



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

El señor HUGO GUTIÉRREZ GARAVITO formuló acción de tutela en calidad de agente oficioso de su progenitora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, por considerar que la EPS accionada, ha vulnerado los derechos fundamentales de esta última, con base en los siguientes hechos:

- Comenta que la señora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, tiene 90 años de edad, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado a través de la EPS FAMISANAR y presenta diagnósticos de HIPERTENSIÓN ESENCIAL, PROBLEMAS RELACIONADOS CON MOVILIDAD REDUCIDA, INCONTINENCIA FECAL, INSUFICIENCIA RENAL CRONICA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, DESNUTRICIÓN PROTEICO CALORICA, NEFROPATIA HIPERTENSIVA, AMPOUSTACIÓ DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO, ARTROSIS, ANEMIA POR DEFICIENCIA DE VITAMINA B12.
- Manifiesta que en razón a los anteriores padecimientos, su agenciada GARAVITO DE GUTIÉRREZ se encuentra imposibilitada para atender las actividades diarias que la clasifican en una escala de Barthel con grado de dependencia 5/100, es decir, totalmente dependiente, presenta gran deterioro psicológico y físico que también afectan en igual medida a su familia, pues no tiene la formación adecuada, situación agravada por el hecho de que no pueden dedicarse a sus actividades laborales para poder llevar la manutención a sus hogares.
- Pone de presente que ante la gravedad de los padecimientos como consecuencia de las enfermedades de su progenitora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ y ante la imposibilidad de él, como de su familia requiere de valoraciones pertinentes por un equipo multidisciplinario para acceder a la Atención Integral en salud y un diagnostico acertado y especialmente para el suministro del Servicio de Enfermería por tiempo completo.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la parte actora que la EPS accionada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital de la aquí agenciada, por lo que solicita se ordene a FAMISANAR EPS autorizar y suministrar el servicio de enfermería tiempo completo, así como también brindarle la atención integral en salud en lo concerniente a sus padecimientos, todo lo cual solicitó como medida provisional.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 2 de junio del año en curso, en la cual se dispuso notificar a la EPS FAMISANAR, con el objeto que se pronunciara acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional, se ordenó vincular a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, de igual forma se negó la medida provisional deprecada y se ordenó oficiar a la parte actora como prueba de oficio.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

Luego de referirse a los antecedentes de la tutela, al marco normativo de la entidad, a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, a los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías en salud y al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del sistema de seguridad social en salud, señala que es función de la EPS y no de esa entidad la prestación de los servicios de salud, por lo que alega una falta de legitimación en la causa por pasiva.

En todo caso, señala que las EPS`s tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, sin que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención a sus afiliados, ni retrasarla de manera que pongan en riesgo la vida o la salud de éstos, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios.

Por otra parte, manifiesta que equivocadamente se suele solicitar que el ADRES financie los servicios no cubiertos por la UPC, o, que el Juez de tutela faculte para recobrar por los servicios de salud prestados, olvidando que el art. 240 de la Ley 1955 de 2019, estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos

de salud se giren con anterioridad a la prestación de la atención en salud, en aras de que las EPS`s presten los mismos de manera integral, es decir, que se trata de lineamientos y montos que anteriormente era objeto de recobro, los cuales ya giró a dichas entidades, incluida la accionada, para suprimir obstáculos que impiden el adecuado flujo de recursos para asegurar su disponibilidad, mismo que incluye los costos sufragados por órdenes judiciales, conforme a lo establecido en el parágrafo 6° del artículo 5.4 de la Resolución 205 de 2020.

Por lo expuesto, solicita al Despacho negar el amparo constitucional frente a esa entidad, y como consecuencia de ello, proceda a su desvinculación, de igual manera, negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS. Finalmente, solicita modular las decisiones en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe vulneración de derechos fundamentales, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de salud y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

- **FAMISANAR EPS**

Concorre al trámite informando que a la aquí agenciada se le han garantizado los servicios médicos que ha requerido y se ha hecho entrega de los medicamentos e insumos pedidos en salud, es por ello que no es dable conceder un TRATAMIENTO INTEGRAL, el cual obedece a futuros e inciertos, por lo que tal petición no es procedente pues no existen fundamentos fácticos que lleven a inferir que la EPS accionada, haya vulnerado o en un futuro pretenda negar servicios en salud. Así mismo, señala que no es dable practicar una junta de médicos, pues la misma no ha sido ordenada por ningún galeno, en donde se justique la necesidad de reunir a personal profesional, lo cual considera solo es un capricho de la familia, ya que no hay soportes en las historias clínicas aportadas, en donde se evidencie la necesidad de lo solicitado por el familiar.

