetos procesales, antes de la realización de las audiencias, con el fin de informarles sobre las decisiones adoptadas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta,

RESUELVE

PRIMERO: DARLE TRÁMITE AL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA consagrado en el artículo 69 del C.P.T.S.S. de la sentencia dictada en única instancia dentro del proceso de la referencia por el **Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta**.

SEGUNDO: CORRER TRASLADO a las partes para alegar por escrito en el término **COMÚN** de cinco (5), una vez se encuentre ejecutoriada la presente providencia, por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta, consonancia a lo establecido en el inciso 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y para darle agilidad y rapidez al trámite en cumplimiento de los artículos 40 y 48 del C.P.T.S.S.,

TERCERO: DICTAR SENTENCIA POR ESCRITO el día **EL DÍA 15 DE MARZO DE 2021, A LAS 4:30 PM.** conforme lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020.

CUARTO: NOTIFICAR POR ESTADO LAS DECISIONES ADOPTADAS, incluyendo la sentencia que se dicte por escrito, el cual debe fijarse virtualmente, anexando copias de las mismas, y publicar en el portal Web de la Rama Judicial y en el Portal Siglo XXI; conforme lo establece el artículo 9 del Decreto 806 de 2020 y el artículo 29 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 06 de junio de 2020.

QUINTO: GARANTIZAR EL ACCESO AL EXPEDIENTE a través de medios virtuales, por lo que se ordena remitirles a las partes el vínculo a través del cual podrán realizar la revisión del mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario

Firmado Por:

MARICELA CRISTINA NATERA MOLINA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 LABORAL DEL CIRCUITO CUCUTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6ad649968d2b30221d6058629cf79e4902fc1b15a7249420d71e8db5185b05ee**
Documento generado en 25/02/2021 10:44:37 AM



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54001-31-05-003-2021- 00057-00
ACCIONANTE: MYRIAM SOSA AYALA agente oficioso de la señora ALBA MARIA AYALA DE SOSA
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

Procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela impetrada por **MYRIAM SOSA AYALA** actuando como agente oficioso de la señora **ALBA MARIA AYALA DE SOSA** contra la **NUEVA EPS-S**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna y la salud.

1. ANTECEDENTES

La señora **MYRIAM SOSA AYALA** actuando como agente oficioso de la señora **ALBA MARIA AYALA DE SOSA**, interpone la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que su madre tiene 86 años de edad y fue diagnosticada con Alzheimer, no coordina movimientos motrices, hipertensión, artrosis degenerativa a nivel de rodilla bilateralmente, infección de vías urinarias e incontinencia urinaria y tendinitis del bíceps.
- Asimismo, indicó desde hace 3 meses se encuentra en postración total, dada su imposibilidad para realizar desplazamientos, no puede realizar movimientos propios. Debe ser alimentada por otra persona. Necesita ayuda para el aseo y el arreglo personal. Incapaz de permanecer sentada, y depende totalmente de la ayuda de otra persona por encontrarse totalmente rígida.
- Por sus patologías, a través de la orden médica No.152410-274-001 del 12 de agosto de 2020, su galeno tratante le autorizó cuidador con turno de 12 horas diarias.
- Sin embargo, la entidad Nueva EPS no tuvo ningún tipo de pronunciamiento al respecto, por lo que el 07 de octubre de 2020 impetró derecho de petición con destino a la entidad bajo radicado No.1394451 del 20 de octubre de 2020. Empero a lo anterior, la entidad otorgó respuesta negando el cuidador solicitado.
- El día 09 de diciembre de 2020, nuevamente su galeno tratante le prescribió orden médica en donde nuevamente se autorizaba el servicio de cuidador ordenada por turno de 12 horas diurno, ante la cual, la entidad volvió a tener respuesta negativa.
- Por otro lado, indicó que por su estado de salud actual, se encuentra igualmente incapacitada para atender a su madre en el tiempo y modo que requiere.

