



Barranquilla, siete (7) de julio de dos mil veinte (2020).

**Tutela:** 08001-40-53-003-2020-00169-00.

**Accionante:** GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima de GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT.

**Accionado:** MUTUAL SEREPS.

Procede el Despacho a decidir la presente acción de tutela impetrada por la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima del señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT y en contra de MUTUAL SER EPS, por la presunta violación a su(s) Derecho(s) Constitucional(s) Fundamental(s) a la salud y a la vida en condiciones dignas.

## 1 ANTECEDENTES

### 1.1 SOLICITUD

La señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima del señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, solicita que se le tutele(n) los derecho(s) Constitucional(s) Fundamental(s) a la salud y a la vida en condiciones dignas, dada la violación a que ha(n) sido sometido(s) por cuenta de la accionada; y en consecuencia, se ordene a MUTUAL SER EPS, a restablecer el servicio médico domiciliario (enfermera auxiliar); y a suministrarle los servicios de silla de ruedas, pañales y colchón antiescaras, que le fueron ordenados.

### 1.2 HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

En el caso de la referencia la pretensión de la actora, se fundamenta en los hechos que se resumen a continuación.

- 1.2.1 Manifiesta que el señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, es discapacitado con retardo sicomotor congénito por anoxia cerebral prenatal, declarado interdicto por sentencia del 11 de julio de 2002, del Juzgado Tercero de Familia de Barranquilla. Afirmando que, en su condición de hermana, fue designada curadora y se ha encargado durante toda su vida de su cuidado.
- 1.2.2 Relata que el señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, cuenta con 79 años de edad, se encuentra afiliado a MUTUAL SER EPS y allí le vienen prestando, atención médica por presentar secuela neurológica de enfermedad cardiovascular ECV, desnutrición proteica calórica, hipertensión arterial, vejiga neurogénica e incontinencia mixta. Añadiendo que ese cuadro clínico lo presenta el paciente desde hace varios años, con limitaciones neuromusculares, que le impiden el desplazamiento cayendo en cama con descondicionamiento físico por inmovilización prolongada.
- 1.2.3 Establece que al señor NUÑEZ EBRATT, venía siendo atendido anteriormente por la EPS SALUD VIDA, que le suministraba toda la atención médica y la asistencia personal de un auxiliar de enfermería durante 12 horas diarias, dado su impedimento físico por discapacidad comprobada y avanzada edad.
- 1.2.4 Sostiene que la EPS MUTUAL SER, sin mediar valoración médica y sin respuesta alguna a los requerimientos elevados, retiró hace 4 meses, la atención domiciliaria que recibía por parte de una enfermera auxiliar durante 12 horas diurnas para cuidados generales, toma de signos vitales y administración de medicamentos.
- 1.2.5 Añade que es necesario que, al paciente le sea suministrada una cama hospitalaria, un colchón antiescaras y una silla de ruedas.



1.2.6 Finalmente sostiene que es una mujer de 76 años de edad y actualmente doblega sus esfuerzos físicos para atender y brindar los cuidados personales al señor GUSTAVO DE JESUS, supliendo la actividad especializada del auxiliar de enfermería.

### **1.3 ACTUACION PROCESAL**

Por auto de fecha 19 de junio de 2020, el Despacho admitió la anterior acción de tutela, en contra de MUTUAL SER EPS y vinculó por pasiva a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES-.

### **1.4 CONTESTACIONES DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y/O VINCULADAS.**

#### **1.4.1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA, MUTUAL SER EPS-S.**

MITUAL SER EPS-S, a través del Gerente Regional Atlántico, rindió informe manifestando que, en ningún momento, han vulnerado los derechos fundamentales del afiliado, pues han autorizado todos los servicios médicos requeridos.

Afirman que mediante acta de notificación telefónica firmada el día jueves 25 de junio de 2020, se puede verificar la comunicación con la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en la cual manifiesta que a la fecha cuenta con el servicio de enfermería domiciliaria 12 horas, suministro de cama hospitalaria y colchón anti-escara. Aclarando que, gestionan nueva prescripción de pañales y se le informa la aprobación por parte de la EPS y punto de farmacia al cual debe dirigirse; al igual que, realizan gestión para solicitud de silla de ruedas a través del prestador Centro Ortopédico.