Dado lo anterior solicita su desvinculación pues su conducta ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y vida de la usuaria, aunado a la ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno del agenciado. En forma subsidiaria, y en caso de concederse el amparo, solicita que en forma expresa se determinen las prestaciones en salud cobijadas por el fallo, así como también la patología respecto de la cual se otorga el amparo, para evitar la posibilidad de que en el futuro se terminen destinados recursos públicos del sistema para el cubrimiento de servicios que no lleven implícita la preservación del derecho a la vida a través de la concesión de tratamiento integral.

- **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**, dejó vencer en silencio el término para pronunciarse acerca de la presente acción.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En esta ocasión el señor HUGO GUTIÉRREZ GARAVITO, actuando como agente oficioso de su señora madre JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, solicita se amparen a esta última sus prerrogativas constitucionales a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

FAMISANAR EPS, es una entidad particular que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 se encuentra legitimada como parte pasiva, al imputarle responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la parte accionante, EPS a la cual además se encuentra afiliada la señora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ

3. Problema Jurídico

Determinar si se vulneran derechos fundamentales en cabeza de JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, por parte de la entidad accionada y/o de las vinculadas, respecto del suministro de servicio de enfermera permanente, cuando no existe orden médica que así lo establezca, en caso negativo, establecer si es viable por vía de tutela ordenar valoración a la agenciada para determinar la necesidad del servicio requerido.

De igual manera, se deberá establecer si se configura los elementos establecidos por la Corte Constitucional para acceder a la pretensión de tratamiento integral

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí

misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o por quien preste servicios públicos.

En términos del artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.

El derecho fundamental a la salud ha sido definido por la Corte Constitucional como:

“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”

Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de la dignidad humana, toda vez que *“responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”*

La garantía del derecho fundamental a la salud está dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. En consecuencias existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.”

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional, debe tenerse presente que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes, y las personas de la tercera edad.

4.2 Accesibilidad a servicios médicos e insumos requeridos con necesidad cuando no existe orden del médico tratante.

Si bien que la H. Corte Constitucional ha señalado que el profesional idónea para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento a seguir es el médico tratante, no obstante esa misma Corporación en recientes oportunidades ha admitido en casos especialísimo que una persona solicite a su EPS un servicio de salud sobre el cual no existe remisión médica. En ese sentido, en Sentencia T-014 de 2017, se dijo:

“8. Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Reiteración de jurisprudencia

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos⁶. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

⁶ Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, ‘es un hecho notorio’⁷ que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”⁸.

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

Además, acerca de la protección de derechos fundamentales como la vida digna, que ampliamente se relaciona con la necesidad del insumo en comento, esta corporación ha sido enfática en resaltar que “el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”⁹.

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad– o de cualquier otro factor–, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una adecuada calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos. (...)

4.3. De la procedencia de la acción de tutela en relación con el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador

Sobre el particular, en Sentencia T-017 de 2021, se reiteró lo siguiente:

⁷ “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones (...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’ (...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

⁸ Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

⁹ Sentencia T-073 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“5.4. La Corte Constitucional tampoco ha sido pasiva en sus pronunciamientos sobre el servicio de acompañamiento prestado por auxiliares de enfermería o cuidadores¹⁰. De acuerdo con esta consideración, es preciso hacer mención a los requisitos que jurisprudencialmente han sido señalados, para la procedencia de una de las figuras de atención domiciliaria antedichas, cuando este servicio corresponde ser suministrado por las Entidades Promotoras de Salud.

5.5. En primer lugar, el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017 señala que el servicio de enfermería domiciliar es una 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 afiliado¹¹.

5.6. Adicionalmente, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede **en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida**; casos en los que se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS prescribe el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS¹².

Por lo anterior, y según ha sido precisado por la Corte, el auxilio que se presta por concepto de servicio de enfermería debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y 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 ajena¹³.

5.7. Ahora bien, respecto del servicio de cuidador, la Resolución 1885 de 2018 lo define como “aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS”.

A este respecto, esta Corporación ha indicado que el servicio de cuidador consiste, principalmente, en 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 estado de salud no puede ejecutar de manera autónoma**. Por ello, se tiene que esta actividad no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud¹⁴. Razón por la cual, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado¹⁵, teniendo en cuenta que la finalidad del cuidador es garantizar la atención ordinaria que el paciente requiere **dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo**¹⁶.