2. PETICIONES

La parte accionante solicita que se ordene a **NUEVA EPS** el suministro de cuidador personal a la señora **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA** toda vez que éste fue indicado por su galeno tratante ya que presenta imposibilidades en la realización de funciones de la vida cotidiana y requiere apoyo para adelantarlas, así como complicaciones en su estado de salud por los diagnósticos anotados en su historia clínica.

3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

→ **NUEVA EPS** hizo énfasis en su intervención en que el suministro del cuidador domiciliario requerido por la accionante debe ser una tarea realizada por familiares conforme el principio de solidaridad, por lo cual es una obligación moral, legal y constitucional del núcleo familiar el proteger a la señora en esa situación especial de vulnerabilidad, y que este servicio no hace parte del ámbito en salud y no está a cargo de la EPS por cuanto no se configuran los criterios excepcionales en los cuales se otorga dicho servicio.

Asimismo, que la usuaria requiere cuidador personal y no enfermera domiciliaria teniendo en cuenta la imposibilidad de realización de actividades cotidianas fueron especificadas por la accionante como comer, vestirse, bañarse, etc., y que este servicio no constituye una prestación de salud de acuerdo a la nota externa con radicado No.201433200296233 del 10 de noviembre de 2014 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social “*Servicio no propios del ámbito de salud se aplica art 154 ley 1450 de 2011 no procede recobro salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente nota externa.*”, y la circular No.000022 del 21 de junio de 2017 que establece que “*en relación con los servicios de atención domiciliaria y atención paleativa se tiene que estos son prestados por personal del ámbito de la salud y su prescripción es competencia única y exclusiva del profesional de la salud tratante, por lo tanto, no debe ser sujeto de interpretación por parte de las Entidades Promotoras de salud, las familias, los despachos judiciales, o el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA o quien haga sus veces.*”

En este sentido, señala que la prestación del servicio de cuidador radica en cabeza de la familia y luego del estado, y que en todo caso, deberá el juez analizar y determinar la necesidad por la que el especialista en salud indicó dicho tratamiento.

En consecuencia, de lo anteriormente mencionado, solicitan a este Despacho que se declare la **IMPROCEDENCIA** de la acción en cuestión contra **NUEVA EPS**.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico

De acuerdo a los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela, las pruebas aportadas y las respuestas de los accionados, este Despacho debe determinar si la **NUEVA EPS** vulneró los derechos a la vida digna y salud de la accionante **ALBA MARIA AYALA DE SOSA**, al no suministrarle el servicio de cuidador ordenado por el médico tratante.

6.2. Aspectos Generales de la acción de tutela

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de éstos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular.

6.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien

puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En atención a las anteriores precisiones normativas, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por la señora **MYRIAM SOSA AYALA** agente oficiosa de la señora **ALBA MARIA AYALA DE SOSA**, por la defensa de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de su madre, toda vez que por su edad y diagnósticos se encuentra imposibilitada para presentarla en nombre propio, por lo que se encuentra legitimada para iniciar la misma.

6.4. Derecho fundamental a la salud

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de 1991, consagran la seguridad social y la salud, como un derecho social y económico de carácter irrenunciable y como un servicio público a cargo del Estado, en el cual debe garantizar el acceso de todas las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud, la H. Corte Constitucional ha fijado un criterio claro y reiterado, según el cual éste es un derecho autónomo, debido a que es necesario garantizar la vida digna de las personas y resulta ser indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; que en sí mismo **considerado** implica un cierto grado de complejidad, dado que protege diversos aspectos de la vida humana y comprende prestaciones de orden económico orientada al efectivo goce de éste derecho.

En la sentencia T-144 de 2008, la Corte Constitucional, explicó lo siguiente:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico. Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 4

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

Así mismo, en la sentencia T-760 de 2008, señaló:

“(...) 3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad,

de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.”

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘principio de igualdad en una sociedad’. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.’