En virtud de lo anterior, solicita sea declarada la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que han adelantado las acciones correspondientes, para poner fin a la situación que dio origen a la presente acción.

#### **1.4.2. CONTESTACION DE LA VINCULADA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.**

La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, a través de apoderado judicial, manifiesta que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Recuerdan que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Por último, respecto cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, pues pretende que el Juez Constitucional desborde sus competencias dentro de la acción constitucional y omita el trámite administrativo de recobro con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se insiste: si bien es cierto que el Juez de Tutela está llamado a proteger derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de que es titular la accionante, en atención del principio de legalidad en el gasto público debe abstenerse de otorgar la facultad de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, ya que estas sin necesidad de que medie acción de tutela alguna, están legalmente facultadas para ejercer dicho derecho que; el procedimiento de recobro es un trámite administrativo reglado que no ha sido agotado, por ende, no se cumpliría con el carácter residual inherente de la acción de tutela.

### **1.5 PRUEBAS DOCUMENTALES**

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas documentales relevantes, las siguientes:



- Informe de MUTUAL SER EPS-S.
- Informe de la ADRES.

### **1.7. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA Y SU PROCEDENCIA**

Es claro que nuestra constitución política nacional de 1.991, contiene mecanismos específicos de protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales en el llamado Estado Social, en el que aparece registrado en su artículo 86 la Acción de Tutela, como un elemento tendiente a la protección de los derechos y libertades fundamentales mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, eminentemente judicial que debe ser resuelto en un término improrrogable de diez días hábiles. Así mismo, establece que

*“esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquellas se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

En el inciso final de la norma citada, el constituyente faculta al legislador para establecer los casos en que la acción procede contra las entidades públicas, cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes se encuentran en estado de subordinación o indefensión.

## **2 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO**

### **2.1 COMPETENCIA**

Este juzgado es competente, para conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86, de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 37, inciso 1º del Decreto 2591 de 1991.

### **2.2 EL PROBLEMA JURIDICO**

Para decidir sobre el caso expuesto, corresponde al Despacho analizar en esta oportunidad, si de acuerdo con los hechos narrados, la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, al no prestarle el servicio de enfermería domiciliaria; y no hacer entrega de los insumos/tecnologías cama hospitalaria, un colchón antiescaras y una silla de ruedas.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) Derecho fundamental a la salud; (ii) procedimiento para el suministro de servicios y tecnologías complementarias según la Resolución 3951 de 2016 (iii) el suministro domiciliar del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud; (iv) La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. (v) el análisis del caso concreto.

#### **2.2.1. Derecho fundamental a la salud.**

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. En cuanto a esta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la Sentencia T-760 de 2008, se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.



Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de: (i) sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como (ii) generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; (iii) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; (iv) vigilar que la prestación del servicio de salud a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención; (v) controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos; (vi) asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y (vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos.

En casos como el que se examina, la Honorable Corte Constitucional, ha resaltado el principio *pro homine*, ya que permite la interpretación de las normas que rigen el derecho a la salud en el sentido más favorable a la protección de las personas. En esa medida, como se dijo en la Sentencia C-313 de 2014, al realizar el control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud, la aplicación de este principio dependerá del análisis que se haga de las particularidades del asunto en cada caso concreto y de lo que en él resulte más favorable para la protección del derecho.

#### **(ii) Procedimiento para el suministro de servicios complementarios.**

En resumen: (i) el reporte de la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud está a cargo del profesional en la salud a través de la herramienta tecnológica Mi Prescripción “MIPRES”, que es el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social. La pertinencia de la utilización del servicio o tecnología complementaria debe consultarse a la Junta de Profesionales de la Salud en cada caso particular; (ii) las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) deben registrar la decisión de la Junta de Profesionales de la Salud en dicho aplicativo; (iii) si las IPS no cuentan con la referida Junta la entidad encargada del afiliado solicitará dicho concepto a una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.

Mediante la Resolución 2438 del 12 de junio de 2018 el Ministerio de Salud y Protección Social dispuso la implementación de la herramienta tecnológica Mi Prescripción “MIPRES” para la prescripción y reporte de las tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC del Régimen Subsidiado y de los servicios complementarios. Así mismo, eliminó la autorización de estos servicios y tecnologías ante los Comités Técnico Científicos de las EPS.