5.8. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha fijado una serie de requisitos que deben ser cumplidos para que de manera excepcional sea la EPS la encargada de suministrar el servicio de cuidador, que en principio corresponde a la familia del paciente. Tales requisitos son: (i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que la ayuda como cuidador

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-414 de 2016, T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-423 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-527 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas, T-260 de 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹¹ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² Sentencia T-260 de 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹³ Sentencia T-266 de 2020 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁴ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁶ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo¹⁷.

5.9. De esta manera, la imposibilidad material se configura cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; también porque (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio¹⁸.

5.10. En conclusión, respecto de las atenciones 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, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, se trata de casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, frente a lo que la Corte ha concluido que es 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 ello, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado**¹⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto)

4.4. La prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servicio de salud

El concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, sin que pueda ser reemplazado por el Juez Constitucional, así lo ha reiterado la Corte Constitucional en Sentencias como la T-017 de 2021, en los anteriores términos:

“6.1 En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha 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 humana²⁰. Sobre este punto, 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 lo tanto, es el profesional de la salud el que está 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,²¹ si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado.

De lo anterior, la Sala precisa que 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

¹⁷ Sentencia T-260 de 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera. Este tema también ha sido desarrollado, entre otras, en las sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁸ *Ib. Ídem.*

¹⁹ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ Sentencias T- 345 de 2013 y T-036 de 2017, reiteradas en las sentencias T-061 de 2019 y T-508 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos.

²¹ *Ib. Ídem.*

servicio²². En consecuencia, el médico tratante es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado, de acuerdo con la evolución en la salud del paciente²³.

6.2. Al respecto, esta Corporación ha señalado que el criterio del médico tratante, como profesional idóneo, es esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios. En este orden de ideas, en la sentencia T-345 de 2013²⁴, ampliamente reiterada con posterioridad, la Corte señaló que:

“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 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 reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.”

6.3. En conclusión, el criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. De manera no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente.”

5. Del Caso en concreto

De entrada, es importante destacar que conforme el material probatorio recaudado en el presente trámite constitucional, se observa que la señora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, tiene 90 años de edad, está afiliada a FAMISANAR EPS en el régimen subsidiado y presenta diagnóstico de HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), PROBLEMAS RELACIONADOS CON MOVILIDAD REDUCIDA, INCONTINENCIA FECAL, INSUFICIENCIA PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA y DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA NO ESPECIFICADA.

Además, debe resaltarse que el accionante acude al mecanismo constitucional por cuanto según su consideración estima que su agenciada requiere de ENFERMERÍA permanente, lo que significa que no existe una orden médica expedida por galeno tratante alguno que avale o determine la solicitud elevada por el actor, destacando que el primer servicio (enfermería) se encuentra consagrado en la atención domiciliaria incluida dentro del PBS con cargo a la UPC, cubrimiento que se encuentra supeditado a que el médico tratante del paciente lo considere pertinente, lo que significa que se trata de una prestación que requiere

²² *Ib. Ídem.*

²³ Sentencia T-061 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁴ M.P. María Victoria Calle Correa

necesariamente del aval del galeno tratante y, por ende, no puede ser autorizada directamente por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad y también que debe verificarse la situación económica de los peticionarios, antes de proceder garantizarlo.

Así las cosas, en principio para este Despacho no existe una evidente afectación a los derechos fundamentales invocados por quien agencia los derechos de la señora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ respecto del agenciado, porque no existe una orden médica propiamente dicha que respalde la necesidad de los servicios en salud incoados en la presente acción constitucional, como tampoco que sea obvia la necesidad de los mismos, en tanto que de los anexos de la demanda no es posible inferir que aquella requiera la atención de un enfermera permanente, pues no es posible evidenciar que está presente heridas abiertas, estomas, accesos venosos u otras circunstancias de propias del sector salud, ni que padezca de problemas alimenticios que hagan necesario su alimentación a través de sonda, por cuyas razón se precise de un profesional en enfermería.

En este punto, debe precisarse que si bien conforme a la jurisprudencia transcrita en el acápite pertinente lo procedente sería ordenar el concepto de un galeno a fin que determine en realidad la necesidad o no de lo requerido en el libelo introductorio (enfermera permanente), ello teniendo en cuenta su edad y padecimientos, lo cierto es que el galeno tratante en la historia clínica de data 2023-04-02 aportada con los anexos de la demanda, ver folio 16 contentivo del pdf.001 del expediente digital, es decir, hace 2 meses, expuso que ello no era necesario, bajo los siguientes términos: *“en el momento sin criterios para auxiliar de enfermería, dado que no cuenta con ostomías, sondas nagogastrica, gastrostomía, traqueostomía”*, advirtiéndose que no se considera en este momento proceder a una nueva valoración, tal como lo pretende la parte accionante, atendiendo a que sólo ha transcurrido dos meses entre la aludida evaluación y la interposición de la acción de tutela, aunado al hecho de que aquella recibe atención domiciliaria mensual por su estado de salud y a que en la foliatura no existe evidencia o indicios que permitan pensar que las circunstancias que entonces dieron lugar al profesional a concluir la inviabilidad para que la afiliada accediera a los servicios de enfermera permanente, hubieren variado en ese lapso, como lo sería por ejemplo que tuviese que aplicarle medicamentos intravenosos, le hubieren puesto una gastrostomía, entre otros.

