

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SANTIAGO DE CALI - VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Cañizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

SENTENCIA

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta a través de apoderado por la agente oficiosa de la señora María Ruby Canizales Sánchez contra la Nueva EPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social para que se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, vida en condiciones dignas, integridad personal y al mínimo vital.

HECHOS RELEVANTES

Informa el apoderado de la agente oficiosa que la señora María Ruby Cañizales Sánchez es una paciente de la tercera edad que en la actualidad tiene 80 años de edad con antecedentes médicos de Alzheimer y HTA.

Señala que la accionante es dependiente para las actividades de su vida diaria, esto es, necesita asistencia para comer, bañarse, uso de pañales por no controlar esfínteres, alteración del patrón de sueño entre otros, y que por la patología que padece solo reconoce la figura de su esposo con el que convive y quien también es una persona de avanzada edad que también sufre quebrantos de salud, lo que no le permite brindarle el cuidado y acompañamiento debido.

Aduce que por lo anterior se tutelen sus derechos fundamentales y en consecuencia que el extremo pasivo de la litis autorice de manera integral a la señora Canizales Sánchez el servicio de cuidador a domicilio sin tener orden médica.

TRÁMITE

Mediante auto interlocutorio del 23 de febrero de 2021 (fls. 41 a 42 del expediente), se avocó la acción de tutela. Debidamente notificadas las entidades accionadas (fls. 43 a 51 del expediente), se pronunciaron frente a la acción constitucional en los siguientes términos:

- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

A través de correo electrónico recibido el 25 de febrero de 2021 (fls. 126 a 160 del expediente), la apoderada general de la entidad manifiesta que el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, por lo que se desconocen los hechos narrados por la parte actora y la consecuencias sufridas.

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

Indica que, además, las otras entidades accionadas son entes descentralizados que gozan de autonomía administrativa y financiera sobre las cuales Minsalud no tiene ninguna injerencia.

No obstante, respecto al servicio de enfermería o atención domiciliaria (cuidador), la que se encuentra definida en la Resolución 2481 de diciembre 24 de 2020, solicita que se verifique si el presente caso i. se trata de una atención domiciliaria en salud, ii. Si lo que se requiere es una adecuación de domicilio para hacer viable una atención domiciliaria ordenada por el médico tratante o si, iii. Se trata de una caso en el que la solicitud de atención domiciliaria corresponde a una necesidad social que ha sido valorada por la familia.

Concluye indicando que en el presente asunto existe una falta de legitimación en la causa por pasiva y una ausencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de la Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que solicita sea exonerado de toda responsabilidad; y que en el caso de prosperar la acción se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme sus obligaciones.

- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Mediante correo electrónico recibido el 26 de febrero de 2021 (fls. 52 a 82 del expediente), la representante judicial de la entidad manifiesta que en el presente asunto existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicita se desvincule a la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que los derechos cuya violación se alega no devienen de una acción u omisión atribuible a esta.

Señala que las EPS en su condición de aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues estas deben asumir el riesgo transferido por el usuario; es así como son las llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud, incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Manifiesta que la Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema de Seguridad Social en Salud debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados por la ley para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

En lo que respecta al caso concreto, informa que, una vez conocida la situación, el 24 de febrero de 2021 emitió el Oficio No. 202131200189381, dirigido al Representante Legal de la Nueva EPS, a través del cual solicitó información sobre las acciones desplegadas con relación a la autorización de cuidador a domicilio deprecado por la parte actora, concediéndole para ello el término de 2 días, lo que se encuentra en gestión.

Indica que en este asunto se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en conflictos ente este y la EPS accionada y la prohibición de esta de imponer trabas administrativas.

Finaliza manifestando que la vulneración de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados no deviene de una acción u omisión que se pueda atribuir a la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que solicita sea desvinculada de la acción de tutela.

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

- NUEVA EPS

A través de correo electrónico recibido el día 26 de febrero de 2021 (fls. 83 a 125 del expediente), el apoderado judicial de la entidad informa que efectivamente, la señora María Ruby Canizales Sánchez se encuentra afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de la Nueva EPS en calidad de cotizante y su estado de afiliación es activo.

Indica que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio en salud a la señora Canizales Sánchez, por lo que considera que la acción es improcedente.

Manifiesta que, tras validar las solicitudes elevadas por la accionante, encontró que carece de orden médica que sustente la necesidad de servicios de salud, pues no aporta prueba sumaria que permita establecer el tipo de servicio médico que requiere.

Señala que en Colombia solo están autorizados para ordenar planes de manejo médico los profesionales en medicina y son quienes definen si el paciente requiere un manejo diferente al que hasta ahora se le ha venido brindando.