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio del derecho a la salud como derecho fundamental e irrenunciable, es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela de forma autónoma; y de acuerdo a lo planteado por el Máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia T-433 de 2014, es procedente en los siguientes casos: 1. Cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios de salud o dentro de los planes de cobertura y la negativa no tiene fundamento estrictamente médico; 2. Cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica; 3. Cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos; y, 4. Cuando se desconoce el derecho al diagnóstico.

En relación con servicios, medicamentos, insumos no incluido en el PBS, la Corte Constitucional en la Sentencia T-235 de 2018, señaló que, además del requisito de subsidiariedad, se deben acreditar los siguientes presupuestos:

“43. En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

44. Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

45. Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 2013, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

46. Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios. Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267 6

47. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

48. La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera subregla, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio de un Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte, sino que su protección exige además asegurar la calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

49. En torno a la segunda subregla, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

50. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

- i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.
- ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.
- iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, la Sentencia T-899 de 2002, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservarla dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

En este mismo sentido, recientemente se han proferido sentencias como la T-226 de 2015[130]. En esta oportunidad, se ampararon los derechos a la salud y a la vida digna de una persona que tenía comprometida su movilidad, autonomía e independencia y se encontraba en estado de postración. Por lo anterior, ante la evidente necesidad y su circunstancia particular se consideró que era posible prescindir de la orden médica para ordenar la entrega de pañales y se indicó la *Acción de Tutela de Primera Instancia Radicado: 2020-00267* 7 cantidad y periodicidad hasta que un médico tratante valorara a la paciente y determinara la cantidad precisa a entregar.

Así mismo, la Sentencia T- 014 de 2017[131], reiteró la jurisprudencia constitucional en los casos en que se reclaman servicios e insumos sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Bajo esta línea se ampararon los derechos de una persona adulta mayor que solicitó pañales sin prescripción médica en razón a que de la historia clínica se podía concluir la necesidad de dichos insumos.

Igualmente, la Sentencia T-120 de 2017[132], con respecto a la solicitud de pañales, expuso que aunque los pañales, pañitos húmedos y la crema antipañalitis no están incluidos dentro de los servicios o elementos que deben garantizar las EPS, en ese caso concreto se evidenció que eran necesarios en virtud del diagnóstico médico del menor de edad. Por tanto, se protegió el derecho a la vida digna del niño.

51. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”.

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.”

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

La jurisprudencia ha realizado de manera reiterada la diferenciación entre el deber constitucional de proteger la dignidad humana a través de los servicios de enfermería y de cuidador domiciliario, en donde los primeros buscan asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente, y los segundos, van dirigidos al apoyo físico necesario para que la persona pueda desenvolverse y así realizar actividades básicas requeridas para asegurarse la vida digna en virtud del principio de solidaridad.

Por esto, en la sentencia T – 154 de 2014 se determinó:

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

Asimismo, en la sentencia T – 423 de 2019 se indicó:

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

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

La Sentencia T-414 de 2016 de la Corte “determinó que existen circunstancias excepcionales en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”.

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

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

En consideración a tales requerimientos, la Sentencia T-458 de 2018 se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó

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

Conforme lo anterior, resulta evidente que ese servicio de cuidador se otorga solo en casos excepcionales en los que se configuren los requisitos citados. Por lo que el juez "tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio" lo que es establecido por la sentencia T – 208 de 2017 y T – 065 de 2018.

7. Caso Concreto

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace preciso indicar que no existe discusión que la señora **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA** tiene 86 años de edad y fue diagnosticada con "Alzheimer, no coordina movimientos motrices, hipertensión, artrosis degenerativa a nivel de rodilla bilateralmente, infección de vías urinarias e incontinencia urinaria y tendinitis del bíceps. (...) hace aproximadamente 3 meses se encuentra en cama sin realizar desplazamientos ni apoyo para realizar actividades de la vida diaria como higiene bucal y corporal, alimentación y cambios de posición entre otros."; razones por las cuales, el médico tratante el día 12 de agosto y 09 de diciembre de 2020 ordenó "Cuidador Básico Primario 12 horas diurno para apoyo de actividades de la vida cotidiana tales como higiene bucal, alimentación oral, baño, cambios de posición, vestirse, acompañamiento a necesidades fisiológicas y apoyo para moverse."

