

INFORME SECRETARIAL. Noviembre 26 de 2020, A despacho del señor Juez, expediente que regresa del Tribunal Superior de Cali - Sala de Familia. Favor proveer.


DIEGO SALAZAR DOMINGUEZ
Secretario

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD CALI

Providencia Nro. 1021
Radicación Nro. 2020-0107

Cali, noviembre veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

OBEDEZCASE Y CUMPLASE. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Superior de Cali -Sala de Familia- se estará a lo resuelto.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali-Valle del Cauca.

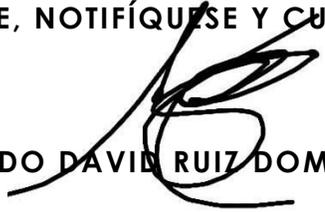
R E S U E L V E:

PRIMERO: **ESTARSE** a lo resuelto por el Honorable Tribunal Superior de Cali - Sala de Familia.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente Providencia a las partes conforme a la ley.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

El Juez,


ARMANDO DAVID RUIZ DOMINGUEZ

d.s.d
Tutela 2020-00107

**JUZGADO 3 DE FAMILIA DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE CALI**

En Estado No. 103 de hoy se notifica a las partes el auto anterior.

Fecha: 30/11/2020


secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI**SALA DE FAMILIA**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Impugnación Tutela No. 76 001 31 10 003 2020 00107 02

Aprobado y discutido mediante acta n° 92 de veinticuatro (24) de noviembre dos mil veinte (2020).

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver la impugnación formulada por la Representante Judicial de Nueva EPS S.A., contra el fallo n° 026-01 de 27 de julio último, dictado por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por María Visitación Ruales de Caldon, a través de agente oficiosa, contra la impugnante.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En la demanda de tutela se afirmaron los siguientes:

1. La señora María Visitación Ruales de Caldono tiene 81 años de edad y está afiliada como cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la Nueva EPS S.A.

2. La dama citada padece de “**FIBROSIS PULMONAR, DESNUTRICIÓN, VISION (sic) BORROSA, DEMENCIA SENIL, PRESION (sic) ALTA Y MIGRAÑA**”; que por esas patologías ha disminuido su movilidad, razón por la cual necesita asistencia de terceras personas para realizar las actividades básicas cotidianas, como bañarse, vestirse o alimentarse.

3. La Nueva EPS S.A. le ofreció un servicio médico denominado “*cuidarte en casa*” que consiste en que un médico realiza le realiza visita domiciliaria a la paciente, una vez al mes, para ordenarle los medicamentos y remitirla para terapias físicas y respiratorias que deben hacer tres veces a la semana.

4. Quien se ocupaba de los cuidados de doña María Visitación era su esposo; pero, luego fallecido éste, la hija y agente oficiosa quedó a cargo, generando un conflicto para ella porque también debe atender a su hijo de dos años de edad.

5. La afectada y su agente oficiosa son de escasos recursos económicos y requieren ayuda permanente de una persona que se encargue del cuidado diario de la paciente.

LO PRETENDIDO

La demandante de tutela deprecó la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones

dignas y a la igualdad. Para su efectividad, solicitó que se disponga de los servicios permanentes de enfermería y atención integral en salud para María Visitación Ruales de Caldono, en su condición de persona de especial protección constitucional en razón de su avanzada edad.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. En el auto que se admitió la acción de tutela se dispuso la notificación a la accionada y se concedió el término de dos días para ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

2. La Representante Judicial de Nueva EPS S.A., Laura Vanesa Giraldo Osorio, alegó que el principio de solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud impone a los afiliados hacer uso racional a los servicios prestados por las entidades de salud; y si no tienen capacidad de pago, deben acudir a sus familiares, quienes también tienen obligaciones con el paciente. Planteó que, según el artículo 33 de la Resolución 5261 de 1994, la familia tiene la obligación de brindar el cuidado de la persona enferma, como núcleo primario de atención; y que la ley y la jurisprudencia han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que lo requieran.

Por otro lado, sostuvo que la figura del cuidador no está regulada en el Plan de Beneficios en Salud, ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud (Resoluciones 5267 y 5269 de 2017); por tanto, existe un vacío normativo que no permite conocer sus

alcances. También advirtió que la promotora no aportó una orden expedida por el profesional de la salud, quien es el competente para determinar el tratamiento y las intervenciones requeridas por el paciente o afiliado.