En lo referente a la solicitud del servicio de cuidador, indica que el grupo familiar de la señora María Ruby Canizales Sánchez es el que debe encargarse de las funciones de acompañamiento, suministro de alimentos y curaciones básicas y que, además no obra prueba que indique que la accionante requiera servicios de salud domiciliarios, por lo que solicita se dé aplicación a los principios de solidaridad y corresponsabilidad.

De conformidad con lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la solicitud de cuidador elevada por la parte actora.

Argumenta además que existe una dificultad al proferirse fallos judiciales que ordenen tratamientos integrales, pues con ello se vulneraría el debido proceso de la entidad, ya que se estaría prejuzgando por hechos que aún no han ocurrido.

Es por ello que considera que la Nueva EPS no está vulnerando por acción u omisión los derechos fundamentales de la señora María Ruby Canizales Sánchez, por lo que solicita desestimar los hechos de la tutela y denegar las pretensiones.

ACERVO PROBATORIO

Obra en el plenario los siguientes documentos:

PRUEBAS PARTE ACCIONANTE

- Téngase como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con el escrito de tutela (fls. 12 a 35 del expediente).

PRUEBAS MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

- Téngase como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la acción de tutela (fls. 139 a 160 del expediente).

PRUEBAS SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

- Téngase como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la acción de tutela (fls. 62 a 82 del expediente).

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

PRUEBAS NUEVA EPS

- Téngase como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la acción de tutela (fls. 99 a 125 del expediente).

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es el mecanismo procesal instituido a partir de la Constitución Política de 1991 para la protección de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada, en este caso, por el Ministerio de Salud y Seguridad Social, la Superintendencia Nacional de Salud y por la Nueva EPS S.A.

Por otro lado, este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991, donde se determina la competencia de los jueces, así como los requisitos mínimos que debe observar la solicitud correspondiente, los que se cumplen a cabalidad en este trámite, permitiendo así resolver el amparo.

Así las cosas, corresponde a este Juzgado analizar si se han vulnerado por parte del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Nueva EPS, los derechos fundamentales invocados por la parte accionante al no autorizar de manera integral a la señora María Ruby Canizales Sánchez el servicio de cuidador a domicilio.

A propósito de lo expuesto, se tiene que la señora María Ruby Canizales Sánchez, se encuentra afiliada al SGSSS, a través de la Nueva EPS, y según historia clínica que anexa a la tutela¹, indica que padece de las siguientes condiciones médicas:

“...PACIENTE FEMENINA DE 78 AÑOS CON ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD DE ALZHEIMER Y HTA, SIN MANEJO ANTIDEMENCIAL EN EL MOMENTO, EN MANEJO CON LOSARTAN 50 MG/12HRS, ATORVASTATINA 20MG/NOCHE, HTZ 25 MG/DIA, REFIERE HERMANA (ADELAIDA CANIZALEZ) CUADRO PROGRESIVO DE 4 AÑOS DE EVOLUCIÓN... REFIERE QUE ES DEPENDIENTE PARA ACTIVIDADES DE VIDA DIARIA, NECESITA ASISTENCIA PARA COMER Y BAÑARSE, USO DE PAÑALES POR NO CONTROL DE ESFÍNTERES, ALTERACIÓN DEL PATRÓN DEL SUEÑO, DIFICULTAD PARA LA CONCILIACIÓN, 2-3 HORAS EN LA NOCHE, EN EL DÍA DUERME 4-5 HORAS, ÁNIMO DEPRESIVO, TRISTEZA Y LLANTO FÁCIL, LABILIDAD EMOCIONAL. REFIERE PÉRDIDA DE MEMORIA ANTERÓGRADA PROGRESIVA, VIVE CON EL ESPOSO Y SUEGRA, REFIERE EN OCASIONES NO LA RECONOCE A ELLA NI A OTROS HERMANOS, SOLO RECONOCE AL ESPOSO. NO HA SIDO VALORADA POR PSIQUIATRÍA...”

En este orden de ideas, resulta preciso reseñar el marco normativo que regula todo el Sistema de Servicio de Atención en Salud, antes Plan Obligatorio de Salud, en Colombia. Para ello, se citarán algunos artículos relacionados con el caso que hoy ocupa la atención del Despacho:

- **“Ley Estatutaria N° 1751 del 16 de febrero de 2015. “POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”.**

Artículo 1. Objeto. *La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.*

(...)

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. *El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y*

¹ Folios 18 a 31

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

personal médico y profesional competente; (...) c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información (...)"

Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, **la población adulta mayor**, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

Parágrafo 1°. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

Parágrafo 2°. **Lo anterior sin perjuicio de la tutela**

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente". (Negrilla y subraya fuera de texto original).

