

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-0-2021-00009-00

Accionante: MARCELA BECERRA CARDENAS actuando en representación de la señora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ.

Accionado: ALIANSALUD EPS.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por MARCELA BECERRA CARDENAS actuando en representación de la señora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ, en la que se acusa la vulneración de los derechos fundamentales a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos.

Manifestó la accionante que su señora madre MARTHA INES CARDENAS MARTÍNEZ, es persona de la tercera edad (86 años) y desde hace 14 años padece de Parálisis Frontoneural Progresiva y ha sido tratada por médicos geriatras y psiquiátricas del Hospital San Ignacio. Agregando que fue afectada por el Covid -19, lo cual contribuyó significativamente en el deterioro de su salud.

Indicó además que no puede ingerir alimentos sólidos, perdió la capacidad de caminar y no puede valerse por sí misma, lo que dio lugar a interponer **derecho de petición en donde solicitó el suministro de suplemento alimenticio, como el de pañales y la asignación de una enfermera**, para que tenga una mejor calidad de vida, sin obtener a la fecha respuesta alguna.

Por otro lado, indicó que se encuentra con soporte de oxígeno debido a la Neumonía contraída por el Covid-19 en el hospital San Ignacio y que convive con su esposo quien también pertenece a la tercera edad (77 años).

1.3. Pretensiones.

En consecuencia, pretende se tutele sus derechos fundamentales a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida, ordenando ALIANSALUD EPS, suministrar los alimentos necesarios, así mismo la asignación de una enfermera las 24 horas del día.

1.3. Trámite Procesal.

Correspondiéndole por reparto a este Juzgado conocer de la acción, mediante auto calendarado 4 de febrero de 2021 se admitió la tutela, ordenándose oficiar a la entidad accionada y vinculando al HOSPITAL UNIVERSITARIOS SAN IGNACIO, para que se pronunciara sobre cada uno de los hechos y derechos que dieron origen a la presente acción constitucional; por otro lado, se dispuso comunicar a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para que efectuara pronunciamiento sobre el caso.

-La Representante Legal de **ALIANSALUD E.P.S.**, informo que, la señora MARTHA INES CARDENAS MARTÍNEZ, se encuentra afiliada a esa entidad en calidad de BENEFICIARIA de su cónyuge el señor BECERRA LEON JORGE ALBERTO, quien se encuentra afiliado en calidad de COTIZANTE PENSIONADO, actualmente activos en sistema y con un Ingreso Base de Cotización – IBC por valor de \$3.734.833.

También que ha autorizado a la accionante, los servicios que le han sido ordenados por sus tratantes, de conformidad con las coberturas del Plan de Beneficios en Salud (PBS), anexando el listado de utilidades y para

diagnósticos por 1. HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, 2. ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ESTADIO 3, 3. DISLIPIDEMIA, 4. PREDIABETES, 5. INSUFICIENCIA DE VITAMINA D, 6. OSTEOPOROSIS (MANEJO DENOSUMAB), 7. NEUMONIA POR SARS COV2 y 8. TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR DEBIDO A DEGENERACIÓN FRONTOTEMPORAL VARIANTE COMPORTAMENTAL EN ESTADIO AVANZADO, CON TRASTORNO DE ANSIEDAD SECUNDARIO.

Respecto de lo solicitado en tutela y después de traer a colación la normatividad vigente, indicó que no se encuentra pendiente entrega de medicamentos y demás servicios de salud, y que el suplemento nutricional (ENSURE) e insumos como PAÑALES, no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud – PBS., **sin embargo, han sido ordenados a la usuaria por sus médicos tratantes y autorizados a través de la plataforma MIPRES.**

En relación con la atención domiciliaria, indicó que cuenta con este y le brinda manejo de crónico domiciliario, valoraciones por médico general, terapia ocupacional, fisioterapia, foniatría y fonoaudiología, nutrición y dietética, medicina especializada -psiquiatría, medicina especializada - Geriátrica, toma de laboratorio clínico simple y especializado enfermera domiciliaria, terapias que se ha prestado, por lo menos durante el año 2020 y 2021.

Frente al servicio de acompañamiento de enfermería, manifestó **que no es posible acceder a la solicitud**, debido a que el mismo no ha sido ordenado por su médico tratante y, además, por las condiciones descritas en historia clínica lo necesitado actualmente es de un CUIDADOR, sin mediar orden médica para éste.

En virtud de lo anterior solicita declarar improcedente la tutela y no amparar los derechos fundamentales señaladas como violados o puestos en peligro inminente de violación, igualmente la negativa del tratamiento integral por ser derechos futuros e inciertos y carecer de soporte del médico tratante. No obstante, solicita que en el evento de ordenarse autorizar cualquier otro servicio, procedimiento o insumo que no se encuentre en el PBS, se ordene el recobro del 100% de los valores que tenga que cubrir por fuera de sus obligaciones legales ante el ADRES o la dependencia que haga sus veces.