Respecto del tratamiento integral en salud, dijo que es una petición que no está llamada a prosperar, porque la vulneración del derecho fundamental invocado debe ser actual e inminente; que no es permitido al juez constitucional emitir órdenes para proteger derechos futuros e inciertos.

Con esos argumentos pidió negar el amparo constitucional, y requirió la vinculación del representante legal de la IPS Cuidarte en Casa, como litisconsorte necesario.

3. Mediante auto n° 0282 de 19 de junio de 2020¹, se ordenó librar oficio a la agente oficiosa para que aportara la orden médica de los servicios solicitados y requirió a la entidad accionada para que rindiera informe acerca de la prescripción del servicio de cuidador o de enfermería para la señora María Visitación Rúales De Caldon; actuaciones para las cuales concedió el término de un día.

4. La agente oficiosa de la promotora², respondió que la Nueva EPS S.A. ordenó el acompañamiento de enfermería en casa para su progenitora, por un periodo transitorio de 15 días, a través de la IPS "CUIDARTE EN CASA"; y que, vencido ese término, se evaluaría la necesidad de permanencia del servicio.

¹ Folio 64.

² Folios 69 -72.

5. La Representante Legal de Nueva EPS S.A.³, en cumplimiento de la orden dada, aseguró que las entidades promotoras de salud son custodias de las historias clínicas y órdenes médicas de los usuarios, conforme a la Resolución n° 1995 de 1999; por tanto, para remitirlas debe mediar orden del usuario o de su representante legal.

6. A través de auto n° 286⁴ de 23 de junio pasado, el *a quo* vinculó al trámite a la IPS CUIDARTE EN CASA, a la que concedió el término de un día para pronunciarse sobre la solicitud tutelar.

7. El Gerente de Salud de Cuidarte en Casa S.A.S., William Harold Yanguatin Valencia⁵, informó que estaba prestando el servicio de auxiliar de enfermería a la agenciada, por el término inicial de 15 días; que, por petición familiar se analizaría la pertinencia del cuidador domiciliario permanente. Que luego se dispuso el servicio durante un mes, por orden del médico Jeffrey Stefan Palechor, mientras se adelantaban los procedimientos necesarios.

También pidió la desvinculación del presente trámite de amparo constitucional, expresando que se ha garantizado la prestación del servicio a la usuaria, quien tiene tres hijos, además de la agente oficiosa, que pueden servirle como soporte y acompañamiento.

³ Folios 73 - 75.

⁴ Folio 102.

⁵ Folios 117 - 118.

8. Luego de la nulidad decretada por esta Sala de Decisión en providencia de 13 de julio pasado⁶, el Juzgado de instancia emitió auto el 14 del mismo mes y año, en el que dispuso la vinculación de la doctora Silvia Patricia Londoño Gaviria, en su condición de Gerente Regional Suroccidente de la Nueva EPS S.A., a la que concedió dos días para efectuar pronunciamiento.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Tercera de Familia de Oralidad de Cali accedió al amparo suplicado⁷, tras estimar que la demandante-afectada tiene múltiples enfermedades degenerativas que demandan un servicio de salud integral. Para la efectiva protección, resolvió:

“SEGUNDO: Ordenar a la GERENTE REGIONAL SUROCCIDENTE DE LA NUEVA EPS S.A. Doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contados a partir de la notificación de esta sentencia continúe con la autorización del SERVICIO DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA brindándolo por **doce horas (12)** a la señora MARIA VISITACION RUALES DE CALDONO identificada con la c.c. 38.431.384.

TERCERO: Ordenar a la GERENTE REGIONAL SUROCCIDENTE DE LA NUEVA EPS S.A. Doctora SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA que disponga todo lo

⁶ Folios 137 – 141.

⁷ Sentencia 026-01 de 27 de julio de 2020. Folios 183 – 189.

necesario en su responsabilidad y competencia para brindar el Servicio de Salud Integral oportuno que la paciente requiere, conforme el cuadro clínico que padece de FIBROSIS PULMONAR, DESNUTRICIÓN, VISIÓN BORROSA, DEMENCIA SENIL PRESIÓN ALTA Y MIGRAÑA”

LA IMPUGNACIÓN

I. La Representante Judicial de Nueva EPS S.A. impugnó⁸ el fallo de primer grado, alegando que con la orden de un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos que todavía no se han requerido por la solicitante, o tratamientos y medicamentos que no han sido ordenados, desconociendo así los lineamientos jurisprudenciales.