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

La finalidad de esta regulación, la cual eliminó el Plan Obligatorio de Salud, es establecer nuevos esquemas en cuanto a beneficios en salud y, nuevos criterios en la prestación de los servicios, basados en los principios de continuidad, accesibilidad, integralidad y oportunidad; el norte de la Ley 1751 de 2015, es que todos los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tengan acceso directo a todos los servicios médicos de tipo general y especializado, al igual que los medicamentos, que hayan sido ordenados por el médico tratante.

Previo al estudio de la acción de tutela, es necesario entrar a revisar la legitimidad de la figura del agente oficioso, comoquiera que la señora María Ruby Canizales Sánchez, se encuentra representada por la señora Adelayda Canizales de Gutiérrez, quien manifiesta ser su hermana y, en calidad de agente oficiosa, confirió poder especial al abogado José David Guzmán Corral para que la represente en el presente asunto. Lo anterior, se logra demostrar con la documentación adjunta al libelo tutelar²; además se trata de una persona que tiene 79 años de edad, según se advierte en la copia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 17 del expediente. En ese sentido, y al no ser desvirtuada la agencia oficiosa por las accionadas, la señora Adelayda Canizales de Gutiérrez, se encuentra habilitada para actuar y conferir poder en el asunto.

CASO CONCRETO

La señora María Ruby Canizales Sánchez, instaura el amparo con el fin de que se tutelén los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal y al mínimo vital presuntamente vulnerados por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Nueva EPS, al no autorizarle de manera integral el servicio de cuidador a domicilio, de conformidad con las patologías que padece.

Sea lo primero indicar que la pretensión del extremo activo de la litis versa en que vía tutela se le autorice: "...DE MANERA INTEGRAL a la hermana de mi prohijada EL SERVICIO DE CUIDADOR A DOMICILIO, tal cual como lo establece la corte constitucional, sin tener orden médica, toda vez que su esposo, con el quien vive ella, es una persona de la tercera, que por su estado de salud, se le imposibilita estar pendiente de ella en el suministro de sus medicamentos, poderla bañar, asear, darle de comer, vestirla, hacerle las terapias que necesita, entre otros..." (fl. 4 del expediente); no obstante, teniendo en cuenta el servicio solicitado por la accionante y el trámite administrativo que debe ser adelantado por la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra vinculada la señora Canizales Sánchez, se estudiará lo implorado partiendo de las diligencias adelantadas por la accionada y lo probado en el expediente.

Así las cosas, al estudiar el libelo, no evidencia el Despacho que la señora María Ruby Canizales Sánchez o su hermana, quien hoy actúa en calidad de agente oficiosa hayan elevado ante la Nueva EPS petición o solicitud en la que se indique la necesidad de la prestación del servicio de cuidador a domicilio y menos que esta haya sido resuelta negativamente por la entidad.

Tampoco se observa que se haya elevado por parte de la actora o su agente oficioso petición en ese mismo sentido ante la Superintendencia Nacional de Salud y/o ante el Ministerio de Salud y Seguridad Social.

Ahora bien, frente a la pretensión de la accionante referente a la autorización de manera integral de la prestación del servicio de cuidador a domicilio que por este medio solicita, avizora el Juzgado que no se cuenta con la orden médica donde el profesional de la salud determine que ese servicio es esencial para tratar sus enfermedades, pues tan solo se cuenta con el extracto de la historia clínica en la que se indica el estado actual de la paciente, los medicamentos que deben ser

² Folios 12 a 15 y 32 a 35 del expediente

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

suministrados, así como las recomendaciones médicas y las citas de control por psiquiatría a las que debe acudir.

No obstante, la Corte Constitucional, respecto de la atención domiciliaria dijo³:

*“...49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: **(i) que 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) que 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. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos.***

50. Así, 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”.** Por ende, **el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis.**

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: **los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.**

Al respecto, la **Sentencia T-154 de 2014** determinó que el **servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe.**

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

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

Para esta Corporación, a la luz de la **Sentencia T-096 de 2016:** **“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**

³ Sentencia T 423 de 2019

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

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”.

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

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

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

54. En consideración a tales requerimientos, la **Sentencia T-458 de 2018** se abstuvo, **por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante.** En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1.700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.

55. En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados. En tales circunstancias, el juez constitucional tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio.

(...)

58. A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: **(i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la 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 núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.** (Subraya y Negrilla fuera de texto original).

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

De acuerdo con lo anterior, se entrará a verificar si la solicitud de la prestación del servicio de cuidador deprecada por la accionante, cumple con los requisitos excepcionales establecidos para ello por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, esto es, si la familia de la señora Canizales Sánchez se encuentra imposibilitada materialmente para cumplir una labor de cuidado que inicialmente ha sido conferida a su núcleo familiar por no tratarse de una actividad, en principio, especializada.