Al respecto, la Corte Constitucional desarrolló en la sentencia T – 065 de 2018 el alcance del derecho a la salud en relación con el CUIDADOR señalando en lo pertinente:

4.3. En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que esta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. 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 afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

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" 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 2016, 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 correspondiente. 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 requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: “En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

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.

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 Estado.

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 servicio.

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.

4.4. 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...”

Conforme se ha explicado, el servicio de cuidador no es propiamente un servicio médico que deba ser suministrado por las Entidades Promotoras de Salud que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que este debe ser asumido por el núcleo familiar del paciente; en

la medida que no está destinado a realizar actividades complementarias del tratamiento médico, sino a brindarle los cuidados básicos al paciente, que la enfermedad le impide procurárselos por sí mismo.

Ahora bien, debe precisarse que en la Resolución N° 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, no se excluyó el servicio de aquellos que deben ser financiados con los recursos del Sistema de Salud; por ello, se aplica el criterio que estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, para la interpretación de la Ley 1751 de 2015, según el cual 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.

En consecuencia, cuando se trata del servicio de cuidador se debe tener claridad respecto a que esta no es una obligación imputable al Estado, pues son los familiares del paciente a quienes se les hace exigible suministrar los cuidados que requiere este, por ser la familia el núcleo esencial de la sociedad y en virtud del principio de solidaridad; sin embargo, de forma excepcional el Sistema de Salud, puede ser llamado a cubrir el mismo, cuando se acrediten los siguientes presupuestos:

- (i) Existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales, y,
- (ii) El principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, (EL CUIDADOR) esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

De tal manera 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 servicio.

En el caso en concreto, a través de la historia clínica aportada por el paciente, se puede observar la necesidad de la señora **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA**, respecto de la atención de cuidador 12 horas diurnas conforme a la prescripción del galeno tratante como consecuencia de las diferentes patologías sufridas, cumpliendo de esta manera con el primer requisito, pues se evidenció que existe la necesidad de la actora para recibir los cuidados especiales.

Por otro lado, en lo concerniente a la imposibilidad del núcleo familiar para garantizar dicho servicio, la señora **MYRIAM SOSA AYALA**, hija de la señora **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA** manifestó que debido a su estado de salud actual, se encuentra incapacitada para garantizarle a su madre los cuidados que requiere.

Al respecto se aportó la nota operatoria de la **CLÍNICA MEDICAL DAURTE S.A.** del 22 de febrero de 2020, en la cual consta que a la señora SOSA AYALA se le realizaron varios procedimientos quirúrgicos como “PERINEOPLASTIA O COLGAJO MAYOR PIEL MÚSCULO VÍA ABIERTA, HISTERECTOMÍA POR VÍA VAGINAL, COLPORRAFIA ANTERIOR Y POSTERIOR CON REPARACIÓN, REPARACIÓN DE DEFECTO PARA VAGINAL”.

Se presentaron resultados de estudio de RX de columna lumbar realizado el 03 de diciembre de 2018 a la señora **MYRIAM SOSA AYALA**, en los cuales consta que a esa fecha tenía 60 años y presentaba disminución de la densidad ósea, escoliosis de convexidad derecha con compensación lumbar de convexidad izquierda, rectificación de la lordosis fisiológica de la columna cervical, espasmo muscular, espondiloartrosis a nivel C5, C6 y C7, discopatía a nivel C5-C6 y C6 y C7, uncoartrosis a nivel de C5-C6 y C6 y C7.

La espondiloartrosis, es una enfermedad del tipo artritis inflamatorias crónicas, autoinmunes del raquis, la columna vertebral y sobre todo de las articulaciones sacroiliacas, que se caracterizan

por compartir los mismos síntomas y respuestas terapéuticas, que produce incapacidad funcional, fatiga, rigidez y disminución de la movilidad articular, entre otros¹.