Sin embargo, fijó el 1º de enero de 2019 como plazo para que las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de servicios y tecnologías complementarias se activen en el aplicativo “MIPRES”. En el entretanto, la prescripción de servicios y tecnologías complementarias se harán mediante aprobación ante el Comité Técnico Científico, según lo dispuesto en el Título II de la Resolución 5395 de 2013.



Es importante agregar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución 3951 de 2016, las Entidades Promotoras de Salud deben garantizar el suministro oportuno, a través de la red de prestadores definida, de los servicios y tecnologías en salud no financiadas en el PBS prescritos por los profesionales de la salud y reportar al Ministerio la información necesaria en relación con lo anterior. Cabe aclarar que no es procedente que las IPS o EPS soliciten verificaciones al Ministerio de Salud y Protección Social, pues esa entidad no prescribe, autoriza o entrega dichos servicios o tecnologías.

En Sentencia T-196 de 2018, la Corte Constitucional, al estudiar la acción de tutela promovida en representación de un joven de 17 años diagnosticado con parálisis cerebral desde su nacimiento, ordenó a la EPS en la que se encontraba afiliado, la entrega de una silla de ruedas para la cual su familia no contaba con los medios económicos para proveerla y, pese a que no existía orden médica que la respaldara, su historia clínica ponía de presente la necesidad de la silla de ruedas para garantizar su derecho a la salud.

En suma, las exclusiones del PBS son admisibles siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. 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. En casos específicos, en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas subreglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas.

### **(iii) El suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud.**

La Resolución 5269 de 2017, se refiere a la atención domiciliaria como una “*modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia*”. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Textualmente, el artículo en comento dispone que:

*“Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.*

*PARÁGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.*

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que: (i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda



de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al primer presupuesto para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*. Así las cosas, el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial y que por la materia, están sujetas al respeto de la *lex artis*.

Conforme a lo anterior, la Corte ha considerado que los cuidados básicos de una persona que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud. Por lo general, la ley y la jurisprudencia han reconocido que en virtud del principio de solidaridad este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud[96], siempre que estas cargas no resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. En otras palabras, al deber de cuidado a cargo de las familias no puede atribuirse un alcance tal que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente.

En suma, las EPS están obligadas a suministrar la atención domiciliaria cuando el médico tratante así lo ha prescrito para atender las patologías que padece el paciente y la prestación del servicio no pretende suplir el apoyo y los cuidados básicos que, conforme a principios de razonabilidad y proporcionalidad, son atribuibles a la familia. De este modo, las EPS no están en la obligación de prestar la atención domiciliaria, cuando se presentan las siguientes circunstancias:

*“(i) Que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas; (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y; (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia”*.

#### **(iv) La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.**

En relación con las prestaciones que el 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, la jurisprudencia ha precisado que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria” se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016, estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

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

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

Sin embargo, en sentencia T- 065 de 2018, la Corte preciso que:

Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla  
Telefax: 3403680. [cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
Barranquilla – Atlántico. Colombia



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

*Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.*

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

*Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.*

*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.*

#### **(vi) Consideraciones sobre el caso concreto.**

La señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima del señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT; quien cuenta con 76 años de edad y padece de: “*SECUELAS DE ACVINCONTINENCIA FECALHTACISTOSTOMIA SOSPECHA DE IVU*”, solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas; y en consecuencia la prestación del servicio de enfermería y la entrega de los suministros/tecnologías cama hospitalaria, un colchón antiescaras, pañales y silla de ruedas.

En informe, MUTUAL SER EPS, manifestó que, en el caso del señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, a la fecha se le estaba prestando el servicio de enfermería domiciliaria 12 horas; se le había suministrado la cama hospitalaria y el colchón antiescaras. Se le gestionó nueva prescripción de pañales y se le informó a la curadora, el punto de farmacia al cual debía dirigirse. Afirmando, con relación a la silla de ruedas, que se encuentran realizando gestión a través del prestador Centro Ortopédico, para lo cual aportan constancia de correo electrónico de fecha 25 de junio de 2020, solicitando colaboración y apoyo para la entrega de silla de ruedas, en aras de cumplir con lo solicitado.