De las pruebas aportadas con el líbello tutelar, no logra evidenciar el Despacho quien es la persona encargada de velar por el cuidado de la señora María Ruby Canizales Sánchez, pues se hace referencia a que vive con su esposo quien también es de avanzada edad y que tiene problemas de salud que le imposibilitan brindarle la atención necesaria; sin embargo, no se indica siquiera de manera sumaria el nombre, la edad, las patologías que padece, ni en si cual circunstancia es la que genera la imposibilidad del cónyuge de ejercer el rol de cuidador de la hoy accionante.

Se observa también que la hermana de la actora, señora Adelayda Canizales de Gutiérrez, es quien ha ejercido como acompañante en las citas médicas a las que se hace referencia en la historia clínica, pero no se avizora que esta ejerza las actividades de cuidadora a las que se hace referencia en este trámite.

Tampoco se observa que tanto la accionante como su agente oficiosa carezcan de los recursos económicos necesarios que permitan sufragar el servicio del cuidador a domicilio, por el contrario, lo que se evidencia es que la señora Canizales Sánchez se encuentra afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante a través de la Nueva EPS evidenciándose también de su historia clínica que pertenece al estrato 3, sin desvirtuar, como ya se dijo, que no cuenten, ella ni su núcleo familiar con la capacidad económica que le permita sufragar el servicio que solicita a través de la acción de tutela.

Por ello, se considera que la actora no logra demostrar que ella o su actual cuidador, del que no se tiene certeza quien es, se encuentran sumergidos en una incapacidad material para acceder a la autorización de un servicio que, como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia traída a colación en otro acápite de este proveído, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar de la paciente, motivo por el cual, la autorización pedida vía tutela será negada.

Pese a lo anterior, no se desconoce que la actora es sujeto de especial protección constitucional porque cuenta con 79 años de edad, tal como se evidencia en la cédula de ciudadanía visible a folio 17 del expediente, por lo cual, en aplicación de indicado por la Corte Constitucional en un caso similar⁴ al que hoy ocupa la atención del Despacho, se ordenará a la Nueva EPS, través de la Gerente Regional Suroccidente, doctora Silvia Patricia Londoño Gaviria, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe la respectiva capacitación a la persona que la familia de la señora María Ruby Canizales Sánchez designe como su cuidador que permita atender las necesidades de la paciente de conformidad con las patologías que padece.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

⁴ T-458-18. En esa oportunidad la Corte dijo: "...31. No obstante lo anterior, comparte la Sala las consideraciones presentadas por el juez de única instancia en las cuales ordenó a la accionada otorgar un entrenamiento o una preparación a quien la familia disponga para brindar atención y cuidado al señor Héctor Casallas García. Igualmente, conforme a los antecedentes jurisprudenciales referidos, resulta necesario garantizar la calidad y aptitud del cuidado así como la estabilidad física y emocional del señor Casallas García por parte de la Nueva EPS."

Radicación: 76001-33-33-019-2021-00026-00
Medio de Control: Tutela
Demandante: Adelayda Canizales de Gutiérrez en condición de Agente Oficiosa de María Ruby Canizales Sánchez
Accionado: Nueva EPS, Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social

PRIMERO: NEGAR la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal y al mínimo vital invocados por la señora **ADELAYDA CANIZALES DE GUTIÉRREZ** en su condición de agente oficiosa de la señora **MARÍA RUBY CANIZALES SÁNCHEZ**, según lo explicado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS**, a través de su Gerente Regional Suroccidente, Doctora **SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA** o quien haga sus veces, que en el término de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a efectuar la respectiva capacitación a la persona que la familia de la señora **MARÍA RUBY CANIZALES SÁNCHEZ** designe como su cuidador que permita atender las necesidades de la paciente de conformidad con las patologías que padece.

Se advierte que el incumplimiento de los mandatos judiciales puede acarrear responsabilidad penal y disciplinaria, en los términos indicados por el Decreto 2591 de 1991⁵, así como también, las sanciones establecidas por la Superintendencia de Salud, por la no prestación del servicio de salud, si a ello hubiere lugar.

TERCERO: NOTIFICAR este proveído a las partes intervinientes, en los términos y forma previstos por el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no es impugnado este fallo dentro del término que prevé el Artículo 31 del Decreto 2591/91, **REMÍTASE PARA SU EVENTUAL REVISIÓN A LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

Firmado Por:

**ROGERS AREHAM ARIAS TRUJILLO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 019 ADMINISTRATIVO DE CALI**

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:

a82b43e9bd3ff36077fea520bfc3ecc3d9d1d77e0176611e40f4dae30e4459b6
Documento generado en 11/03/2021 04:31:12 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

⁵ Artículo 53 del Decreto 2591 de 1991, Código Penal y Código de Procedimiento Penal.