Sostuvo que el Artículo 9° de la Resolución 205 de 2020, define los servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; y mediante la Ley 1955 de 2019 se estableció el marco normativo para el manejo de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC; y que los cuidadores no aparecen como una prestación incluida en el Plan de Beneficios en Salud a cargo de las EPS.

Además, insistió en que la EPS no ha negado servicios de salud, ni vulnerado los derechos fundamentales de la promotora; por el contrario, ha brindado integralidad a su afiliada.

⁸ Folios 193 – 202.

En esos términos solicitó la revocatoria del fallo de instancia y, en su lugar, se nieguen los reclamos de la actora.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela. Esta especial institución, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política de 1991, es un instrumento jurídico especial, autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata, para la protección de derechos constitucionales fundamentales, cuando sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, si el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que no exista otro medio defensivo de naturaleza judicial; o que, aun existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; pues, en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar ese perjuicio, cuyos efectos avancen hasta el llamado punto de no retorno. Así se ha definido lo que nuestra Constitución denominó acción de tutela, también conocido como **“tutela constitucional directa”**.

2. El problema jurídico propuesto. Corresponde ahora determinar si la entidad accionada, La Nueva E.P.S. S.A. le ha vulnerado a la señora María Visitación Ruales de Caldon, cuyo amparo solicita su agente oficiosa, con la negación de suministro de servicio de *cuidador domiciliario* que reclama, y con la falta de

o atención integral para las patologías que presenta; o si, por el contrario, no tiene obligación de suministrar lo reclamado por la demandante de tutela.

3. El derecho fundamental a la salud. Es sabido que, a partir de la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es un componente o elemento esencial del Sistema General de Seguridad Social Integral, y se erige como una prerrogativa fundamental, autónoma y exigible a través de la acción de tutela. También resulta indiscutible la atención en salud tiene naturaleza de servicio público, porque la prestación eficiente constituye cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en múltiples providencias, entre las que se resalta la T-171 de 7 de mayo de 2018.

4. El acceso a servicios y medicamentos excluidos del Plan de Beneficios de Salud PBS. El Legislador estableció importantes obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015, que tienen dimensiones positivas y negativas. Modelo de las negativas, que son limitativas de aquellas, son las exclusiones del PBS, que resultan admisibles mientras no atenten contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este aspecto, la Corte constitucional ha explicado:

“Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud, en sus dimensiones físicas y mentales el juez de tutela deberá intervenir para su protección. De ese modo,

el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.”⁹

Y, puntualmente con respecto al suministro del servicio de cuidador domiciliario, ha sostenido con reiteración:

“4.3. En relación con la atención de cuidador¹⁰, 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 salud¹¹. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico¹², esta Corte ha entendido que, al menos en

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: “(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 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.”

¹¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹² 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”.

principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado¹³. 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 afecta¹⁴. 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”¹⁵ se

¹³ 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.

¹⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹⁵ 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

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 2016¹⁶ 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 correspondiente¹⁷. 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

el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.”

¹⁶ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

¹⁷ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren¹⁸. 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 vínculos¹⁹.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad²⁰, 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

¹⁸ 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.”

¹⁹ 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)”.

²⁰ Artículo 5 de la Constitución Política de Colombia.

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.²¹

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 Estado²².

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

²¹ 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.”

²² En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado **circunstancias excepcionalísimas** que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”(negrillas fuera del texto original)

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 servicio²³.

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.²⁴

También es necesario y pertinente advertir que no se puede confundir el servicio de cuidador en casa, con el de enfermería domiciliaria, cuya diferencia fue bien precisada por la Corte Constitucional en sentencias como la T-471 de 2018, 423 y 527

²³ 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 domiciliaria, 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”.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-065 de 26 de febrero de 2018.

de 2018. En la última citada reiteró que *“los servicios de enfermería se diferencian del apoyo o asistencia para las necesidades básicas que se presta a quien se halle en condición de dependencia, sin que el mismo se encuentre relacionado con el estado de salud. Según la Corte, las actividades desarrolladas por el cuidador “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 y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”²⁵”.*