En conclusión, no existiendo motivos para estimar que se debe nuevamente valorar al paciente aquí agenciado, lo que se impone es negar el amparo deprecado en tal sentido, como se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia

Con todo, hay que puntar que este Juzgador vislumbra que la prestación que aspira lograr el agente oficioso de la señora JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ, más que obtener una valoración para un profesional en enfermería es obtener el servicio de cuidador, respecto del cual resultaría inocuo una valoración por parte

un grupo de médicos interdisciplinario, ya que de la historias clínicas allegadas salta a la vista la necesidad del paciente de un cuidado, debido a que por su edad y múltiples patologías se encuentra en estrado de postración que no le permiten realizar las necesidades cotidianas. Ahora bien, debe señalarse que también según el precedente constitucional al cual viene haciéndose mención, establece que en principio es la familia del afiliado la primera obligada moral y afectivamente para proporcionar y sobrellevar el cuidado físico, psíquico o emocional requerido por su familiar, y solo cuando el primer obligado (la familia) se encuentra materialmente imposibilitado de asumirlo, ya porque no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya por falta de aptitud para hacerlo dada la edad o una enfermedad o ya, porque carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, el Estado está obligado a suplir dicha falencia, de modo que, esta Instancia debe analizar si en el presente asunto se cumple las reglas jurisprudenciales dispuestas para ordenar este tipo de servicio.

Sin embargo, en el presente caso, esta Instancia advierte que no están dados los presupuestos para que se traslade dicha carga al Estado para que supla el servicio de cuidador, pues en el plenario no existen pruebas que acrediten la imposibilidad física de alguno de sus familiares de prestar la aludida atención permanente, ya por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, o carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de un cuidador, por el contrario, el agente oficioso informó que el cuidado de su madre JULIA GARAVITO DE GUTIÉRREZ se encuentra en cabeza de diferentes familiares o que a veces pagan un enfermero, porque aquéllos no tienen la idoneidad para cuidarla, lo que dicho de paso, no se necesita de un conocimiento avanzado, pues como se advierte el cuidado de aquélla consiste en la actividades cotidianas, tales como comer, vestirse, bañarse, pararla de la cama, entre otros, siendo entonces que la situación actual de la parte accionante se enmarca en la hipótesis jurisprudencial en la que el cuidado domiciliario de los familiares cercanos no representa una carga insoportable y por tanto, la obligación de la familia de la aquí agenciada debe cumplir con el deber de solidaridad, protección y socorro para con ella.

Por último, en lo que toca con la pretensión de atención integral incoada por el accionante, habrá de negarse la pretensión formulada en dicho sentido, ya que no se dan las condiciones para acceder a la misma, toda vez que este Despacho no observa afectación o amenaza del derecho fundamental a su salud de la señora JULIA GARAVITO DE GUTIERREZ, ni tampoco que la EPS haya negado algún servicio de salud requerido por aquélla, pues tampoco nada dijo al respecto en el escrito genitor y, por el contrario, de lo anexos es posible advertir que se ha prestado con eficiencia los servicios de salud, por lo que no es posible determinar un incumplimiento sucesivo frente a lo requerido por el agenciado, aunado a lo cual en este caso el juez constitucional no cuentan con otros elementos que le permitan establecer la necesidad de servicios adicionales para la atención de su estado actual de salud.

Dado lo anterior, el Despacho negará la presente acción constitucional, por no existir vulneración alguna a los derechos deprecados por la parte accionante, de igual forma se ordenará la desvinculación de la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, por no existir trasgresión de garantías constitucionales por parte de estas entidades.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela incoada por **HUGO GUTIÉRREZ GARAVITO** como agente oficioso de JULIA GARAVITO DE GUTIERREZ contra **FAMISANAR EPS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente actuación a la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

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: **eb7674952f318f4f32cb7119693bf33f2ae4dde51bf05d6795763e4b56b8fd2d**

Documento generado en 15/06/2023 03:17:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>