-El Representante Legal Asuntos Judiciales del **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO**, señaló que esa entidad no es responsable de las autorizaciones y del suministro de medicamentos o insumos ni es competente para determinar la IPS que va a atender a la paciente, ni las autorizaciones ni la transcripción o pago de incapacidades son de competencia del Hospital como tampoco la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

A. Problema Jurídico

En el presente asunto corresponde establecer, si la accionada vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida de la señora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ representada en la presente acción por su hija MARCELA BECERRA CARDENAS.

B. Procedencia de la demanda de tutela

Legitimación activa. La Constitución Política en su artículo 86 consagra la posibilidad de que cualquier persona puede acudir a la acción de tutela como mecanismo de defensa para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el caso concreto, la accionante MARCELA BECERRA CARDENAS, aduce violación de algunos derechos fundamentales a su progenitora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ, razón por la cual, en encuentra legitimada para presentar la acción.

Legitimación pasiva. La parte accionada, conformada por ALIANSALUD E.P.S., con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente asunto, en la medida que se les atribuye la violación de los derechos en discusión.

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, específico y directo, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen¹; consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

Derecho fundamental a la salud –Reiteración de jurisprudencia–. La acción de tutela es un mecanismo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, para la protección de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión ilegítima de la una autoridad pública o eventualmente de los particulares.

Es así que la acción de tutela se constituye en una herramienta de origen constitucional establecida para que los individuos puedan acudir a las autoridades judiciales buscando la protección de sus derechos fundamentales por medio de un mecanismo preferente y sumario, siempre que no tenga otros medios a los cuales recurrir o que los establecidos no sean eficaces para su salvaguarda.

Para comenzar, en relación con los derechos a la salud y la vida, la Corte Constitucional ha puntualizado:

“...El derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no...”²

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992.

² Corte T-760 de 2008 del 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sobre esa base hay que admitir que toda persona tiene derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud a que refiere la Ley 100 de 1993 en su artículo 162, a tal punto que al no brindar los medicamentos, procedimientos y servicios previstos en dicho plan o, no permitir la realización de las cirugías que el mismo ampara, constituye a no dudarlo, una vulneración al derecho fundamental a la salud.

Por su parte el artículo 2° de la Ley Estatutaria núm. 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” estableció la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, definiéndolo como:

“...El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”. (Se resaltó)

E. Caso en concreto

Concretamente lo indicado por la libelista, estaba dirigido a que por este mecanismo excepcional y expedito se le ordenara a la entidad accionada suministrar suplemento nutricional, pañales y la asignación de una enfermera las 24 horas del día, para que su agenciada tenga una mejor calidad de vida, debido a que no puede ingerir alimentos sólidos, perdió la capacidad de caminar y no puede valerse por sí misma.

1. De acuerdo con los elementos de juicio incorporados en la presente acción y la respuesta emitida por la EPS accionada, se observa que la señora MARTHA INES CARDENAS MARTÍNEZ, se encuentra afiliada en calidad de BENEFICIARIA con los siguientes diagnósticos *i)* HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA, *ii)* ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ESTADIO 3, *iii)* DISLIPIDEMIA, *iv)* PREDIABETES, *v)* INSUFICIENCIA DE VITAMINA D, *vi)* OSTEOPOROSIS (MANEJO DENOSUMAB), *vii)* NEUMONIA POR SAR COV2 y *viii)* TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR DEBIDO A DEGENERACIÓN

FRONTOTEMPORAL VARIANTE COMPORTAMENTAL EN ESTADIO AVANZADO, CON TRASTORNO DE ANSIEDAD SECUNDARIO.

Igualmente, se observa en el expediente que ALIANSALUD E.P.S., informó que el suplemento nutricional (ENSURE) y el insumo de PAÑALES, si bien no hace parte del del Plan de Beneficios en Salud – PBS., lo cierto es que fue ordenado a la usuaria por sus médicos tratantes y autorizados a través de la plataforma MIPRES.

En virtud de lo informado por la entidad accionada, este Despacho Judicial, con el fin de corroborar lo anterior, tuvo comunicación telefónica con la señora MARCELA BECERRA CARDENAS (quien actúa en representación de la señora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ) el día 15 de febrero de 2021 a la hora 11:02 a.m., en el teléfono 3124797197, **quien indicó que suplemento nutricional (ENSURE) y el insumo de PAÑALES, han sido autorizados y entregados a su progenitora.** Lo que permite colegir que no existe a la fecha vulneración en relación con lo aquí pretendido, toda vez que la pasiva ha autorizado a la accionante, los servicios que le han sido ordenados por sus tratantes, de conformidad con las coberturas del Plan de Beneficios en Salud (PBS).