Con las anteriores pruebas se evidencia que la condición de salud de la señora **MYRIAM SOSA AYALA**, le imposibilita suministrarle los cuidados que requiere su madre, debido a que las enfermedades de la columna le producen dificultades para realizar esfuerzo y disminuyen su movilidad, además que en el año anterior se le realizaron cuatro procedimientos quirúrgicos, que requieren un tiempo prudente de recuperación.

En este sentido, este Despacho considera que siendo necesario y solicitado debidamente por el galeno el servicio de CUIDADOR a favor de la señora **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA**, en este caso se cumplen los requisitos excepcionales instituidos por la jurisprudencia constitucional, para efectos de consolidar la “imposibilidad material” que tiene en este caso el grupo familiar de la paciente, esto es, que no cuenta con la disponibilidad física para prestar las atenciones requeridas, ya que la hija en calidad de agente oficiosa demostró encontrarse en un estado de salud que no le permite procurar las necesidades de su madre y se logra probar a través de las pruebas allegadas en el expediente, razón por la cual, le resulta imposible brindar el adecuado acompañamiento del cuidado de su señora madre.

Así las cosas, es evidente que la actora se encuentra en condición de dependencia y requiere de atenciones que resultan indispensables y pueden llegar a tener injerencia en la estabilidad de su condición de salud, así como en la dignidad misma como ser humano.

Por último, en lo que respecta al reembolso de los servicios que presten a la accionante con ocasión al cumplimiento del fallo de esta tutela, así como de la cobertura de los servicios que se encuentren excluidos del Plan de Beneficios en Salud, se advierte que no hay lugar a pronunciamiento alguno al respecto, ya que conviene memorar que si bien es cierto la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a las entidades prestadoras de salud el derecho a repetir contra el Estado a través de la Administradora de los Recursos en el Sistema de Seguridad Social en Salud –ADRES y/o Ministerio de la Protección Social por las erogaciones especiales que deban efectuar para darle cumplimiento a la orden emitida en un fallo de tutela, tal disposición no requiere estar inmersa en la parte resolutive del fallo de tutela para radicar tal derecho en cabeza de la EPS, pues surge de la oportuna acreditación que ésta haga de la anuencia de los requisitos legales para el efecto, sin que se haga necesaria orden judicial que así lo provea. (Sentencia T-760 de 2008).

Por lo anterior, este Despacho accederá a la petición de amparo de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados por **NUEVA EPS**, y en consecuencia, se ordenará a dicha entidad accionada a autorizar y suministrar el servicios de **CUIDADOR 12 HORAS DIURNAS** que solicita la agente oficiosa en favor de su madre **ALBA MARÍA AYALA DE SOSA**, teniendo en cuenta las necesidades que ha demostrado requerir y dado el concepto especializado de su galeno tratante, quien dio el concepto de la necesidad del CUIDADOR 12 HORAS DIURNAS.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. TUTELAR los derechos invocados por la accionante en la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. ORDENAR a **NUEVA EPS** que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y suministre el servicio de CUIDADOR 12 HORAS DIURNAS que necesita la paciente referida por intermedio de la IPS o institución especializada en este servicio adscrita a su red.

TERCERO. NOTIFICAR esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991 haciéndole saber al accionado que el término con que cuenta para el cumplimiento de la orden aquí impartida empezará a correr a partir de la notificación.

¹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Espondiloartropat%C3%ADa>

CUARTO. Una vez ejecutoriada la presente providencia, en caso de no ser impugnada, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser seleccionada para revisión, se dispone a obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y el archivo de la acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario



Firmado Por:

MARICELA CRISTINA NATERA MOLINA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 LABORAL DEL CIRCUITO CUCUTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **47d1a876c3df296eeaa1995884335dafc49dce1e3628eb7aa17e4e1a21fff0a3**

Documento generado en 25/02/2021 09:24:49 AM