5. Idoneidad del médico tratante para prescribir servicios médicos. La jurisprudencia constitucional tiene bien establecido que el médico tratante es el profesional apto para tratar problemas de salud y valorar las posibilidades de recuperación, lo mismo que los medios que a ella conduzcan, como tratamientos, medicamentos, procedimientos y en general toda posibilidad de mejoría para el estado de salud del paciente. Y ha reiterado que el juez constitucional no es idóneo para establecer las condiciones de salud de una persona; y menos para determinar las posibilidades de recuperación o los tratamientos clínicos con ese propósito; pues, además de carecer de conocimiento técnico y científico en medicina, semejante

²⁵ En la sentencia T-096 de 2016, la Corte resolvió el caso de un adulto mayor a quien le prescribieron un cuidador especial. En esa oportunidad concluyó que este servicio de cuidador no se encontraba cubierto por el P.O.S. (hoy P.B.S.), dado que tiene un carácter asistencial y no está directamente relacionado con la garantía de la salud, además que en primera instancia y en virtud del principio de solidaridad es sobre la familia la que recae esta obligación, siempre y cuando no constituya una carga insostenible para la familia. La Corte concluyó que se debía otorgar el servicio de cuidador por la falta de capacidad física y económica por parte de la hija. En el mismo sentido, la sentencia T-208 de 2017, al analizar el asunto de un adulto de 22 años -en condición de discapacidad, que se encontraba al cuidado de su hermana luego del fallecimiento de su padre- quien solicitó la EPS un servicio de enfermería, en razón a que necesitaba ingresar al mercado laboral para sufragar los gastos de su hogar, determinó que el servicio requerido correspondía al de cuidador y no al de auxiliar de enfermería. Recientemente, en sentencia T- 423 de 2019 fue reiterada esta postura.

conducta implicaría usurpar la autonomía médica de los profesionales de la salud que siguen de cerca la evolución de sus pacientes. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T-499 de 2014.

En definitiva, siempre que por vía tutelar el paciente reclame suministro de servicios de salud, deberán corresponder con las órdenes del galeno tratante, de las que se pueda derivar la pertinencia y necesidad de aquellos.

6. El caso bajo examen. Abordado el examen crítico del presente asunto, resulta lo siguiente:

(i) El caudal probatorio que obra en el *dossier*, especialmente la historia clínica de la señora María Visitación Ruales de Caldon, revela que le han diagnosticado “*epoc, fibrosis pulmonar, O2 dependiente, sarcopenia, Insomnio crónico, postración, hta crónica, sd fragilidad, osteoartrosis generalizada, sarcopenia*”²⁶; “*desnutrición proteicocalórica, no especificada, enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada, otras enfermedades pulmonares intersticiales con fibrosis, hipertensión esencial (primaria)*” (Fls 7 y 8). Y también da cuenta certera de que “[e]l resultado después de la evaluación de la escala de *karnofsky*”, es **Incapacitado. Requiere cuidados especiales**” (Fl. 7. Negrillas ajenas al original). Al hacer la descripción, se reseña que es “*totalmente dependiente*” para comer, vestirse, “*usar el retrete*” y trasladarse a la cama o al sillón; y que necesita de ayuda para bañarse y arreglarse; además, tiene “*accidentes frecuentes*” para “*deposición*” y micción.

²⁶ Folio 6.

Es evidente, pues, el grave deterioro de salud que sufre la señora María Visitación Ruales de Caldono, de modo que actualmente depende de terceras personas para la ejecución de las tareas cotidianas más básicas y elementales, requeridas para conservar la existencia misma, y para sobrellevar las demás dolencias con un mínimo de dignidad. Por eso, con razón, el galeno dictaminó la necesidad de “*continuar con el servicio de homecare por dependencia total (...)*”, conforme consta en el apartado de la historia clínica que obra en folios 6 a 9 del *dossier*, donde se registró la consulta de control que se le realizó el 12 de mayo pasado.

A lo anterior se agrega que la reclamante de amparo es una persona con 81 años de edad (Folio 6) Entonces, no hay duda que la señora Ruales de Caldono se halla comprendida en la categoría jurídica de sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad, el alto deterioro de salud que le han diagnosticado y la discapacidad ya certificada por sus médicos tratantes, como se acaba de reseñar.

(ii) Esas mismas probanzas documentales dan cuenta cierta de que el galeno tratante le ha prescrito, entre otros, el servicio de cuidador en casa – que denominan “*HOME CARE*” – durante 12 horas al día, atendiendo al estado de postración en que ella se halla, conforme consta en la historia clínica ya comentada, de la cual se aportó la parte correspondiente a la consulta del pasado 12 de mayo, en que se ordenó ese servicio especial.