2. En relación con el derecho de petición aducido por el extremo actor no contestado y en donde se informó vía telefónica a lo preguntado por el Juzgado que, el correo electrónico al que se envió la respuesta pertenece al de su padre, y no al e-mail que ella reportó para notificación, este Despacho estudiara lo atinente a la enfermera las 24 horas al día para la señora CARDENAS MARTINEZ, ya que su cónyuge, señor Jorge Alberto Becerra León es un adulto mayor con problemas cardiacos, lo que impiden cuidarla debidamente y teniendo en cuenta que no hay vulneración en lo atiente al suplemento y los pañales conforme a lo dicho en párrafo precedente.

Se evidencia que la EPS manifestó no ser posible acceder a la solicitud del servicio de acompañamiento de enfermería, por no ser ordenado por su médico tratante y porqué lo necesitado actualmente, según las condiciones descritas en historia clínica, es de un CUIDADOR, para lo que tampoco media orden médica. Además, porque a la fecha la usuaria cuenta con atención domiciliaria, le brinda manejo de crónico domiciliario, valoraciones

por médico general, terapia ocupacional, fisioterapia, foniatría y fonología, nutrición y dietética, medicina especializada -psiquiatría, medicina especializada -Geriatría, toma de laboratorio clínico simple y especializado enfermera domiciliaria, terapias que se ha prestado, por lo menos durante el año 2020 y 2021.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud y la duración del mismo. Ello en virtud a su preparación científica, siendo el único llamado a disponer sobre las necesidades médico asistenciales requeridas por el paciente, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad, responsabilidad e idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente. Particularmente, en la Sentencia T-050 de 2009, se sostuvo:

“(...) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”

De otro lado en la **T-423 del 2019**, la corte señaló:

“El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia^[69].

48. La Resolución 5269 de 2017^[70] 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**”^[71]. 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.

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^[72], 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^[73].

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”^[74]. 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*^[75].

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^[76].

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^[77]. 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^[78].

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”^[79].

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 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.”^[80]

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.”^[81]

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”^[82], 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^[83] 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**^[84]; **(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”^[85].

54. En consideración a tales requerimientos, la **Sentencia T-458 de 2018**^[86] 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^[87].

56. Ejemplo de lo anterior son las **Sentencias T-208 de 2017**^[88] y **T-065 de 2018**^[89] de esta Corporación, en las que se protegieron los derechos fundamentales a la salud y vida digna de dos jóvenes de 17 y 25 años con “daño cerebral severo y pérdida de las funciones mentales superiores y mínimas” y “epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematuridad extrema”, respectivamente, y se ordenaron a sus EPS brindarles el servicio de cuidador, en atención a su condición de sujetos de especial protección y la imposibilidad de su núcleo familiar de prestarles los cuidados especiales que requieren, y se les dio la posibilidad de recobro ante el ente territorial. En esos casos se cumplían los requisitos indicados de imposibilidad material de sus familias y del deber de proteger la vida digna de los ciudadanos.

57. En este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3° como servicios o tecnologías complementarias, aquel “servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Una categoría

que parecería describir *prima facie*, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018^[90] sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3^[91] de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

“[A]quel 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 o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

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.

Así las cosas y como quiera que a la señora MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ no se le ha prescrito el servicio de acompañamiento de **enfermería**, conforme lo informó la EPS accionada, el Despacho no accederá a ello al no militar en el diligenciamiento orden médica de su prescripción, de otro lado frente a la figura del **cuidador**, como se señaló en la sentencia citada, esta función le atañe en primer lugar a la familia (*en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares*) sin que además,

la agente oficiosa acredite probatoriamente, recordando que en materia de tutela se requiere un mínimo de prueba, que el familiar se encuentre en una situación, al asumir esa condición, que ponga en riesgo su mínimo vital (*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”*^[79]).

Como quiera entonces que no obra orden medica para suministro de enfermería, ni se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del paciente y se acredita el suministro de suplemento alimenticio y pañales, se negará la tutela.

DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C. –LOCALIDAD CHAPINERO–**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad Constitucional, **RESUELVE:**

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA de los derechos fundamentales de petición y salud de la señora **MARTHA INES CARDENAS MARTINEZ**, representada por su hija **MARCELA BECERRA CARDENAS**.

SEGUNDO: DISPONER la notificación de lo resuelto a las partes involucradas a través del medio más rápido y expedito a más tardar dentro del día siguiente a la fecha de este fallo.

TERCERO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA

Juez

Firmado Por:

FERNANDO MORENO OJEDA

JUEZ

JUZGADO 033 PEQUEÑAS CAUSAS

**JUZGADOS PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES
DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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:

**e1837e8a6820fffd1ea73309403e44306f21117948bf7546536fc216251d8
d50**

Documento generado en 15/02/2021 04:07:03 PM

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