En razón a lo expresado por la entidad accionada, este Despacho, a través del Sustanciador, se comunicó en fecha 07 de julio de 2020 con la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, al abonado telefónico 035 3645020, para que informará si le estaban prestado el servicio de enfermería 12 horas y si se le había hecho entrega de los insumos/tecnologías cama hospitalaria, colchón antiescaras, silla de ruedas y pañales desechables; manifestando que actualmente se

Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla

Telefax: 3403680. [cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Barranquilla – Atlántico. Colombia



encuentra recibiendo el servicio de enfermería, le están prestando las terapias domiciliarias y le fue entregada la cama hospitalaria, el colchón antiescaras y los pañales; pero no le ha sido entregada la silla de ruedas y tampoco le han informado si se la van a entregar.

Por lo que respecto del servicio de enfermería domiciliaria 12 horas y la solicitud de entrega de los insumos/tecnologías cama hospitalaria, colchón antiescaras y pañales desechables, se declarará la configuración de carencia parcial de objeto por hecho superado. Empero, como quiera que la acción de tutela esta instituida para propender la protección de los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados por entes públicos o privados, se procederá al estudio de la pretensión de la entrega de la silla de ruedas; por cuanto a la fecha la curadora del señor GUSTAVO DE JESUS, indica que a la fecha no le ha sido entregada.

En el escrito de tutela, la accionante solicita el suministro de una silla de ruedas para el señor GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT; por su parte la EPS accionada, aporta gestión de fecha 25 de junio de 2020; sin embargo, a la fecha, habiendo transcurrido 7 días hábiles, no existe prueba que acredite su entrega.

En tal sentido, se tiene que las sillas de ruedas son ayudas técnicas que están incluidas en el PBS, pero que, por expresa disposición de la Resolución 5269 de 2017, no pueden ser financiadas con cargo a la UPC; sino que las EPS deben adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y recobro al ADRES, para lo cual deben hacer uso de la herramienta MIPRES

Aunado a ello, el Despacho, evidencia que la falta de la tecnología prescrita vulnera los derechos fundamentales del señor GUSTAVO, dado que su enfermedad afecta gravemente su movilidad y extremidades; no puede reemplazarse por otro insumo; tiene un alto costo y no puede ser financiado por su núcleo familiar y fue ordenada por su médico tratante adscrito a MUTUAL SER EPS.

Así las cosas, se concluye que la dilación en la entrega de la silla de ruedas que fue prescrita desde el 03 de junio de 2020, vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor GUSTAVO. En consecuencia, el Juzgado, amparará los derechos fundamentales invocados y ordenará a MUTUAL SER EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, entregue a la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima de GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, la silla de ruedas prescrita por su médico tratante.

Advirtiéndole a la accionada, que le asiste el derecho de repetir contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES-, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

#### **RESUELVE**

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, invocados por la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en su condición de curadora legítima de GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, en contra de MUTUAL SER EPS-S, por las razones expuestas en las consideraciones del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a MUTUAL SER EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, entregue a la señora GLADYS LLANOS EBRATT DE GONZALEZ, en condición de curadora legítima de GUSTAVO DE JESUS NUÑEZ EBRATT, la silla de ruedas prescrita por su médico tratante.

TERCERO: ADVERTIR a MUTUAL SER EPS-S, que le asiste el derecho de repetir contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES-, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.



CUARTO: DECLARAR la carencia parcial de objeto por hecho superado, con respecto a la solicitud del servicio de enfermería domiciliaria 12 horas y la solicitud de entrega de los insumos/tecnologías cama hospitalaria, colchón antiescaras y pañales desechables

QUINTO: La notificación de las partes y entidades vinculadas se realizará a través de comunicación que deberá remitirse a los correos electrónicos visibles en el expediente.

SEXTO: por Secretaría, publíquese la presente decisión en la plataforma virtual de esta dependencia judicial-página web.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**Firmado Por:**

**LUISA ISABEL GUTIERREZ CORRO  
JUEZ MUNICIPAL  
JUZGADO 003 CIVIL MUNICIPAL BARRANQUILLA**

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:

**51457fdb3a91282c3e6528e668b98d4be53251f995a1f45cef692add52723131**

Documento generado en 07/07/2020 03:42:28 PM