(iii) Se afirmó en el relato fáctico, lo confirmó la IPS “CUIDARTE EN CASA”²⁷ en su pronunciamiento, y también lo acredita la orden médica referida, la prestación del servicio de enfermería que se reclama, venía siendo prestado al momento de la interposición de la presente acción de tutela; pero de manera transitoria durante 12 horas diarias, como ya se dejó visto. Según se afirmó, estaba pendiente de resolver si se continuaba o no con ese servicio; pero, hasta la presente no se conoce lo decidido al respecto.

(iv) Cualquiera sea el resultado del tal “estudio”, lo cierto es que la prescripción médica referida merece total reconocimiento; pues, emana de un profesional de la medicina que conoce de cerca el estado de salud de la paciente y afectada; es quien ha tratado sus padecimientos y tiene los conocimientos especiales requeridos para formular cada uno de los servicios que considera necesarios y apropiados para ella, de acuerdo con las patologías halladas, el grado de afectación y deterioro de su estado de salud y la conveniencia de aquellos. Además, el galeno pertenece a la IPS “Cuidarte en Casa”, de la red de prestadores de servicios de la EPS accionada.

(v) La promotora de salud Nueva EPS no aportó ningún elemento de juicio ni prueba que desvirtura la necesidad de los servicios reclamados, para el tratamiento de su afiliada; tampoco expuso algún argumento jurídicamente aceptable para justificar la negación de prestar la atención en salud que se viene requiriendo la demandante-agenciada. Simplemente invocó inexistencia de los servicios del cuidador, en el Plan de

²⁷ Folios 117 - 118.

Beneficios de Salud, lo cual comporta desconocimiento del principio de integralidad que rige para el servicio público esencial de salud, lo cual es más inaceptable cuando se trata de personas vulnerables como la reclamante de tutela.

CONSIDERACIONES

La convocada fincó su defensa en que los familiares de la paciente son los obligados a cuidarla, lo cual corresponde a la regla general; pero, en casos como el presente, nos hallamos ante una excepcional situación que impone apartarse de tal pauta, conforme lo dejó advertido la Corte Constitucional en el precedente citado aquí.

En efecto, la valoración realizada por personal de la división de trabajo social, practicada por la IPS Cuidarte en Casa, de fecha 23 de junio pasado (Folios 108 a 111), dejó esclarecida la muy lamentable situación de la señora Ruales de Caldono; pues, únicamente su hija Dolly Jabet Caldono Ruales – quien actúa como agente oficiosa – es quien la única familiar que se ha ocupado y concentrado en atenderla; pero, además, tiene a su cargo un hijo de apenas dos años de edad que demanda iguales cuidados especiales. Allí se relató que la señora María Visitación estaba sólo bajo el cuidado de su hija Dolly, cuyo encargo fue calificado como una “sobre carga” (sic) “moderada”; porque *“en la actualidad a través del home care cuenta con cuidador por 12 horas, lo cual ha contribuido a disminuir la sobrecarga en términos de esfuerzo físico, pero aun así se encuentra sobrecargada con las diferentes gestiones administrativas para el cuidado de la paciente y no cuenta con momentos de esparcimientos, dado que es ella únicamente quien esta al tanto de la paciente, frente al riesgo social en el que se encuentra la*

paciente es intermedio, debido a la sobrecarga de la cuidadora y a la poca vinculación y compromiso de la red familiar extensa de la paciente (...). Pero también reseñó que la paciente y una de sus hijas no tenían buenas relaciones, otros de los hijos viven en el extranjero, y otro lo ayudó hasta que llegó la pandemia. Esto último resulta explicable por los desastrosos efectos que generó ese trágico virus en todo el orbe. Además, hay unos nietos allí mencionados, pero todos trabajan y no pueden ocuparse de atender personalmente a su pariente. Además, tampoco está demostrado que tengan ingresos económicos para poder asumir los costos de una cuidadora, sin sacrificar la propia subsistencia digna y la de su inmediato núcleo familiar.

(vi) Finalmente, cabe relieves que los motivos netamente económicos no pueden interferir con la garantía y satisfacción efectiva de derechos de orden superior que tienen los pacientes, más cuando éstos presentan especiales condiciones patológicas que los hace mayormente vulnerables.

