



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Doce (13) de Abril de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 001 2020 00023 00 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **NICOLAS CANO RODRIGUEZ** agente oficioso de **SUSANA MARIA MAZUERA REDONDO** contra **SALUD TOTAL E.P.S.** Derecho fundamental la **salud**.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por NICOLAS CARO RODRIGUEZ, AGENTE OFICIOSO DE SUSANA MARIA MAZUERA REDONDO contra la sentencia fechada 05 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad de Valledupar, Cesar.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante a través de agente oficioso adujo en síntesis, lo siguiente:

1. La accionante SUSANA MARIA MASUERA REDONDO, se encuentra afiliada en la E.P.S SALUD TOTAL en calidad de pensionada por invalidez como afiliado cotizante dentro del régimen contributivo.
2. Padece una patología progresiva denominada ATAXIA CEREBELOSA la cual cohibe de sus funciones físicas y motrices en un 100%, es decir, no puede valerse por sí misma y depende totalmente de un tercero para desarrollar las necesidades básicas.
3. En relación con el mencionado estado en que se encuentra, el agente oficioso alega que no cuenta con facultades económicas suficientes para cubrir con todos los gastos que se requieren para tratar a la accionante ya que los ingresos percibidos por este y los recibidos por la pensión de invalidez de su señora esposa no cubren los gastos necesarios teniendo en cuenta que en su núcleo familiar tiene un hijo menor de edad.
4. Por consiguiente, se le solicitó a SALUD TOTAL EPS el suministro de crema antipañalitis, una silla especializada para baño y el servicio de acompañamiento en casa
5. Sin embargo, mediante escrito de calendas 29 de noviembre de 2019, se informó no ser posible suministrar lo solicitado

aduciendo que el artículo 130 del Plan Obligatorio de Salud excluye esta cobertura.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelén los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana, en consecuencia, ordenar a la E.P.S SALUD TOTAL autorizar a la mayor brevedad y dentro de un término de tiempo prudencial el suministro de un acompañamiento domiciliario, el suministro de crema antipañalitis y de una silla espacial de baño, así como el tratamiento integral que sea necesario a fin de remediar la patología que padece y hasta cuando sea necesario en virtud a su estado de salud.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 05 de febrero de 2020, tuteló el derecho fundamental a SUSANA MARIA MAZUERA REDONDO, conculcado por SALUD TOTAL E.P.S.

En consecuencia, ordenó a SALUS TOTAL E.P.S o a quien corresponda, que, si aún no lo ha hecho, preste de manera integral la atención en salud que requiere la señora SUSANA MARIA MAZUERA REDONDO, respecto a la patología que soporta, ATAXIA CEREBELOSA, debiendo la EPS cubrir todos los procedimientos, citas médicas, medicamentos, practica de exámenes de laboratorio y demás que sean indicados por su médico tratante, incluyendo dentro de esta integralidad, valoración médica, que le sea suministrado el uso de crema antipañalitis, insumo que estará sujeto a la cantidad en la que sea ordenado por su médico tratante siempre que medie orden medica que así lo indique.

Así mismo, ordenó negar las demás pretensiones invocadas en el escrito tutelar.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, el accionante impugnó el fallo de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Alega que, el despacho niega ordenar el suministro de un cuidador trasladando esta labor al núcleo familiar, sin embargo, la honorable Corte Constitucional mediante diversos pronunciamientos como Sentencia 065 de 2018, han establecido la posibilidad de que el paciente reciba las ayudas necesarias mediante esta figura, así mismo reconoce la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta un paciente por sus múltiples padecimientos traslada al Estado esta ayuda cuando no puede ser inherente al entorno cercano al tener en cuenta que grupo familiar conformado por la paciente, su esposo e hijo son provenientes de la ciudad de Barranquilla y no cuentan con familiares en la ciudad de Valledupar donde actualmente residen.

Así mismo, aduce que una paciente que solo cuenta con los cuidados y atenciones que le puede suministrar el suscrito compañero permanente el cual debe salir a laborar para generar ingresos necesarios de manutención, alimentación, cuidados y demás que SUSANA MARÍA requiere por su delicado estado de salud, se le dificulta dedicar tiempo completo a los cuidados requeridos por su esposa.

En virtud de lo anterior, con fundamento en los planteamientos y por configurarse los requisitos descritos, es posible que el despacho, 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.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si decisión del juez de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para conceder el amparo a los derechos fundamentales a la actora en los términos citados en la sentencia?

La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-065/18:

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "Plan de Beneficios en Salud" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una *"alternativa a la atención hospitalaria institucional"* que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

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.

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.

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 ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como 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 mas 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.

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.

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud – Reiteración de Jurisprudencia – Sentencia T-345/13:

En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Esto fue recogido por la **sentencia T-760 de 2008** en la regla: *toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud'*, pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente

calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido *"la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante"*.

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente.

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, el problema jurídico se resuelve de manera positiva en los términos indicados por el juez fallador, puesto que, las pretensiones del actor de la tutela no cuentan con orden de su médico tratante, quien debe determinar la pertinencia del servicio de salud a favor de la agenciada, por ende, razón le asiste al juez A-quo, al negar tal solicitud del libelo por carecer de respaldo del profesional de la medicina.

Así mismo, de acuerdo a la patóloga diagnosticada "ATAXIA CEREBELOSA" considera que la accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si

bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías (aseo personal, alimentación, vestido, cambio de posición, soporte de desplazamiento y entre muchas otras), siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino, en su dignidad misma como ser humano.

Cabe resaltar que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la salud en el área de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de "cuidador"; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.

Ahora bien, haciendo énfasis en la jurisprudencia que se ha emitido sobre el caso concreto, también ha evidenciado **la existencia de eventos excepcionales** en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando **(i)** existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y **(ii)** el primer obligado a asumirlas "núcleo familiar" se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

En el presente caso, se estima clara la acreditación del primer requisito en cuanto las especiales condiciones de salud de la señora SUSANA MARÍA MAZUERA REDONDO, quien tiene diagnosticado ATAXIA CEREBELOSA, enfermedad está que según la historia clínica implican que requiere de estos cuidados, pues, le resulta imposible garantizárselos por sí misma. (Fol. 08)

Con respecto al segundo de los requisitos, se fijaron unos factores para poder entender que existe esa "imposibilidad material", tal lo estipula la **sentencia T - 065 de 2018**, sobre ello tenemos que no está acreditado dentro del presente juicio constitucional, dado a que la agenciada pertenece al régimen contributivo y según los hechos de la tutela, su señor esposo manifiesta que es pensionada con un salario mínimo legal mensual vigente, él trabaja y tiene un solo hijo de edad de 12 años.

De acuerdo a lo anterior, así como lo puntualizó el juez de primera instancia, la agenciada no pertenece al régimen subsidiado o acreditó una condición especial que la haga encasillar en una condición de vulnerabilidad, puesto que no está plenamente demostrado que la familia en primer lugar no pueda apoyarla, en su situación especial en la que se encuentra, además, en el folio 10 del expediente se dejó consignado que está bajo el cuidado de su esposo y su suegro.

Además de ello, cabe resaltar que no existe orden médica en la cual se ordene el servicio de cuidador para la agenciada, pues, es el médico tratante quien en primer lugar decide sobre la necesidad del servicio de salud, de acuerdo al criterio técnico científico, hecho este, donde se percibe que la agenciada ha venido siendo atendida por parte de los galenos en su domicilio, sin embargo, son ellos los que pueden determinar la pertinencia del cuidador, o el juez de tutela atendiendo a las circunstancias económicas y físicas de la familia.

Así mismos, no existe orden medica de la silla de baño y el cuidador domiciliario, asistiéndole razón al juez sentenciador al negar tal pretensión por cuanto no tiene respaldo por parte de su médico

tratante, así como fueron ordenados los pañales desechables, según como está consignado en la historia clínica.

Así las cosas, los argumentos de la impugnación no se comparten, por carecer de pruebas, por lo tanto, sin más elucubraciones se procede a confirmar la sentencia de fecha 05 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesa.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 05 de febrero de 2020, proferida Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN DAZA ARIZA

Juez.