Por otro lado, en esta causa constitucional no hubo asomo de prueba que desvirtuara la presunción de incapacidad económica de la agenciada; luego, resulta conforme a derecho la orden judicial reclamada por esta.

(vii) Es necesario también resaltar que lo dispuesto por el galeno tratante para la paciente agenciada en este caso, fue **cuidador domiciliario, no enfermería en casa**. De manera que, así haya sido esta última la reclamada por la promotora, no había lugar a conceder esta última prestación, sino aquella otra.

En consecuencia, se impone modificar el fallo recurrido en ese preciso aparte de la decisión.

(viii) En lo atinente al tratamiento integral pretendido y ordenado en el fallo recurrido, se recuerda que aquel atiende a una figura del Subsistema de Salud regulada por el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, con la cual se garantiza la efectiva atención en salud, con el suministro de *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*, así como el tratamiento sin interrupciones, prestado de forma oportuna, segura, completa y con calidad. En este caso se torna procedente y necesario su ordenación, dadas las especiales condiciones personales y de salud de la agenciada, quien requiere protección libre de entorpecimientos administrativos, con garantía de continuidad de la atención en salud.

7. Conclusión. Se ha demostrado una afectación real a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la promotora, con la omisión de autorización y suministro oportuno del servicio de cuidado en casa (*home care*) prescrito por su médico tratante, con lo cual se ha limitado injustificadamente el acceso a un tratamiento médico idóneo y eficaz, a afectada y agenciada María Visitación Ruales de Cal dono, quien es una persona en condiciones de alta vulnerabilidad. Esa conducta implica grave afectación y riesgo para la salud y el derecho que le asiste a ella de tener en una vida en condiciones dignas.

En este estado de cosas, resulta indispensable el resguardo constitucional, como en efecto fue concedido por el fallo de primer grado; en consecuencia, se impone su confirmación *in integrum*, pero con la modificación de que el servicio que se ordena prestar a la agenciada es el de cuidador en casa – no de enfermería – y la aclaración de que debe ser con sujeción a lo que disponga el médico tratante, durante el tiempo que sea necesario y mientras exista tal prescripción médica.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Segunda de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

F A L L A :

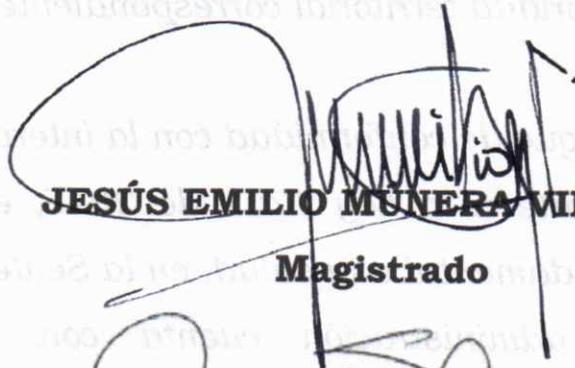
PRIMERO: Se confirma la sentencia n° 026-01 de 27 de julio último, dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por María Visitación Rúales de Caldon, a través de agente oficiosa, contra Nueva EPS S.A., por las razones anotadas en el cuerpo expositivo de esta providencia; pero **se modifica** para disponer que el servicio que se ordena prestar a la agenciada es el de **cuidador en casa – no de enfermería –** y **se aclara** que debe ser con sujeción a lo que disponga el médico tratante, durante el

tiempo que sea necesario y mientras exista tal prescripción del galeno tratante.

SEGUNDO: Notifíquese lo decidido a las partes e intervinientes en la forma establecida por la ley, remitiéndoles copia íntegra de esta providencia.

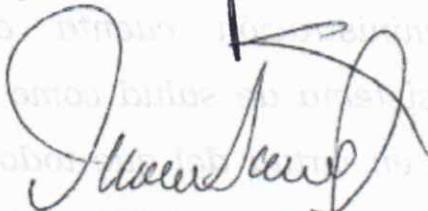
TERCERO: En firme esta sentencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



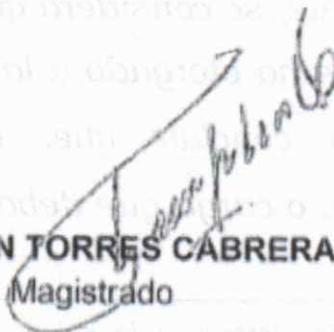
JESÚS EMILIO MUNERA VILLEGAS

Magistrado



CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS

Magistrado



FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado