



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Sentencia de tutela No.107

Accionante: Alicia López Agudelo agente oficioso de Aurora Agudelo Viuda de López

Accionada: Salud Total EPS

Derechos Invocados: Salud – vida en condiciones dignas – seguridad social

Radicado: 110013335-017-2019-00320-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

No evidenciando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Demanda. Solicita se acceda al amparo y para ello requiere que se ordene a Salud Total EPS le otorgue enfermera permanente las 24 horas al día de manera urgente, para que colabore con sus labores diarias que no puede realizar debido a su incapacidad por demencia cognitiva vascular que compromete sus funciones básicas y su independencia, no pudiendo satisfacer sus necesidades fisiológicas, asearse ni alimentarse por sí sola.

Presenta la acción la señora Alicia López Agudelo, como agente oficioso de su señora madre Aurora Agudelo Vda. de López, que nació el 24 de agosto de 1922, y sufre en la actualidad de: Demencia cognitiva vascular, Neuralgia del Trigémino, crónica, Hipertensión arterial con antecedente de infarto coronario, EPOC, motivo por el cual se ordenó oxígeno por más de doce (12) horas al día, sin control de esfínteres, situaciones que la convierten en una persona totalmente dependiente que requiere de atención especial.

Que la accionante, convive con su madre como su única cuidadora permanente, sin embargo destaca que su salud está muy deteriorada, pues cuenta con 65 años de edad y una contextura pequeña que hace extenuante el estar día y noche pendiente de su señora madre, al punto que los dolores de espalda, rodilla y hombros, no le permiten hacerlo.

Contestación de la demanda.

Salud Total EPS (folio 27). Dentro del término establecido en el auto de fecha 14 de agosto de 2019 (fl.23 debidamente notificado a través de la oficina de apoyo por aviso el 28/08/2019 fl.26-27), la EPS accionada manifestó que en la última valoración por medicina domiciliaria realizada el 14 de junio de 2019, se registró que al momento de la visita la paciente no cumple con los criterios de la EPS para generar orden de enfermería permanente.

Destaca que los criterios de pertinencia para manejo de enfermería, que se encuentran definidos en la guía de atención de paciente crónico, G334 PS, son:

- * *El paciente con dispositivos avanzados de la vía aérea, traqueostomías, tubos en T, tubos orotraqueales, cánulas laríngeas, etc.*
- * *El paciente que se encuentre bajo soporte con ventilación mecánica invasiva.*
- * *El paciente con gastrostomía para entrenamiento en el manejo del dispositivo y el paso de la nutrición enteral; una vez se garantice el entrenamiento a la familia se continuará el manejo con el cuidador dispuesto para tal fin.*
- * *El paciente con requerimientos de terapia respiratoria integral con succión de secreciones más de 4 horas.*

- * *La epilepsia de difícil manejo: es decir el paciente que a pesar de estar tomando manejo anticonvulsivante en dosis óptimas, convulsiona frecuentemente.*
- * *El paciente con reflujo gastroesofágico severo con episodios de broncoaspiración.*
- * *La aplicación técnica de medicamentos que requieran del soporte de enfermería.*
- * *Los pacientes con requerimientos de monitorización de signos vitales cuatro (4) o más veces en el día.*
- * *El paciente con catéter venoso central a través del cual se estén infundiendo líquidos y/o medicamentos.*
- * *El paciente con requerimiento de registro y cálculo de balance de líquidos.*

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye que no es posible autorizar servicios o insumos que no cuentan con orden y pertinencia médica, pues el único facultado para determinar la pertinencia de un servicio de salud es el médico tratante, solicitando, en consecuencia, negar por improcedente, la presente acción de tutela instaurada por Alicia López Agudelo agente oficioso de Aurora Agudelo Viuda de López en contra de Salud Total EPS-S S.A. toda vez que no se ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno.

Competencia: Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra entidades del orden nacional, lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.¹

Legitimación en la causa por activa: La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares. En el presente asunto la acción de tutela es presentada por la señora Alicia López Agudelo, como agente oficioso de su señora madre Aurora Agudelo Vda. de López, quien es una adulta mayor de 97 años con falla cardíaca y trastorno cognitivo¹, razón por la que se encuentra debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el presente caso, se encuentra debidamente legitimada la EPS Salud Total, a la cual se encuentra afiliada como beneficiaria del régimen contributivo la señora Aurora Agudelo Vda. de López, de acuerdo a los extractos de la historia clínica aportada, y quien en consecuencia determina sobre la prestación y entrega de los servicios médicos (fls.6-20).

Requisito de inmediatez:

El juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia, entre ellos, el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez

¹ Fecha de nacimiento: 24/08/1922 folio 10.

constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características" (Resaltado por el Despacho).

De la jurisprudencia constitucional trascrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo o por el contrario, ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, por lo cual debe ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

En el caso concreto, se observa que en el presente asunto se discuten prestaciones que deben ser suministradas continuamente, por lo cual la presunta afectación a los derechos fundamentales perdura y persiste en el tiempo, y en virtud de tal motivo la valoración de éste requisito debe entenderse superada².

Requisito de subsidiariedad:

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad³: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, **de la tercera edad** o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁴.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

En este caso, la acción versa sobre los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, entre otros, de una persona en condición de discapacidad, sujeto de especial protección y su reclamo de amparo constitucional es procedente como mecanismo definitivo de protección.

² Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-215/18 del primero (1) de junio de dos mil dieciocho (2018), Magistrada ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, Referencia: Expedientes acumulados: T-6.381.161, T-6.390.241, T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517. Acciones de tutela presentadas por: Ómar de Jesús Maya Noreña como agente oficioso de Julia Rosa Noreña viuda de Maya contra Asmet Salud EPS-S; Omaira María Urueña contra Emcosalud IPS; Ilda Maricel Álzate Salazar como agente oficioso de María Nohemy Salazar Montes contra Fundación Médico Preventiva; Nelly María Romero de Gutiérrez como agente oficioso de Manuel Vicente Gutiérrez contra la Nueva EPS; y Amalfi Mejía Acuña como agente oficioso de Miguel de los Santos Acuña Muñoz contra la Nueva EPS.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-662 de 2016. Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-163 de 2017 Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; T-328 de 2011 Magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB; T-456 de 2004 Magistrado ponente: JAIME ARAUJO RENTERÍA, T-789 de 2003 Magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, T-136 de 2001 Magistrado ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES, entre otras.

i) Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia⁵

La Constitución dispone en el inciso 2 del artículo 13 que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados. Del mismo modo, en el inciso 3 de esta misma disposición se contempla una protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta, que como ha sido desarrollada jurisprudencialmente, incluye a los sujetos que, por su grave condición de salud, se encuentren en una posición desventajosa respecto de la generalidad de personas.

La jurisprudencia constitucional ha interpretado que dichos mandatos de protección especial cuentan con dos facetas: una de *abstención*, en el sentido de evitar que se adopten por el Estado medidas o políticas abiertamente discriminatorias, y otra de *acción*, al desarrollar programas o políticas públicas que mejoren el entorno económico, social y cultural -entre otros- de la población en situación de discapacidad y crear condiciones favorables para afrontar las adversidades⁶.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-588 de 2016, al estudiar el caso de una persona en situación de discapacidad que reclamaba el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, negada por una arbitrariedad en la fijación de la fecha de estructuración de su PCL, consideró lo siguiente:

"El Estado colombiano debe, a través de todos sus estamentos, garantizar a todas las personas el efectivo goce de sus derechos constitucionales. En desarrollo de dicho mandato, la protección que debe brindarse a las personas en condición de discapacidad debe ser integral, en el entendido de que, tratándose de un grupo poblacional tradicionalmente discriminado y marginado, corresponde a todas las ramas del poder público, garantizar la igualdad plena de estas personas frente a todos los integrantes de la sociedad en cuanto al acceso a la educación, trabajo, salud, pensiones, libertades y demás prerrogativas que, en definitiva, les permita gozar de una vida digna, deber que además de estar contenido en la Constitución, también se encuentra consignado en diferentes instrumentos internacionales y normas jurídicas expedidas por el legislador" (subrayas fuera de texto)⁷.

Posteriormente la Sala Tercera de Revisión al tutelar el derecho al debido proceso de un ciudadano al que le fue negada la pensión de invalidez por cuenta de la indebida valoración en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, reiteró en la sentencia T-093 de 2016, lo siguiente respecto de este grupo de especial protección:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que de los mandatos constitucionales se infiere que el Estado tiene las siguientes obligaciones: i) otorgar las condiciones necesarias para que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones a los demás; ii) sancionar los maltratos o abusos que se presenten y a su vez, el deber de velar por la protección integral de las personas que se encuentra en circunstancia de vulnerabilidad; y por último; iii) adelantar diversas políticas públicas en las que se contemple, la previsión, rehabilitación e integración social de los grupos de especial protección" (subraya fuera de texto)⁸.

De lo expuesto se concluye que: (i) la interpretación jurisprudencial del mandato de trato igual, comporta una especial obligación de protección para las personas en condición de discapacidad; (ii) la protección de la cual son acreedores dichos sujetos se aplica a distintos ámbitos, dentro de los cuales, se incluyen las pensiones; (iii) en lo posible se debe ofrecer a este grupo de especial protección los apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades de gozar de una

⁵ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-178/17 del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado ponente: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Referencia: Expedientes acumulados T-5.832.806 Acción de tutela contra SANITAS EPS, instaurada por Nicolasa Maestre de Daza, en calidad de agente oficioso de su cónyuge Elías Rafael Daza Morales T-5.771.704 Acción de tutela contra SANITAS EPS, instaurada Nancy Esperanza Nariño de Vargas, en calidad de agente oficioso de su madre Cilia Caballero de Nariño.

⁶ Tal y como lo expresó la Corte en la sentencia C-478/2003, al referirse a los deberes asignados al Estado para garantizar la efectividad del derecho a la igualdad a la población en situación de discapacidad, de la siguiente forma: "De tal suerte, que de conformidad con la Constitución el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas".

⁷ Sentencia SU-588/2016.

⁸ Sentencia T-093/2016.

vida digna y, (iv) se deben sancionar los actos de maltrato o abuso que se desplieguen en contra de la población que se encuentre en circunstancia de vulnerabilidad.

ii) El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia⁹.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dualidad enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por "salud" en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

En este orden de ideas, la salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*¹⁰, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de "calidad de vida"¹¹, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de "bienestar" (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, la Corte Constitucional ha expresado que la salud debe ser concebida como *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"*¹², de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos¹³.

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *"la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable"*¹⁴

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.¹⁵

⁹ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-065/18 del veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Magistrado ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, Referencia: expediente T-6.423.733, Acción de tutela presentada por la ciudadana Maritza Robayo Criollo en representación de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, en contra de Unicajas Comfacundi E.P.S.-S.

Sentencias T-163 de 2017 Magistrado ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; T-328 de 2011 Magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; T-456 de 2004 Magistrado ponente: JAIME ARAUJO RENTERÍA, T-789 de 2003 Magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, T-136 de 2001 Magistrado ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES, entre otras.

¹⁰ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tal y como fue adoptada en la Conferencia Internacional de la Salud que se llevó a cabo entre el 19 y 22 de junio de 1946 en Nueva York; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados (Registros Oficiales de la Organización Mundial de la Salud, no.2, Pág. 100.) y con entrada en vigencia el 07 de abril de 1948.

¹¹ Sentencia T-201 de 2014.

¹² Ver Corte Constitucional, sentencias T-355 de 2012 y T-201 de 2014.

¹³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-201-14.htm> - fn29

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 2008.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 2014.

En síntesis, el hecho de que la salud haya adoptado la naturaleza de un derecho constitucional fundamental implica que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para reclamar su garantía, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de otros de especial relevancia como la vida y la dignidad humana.¹⁶

iii) La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia¹⁷.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho 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.¹⁸

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.¹⁹

En relación con la atención de cuidador²⁰, 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 salud²¹.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico²², esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado²³. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-065/18 del veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Magistrado ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, Referencia: expediente T-6.423.733, Acción de tutela presentada por la ciudadana Maritza Robayo Criollo en representación de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, en contra de Unicajas Comfacundi E.P.S.-S. Sentencias T-163 de 2017 Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; T-328 de 2011 Magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; T-456 de 2004 Magistrado ponente: JAIME ARAUJO RENTERÍA, T-789 de 2003 Magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, T-136 de 2001 Magistrado ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES, entre otras.

¹⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: "(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan."

²¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

²² Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: "Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas".

²³ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la

el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiene por el tratamiento de la patología que lo afecta²⁴. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del 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"²⁵ 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 2016²⁶ 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 correspondiente²⁷. 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 la Corte Constitucional 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 la 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 requieren²⁸. 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 vínculos²⁹.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad³⁰, 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)"*.

Para la Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima

negativa que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

²⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

²⁵ De conformidad con la Resolución No 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que *"si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad."*

²⁶ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

²⁷ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

²⁸ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: *"el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado."*

²⁹ Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que *"los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)"*.

³⁰ Artículo 5 de la Constitución Política de Colombia.

proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.³¹

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 Estado³².

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 servicio³³.

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.

iv) Alcance del principio de solidaridad familiar³⁴

La Ley 1751 de 2015, en su artículo 6º, establece los principios del sistema general de salud y en el literal j) se refiere así al principio de solidaridad:

³¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

En específico, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016 se tiene que: "es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado."

³² En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: "aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado **circunstancias excepcionalísimas** que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente." (negritas fuera del texto original)

³³ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

Esta Corte En Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención domiciliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que " (i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio".

³⁴ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-215/18 del primero (1) de junio de dos mil dieciocho (2018), Magistrada ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, Referencia: Expedientes acumulados: T-6.381.161, T-6.390.241, T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517. Acciones de tutela presentadas por: Ómar de Jesús Maya Noreña como agente oficioso de Julia Rosa Noreña viuda de Maya contra Asmet Salud EPS-S; Omaira María Urueña contra Emcosalud IPS; Ilda Maricel Alzate Salazar como agente oficioso de María Nohemy Salazar Montes contra Fundación Médico Preventiva; Nelly María Romero de Gutiérrez como agente oficioso de Manuel Vicente Gutiérrez contra la Nueva EPS; y Amalfi Mejía Acuña como agente oficioso de Miguel de los Santos Acuña Muñoz contra la Nueva EPS.

"El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades".

Sobre este principio constitucional, la Corte en la sentencia T-730 de 2010³⁵, dijo:

"...cuando las personas de la tercera edad cuentan con ingresos propios y tienen apoyo familiar, no requieren con tanto apremio los subsidios, ayudas y beneficios estatales que deben ser entregados, prioritariamente, a quienes están en evidentes circunstancias de vulnerabilidad. Ello con el fin de que el estado pueda alcanzar paulatinamente las metas de eliminación de la pobreza y de asistencia social para las personas más necesitadas.

Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como "un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo

De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.

En este sentido, con el propósito de favorecer el interés colectivo en materia de seguridad social integral, los recursos que el Estado destina a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios deben beneficiar en primer lugar, a las personas que por sus condiciones, requieren mayor atención, a fin de garantizarles los derechos irrenunciables. El cumplimiento de las obligaciones estatales, está condicionado por las circunstancias de cada caso particular, y se debe tener en cuenta las contingencias concretas. Por esta razón el juez de tutela debe ponderar el principio de solidaridad, para determinar a quién le corresponde, en primer término, el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, pues, en primer lugar, se encuentra el propio individuo y después, la familia, la sociedad y el Estado.

De esta forma, la Corte, en Sentencia T-900 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), respecto de una solicitud de suministro de los recursos necesarios para un desplazamiento al lugar donde se autorizó realizar un procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, indicó que:

Si la persona afectada en su salud no puede acceder a algún servicio expresamente excluido, de índole meramente económico o logístico, son los parientes cercanos del afectado, en aras del principio de solidaridad, a los que se les debe exigir el cumplimiento de este deber, y que, en tal virtud, deben acudir a suministrar lo que el paciente requiera y que su capacidad económica no le permite. A lo cual agrega que: tales gastos pueden ser asumidos por la propia persona o por sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad social de que trata la Constitución Política. Sólo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente, sólo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado.

Así pues, es claro que sólo ante la falta de recursos económicos del actor o de su familia, le corresponde al Estado asumir su asistencia."

De acuerdo a lo anterior, se puede extraer que el sistema de seguridad social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo creado sobre la lógica de que la protección de las contingencias individuales ocurre con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad³⁶. La razón fundamental de la solidaridad sobre la cual se basa el sistema de salud es que los recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios. Por este motivo, el juez constitucional ha previsto que uno de los requisitos que debe acreditarse para obtener el suministro de servicios expresamente excluidos del PBS es la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar para sufragar los costos de los mismos.

En principio, no hay un derrotero para determinar la capacidad económica, ya que no es un asunto simple ni para el juez constitucional, ni para las entidades prestadoras de servicios de salud. Sin embargo, existe una presunción respecto de los afiliados al régimen subsidiado, ya que es claro que no están en la capacidad de cubrir los costos de prestaciones expresamente excluidas, como los pañales desechables.

³⁵ Magistrado ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

³⁶ Ver sentencia C-529 de 2010, Magistrado ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Como se ha mostrado, en el régimen subsidiado del sistema de salud al estar dirigido a la población más vulnerable desde el punto de vista económico, el criterio objetivo de afiliación de una persona a dicho régimen es la falta de capacidad de pago³⁷.

Otro escenario diferente es el de las personas afiliadas al régimen contributivo, ya que estos individuos cuentan con al menos un ingreso mensual del cual se desprende el monto de cotización al sistema de salud, conocido como IBC; ahora el IBC, se erige como un criterio objetivo, pues permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir el costo de pañales. En todo caso, este criterio objetivo debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso familiar. Estos aspectos subjetivos deben ser informados de buena fe por el interesado³⁸.

En conclusión, el juez constitucional deberá analizar en cada caso variables como el régimen al que se encuentra afiliada la persona, el nivel del ingreso, el costo de los insumos, medicamentos o prestaciones requeridas, así como la conformación del grupo familiar y el número de personas que dependen del mismo ingreso. Estos factores son criterios válidos de decisión para considerar en qué casos las personas podrían en principio asumir la carga económica para acceder a los servicios y tecnologías no incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud.

Caso concreto.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos puntuales y relevantes:

1. La señora Aurora Agudelo Viuda de López es una adulta mayor de 97 años de edad (fl.20)
2. La tutelante fue diagnosticada de sobrepeso, trastorno cognitivo mayor de probable origen vascular, insuficiencia cardiaca congestiva, según plan de manejo del 23/01/2019 requiere continuar manejo por atención domiciliaria con control en dos (2) meses (fls.14-18).
3. Según la historia clínica aportada la paciente convive con una hija que es su acompañante y cuidadora, pertenece al régimen contributivo como beneficiaria, y tiene seis hijos (fl.14)
4. La agente oficioso Alicia López Agudelo formuló derecho de petición ante la EPS Salud Total el 06 de mayo de 2019 con radicación No. 05061955100 solicitando se informara sobre la autorización de la prestación del servicio de una enfermera domiciliaria para el cuidado de su señora madre Aurora Agudelo Viuda de López (fls.7-9).
5. La anterior petición fue resuelta de forma negativa por la accionada informando que: "...según la valoración realizada por el médico domiciliario el día 15 de marzo por el doctor Aníbal Mantilla indica que la paciente no cumple criterios para la prestación de este servicio (no tiene traqueotomía, no requiere succión con intervalos de 2 a 6 horas, no tiene alto riesgo de falla ventilatoria, no cuenta con dispositivos avanzados de la vía aérea, no se trata de un paciente con micro aspiraciones, permanentes neumonías aspirativas a repetición, no tiene un estudio de cine deglución con grado de severidad 3-4 quien se haya definido una vía de alimentación alternativa de nutrición enteral, no presenta epilepsia de difícil manejo, no recibe medicamentos que requieran del soporte de enfermería, no requiere monitorización de los signos vitales 4 o más veces al día, no tiene un catéter venoso central, no requiere balance de líquidos, los cuidados actuales deben ser brindados por el cuidador o familiar no necesariamente deben ser dados por personal entrenado en enfermería) datos tomados de la historia clínica y por norma de la institución todo paciente domiciliario debe tener familiar o cuidador permanente." (fl.6).
6. En la más reciente valoración llevada a cabo por el médico domiciliario el 14/06/2019, la Doctora Alba María Cuellar Agurto se concluyó: "La paciente en el momento no cumple criterios de la EPS para generar orden de enfermería permanente, debido a que no tiene traqueostomía, no requiere succión con intervalos de 2 a 6 horas, no tiene un alto riesgo de falla ventilatoria, no cuenta con dispositivos avanzados de la vía aérea, no se encuentra bajo soporte con ventilación mecánica invasiva, no se trata de un paciente con microaspiraciones permanentes, neumonías aspirativas a repetición o con estudio de cine deglución grado de severidad 3-4 en quien no se haya definido una alternativa de nutrición enteral, no presenta epilepsia de difícil manejo en la que pesar de estar tomando manejo anticonvulsivante óptimo convulsionara frecuentemente, no recibe medicamentos que requieran soporte de enfermería, no requiere monitorización de signos vitales 4 o más veces al día, no tiene un catéter venoso central, no requiere calculo de balance de líquidos; los cuidados actuales de la paciente, tales como bañarla, vestirla, acompañarla.
Análisis y manejo: Realizar los cambios de pañal son cuidados básicos de la paciente que pueden ser dados por el familiar o un cuidador y no requieren ser dados por personal con formación académica en enfermería.

37 Ver sentencia T-552 de 2017, Magistrada ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

38 *Ibidem*.

La familia debe garantizar a la paciente las medidas económicas o cuidados básicos como comida, hidratación higiene personal, vestido, albergue, asistencia sanitaria, administración de medicamentos, confort, protección y vigilancia de situaciones potencialmente peligrosas." (fl.29)

De acuerdo, a la relación de hechos y antecedentes efectivamente acreditados dentro del proceso observa el Despacho que no existe una vulneración a los derechos fundamentales invocados por la accionante, en tanto, de las propias manifestaciones y documentos aportados con la acción se evidencia que la accionada Salud Total EPS ha brindado en todo momento los servicios médicos requeridos por la señora Aurora Agudelo Viuda de López, y ordenados por los médicos tratantes.

Según la evaluación realizada por el médico domiciliario el día 15 de marzo y el 14 de junio de 2019, la señora Aurora Agudelo Viuda de López no cumple con los criterios para la prestación del servicio de enfermería domiciliaria.

Según las razones dadas por la Corte Constitucional, para relevar a la familia de su deber de solidaridad para con el paciente con respecto a la atención de sus cuidados básicos son: **(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 Estado³⁹.

En este caso, de acuerdo a las pruebas y las evaluaciones médicas aportadas se constata que fallan los dos presupuestos, en tanto, la situación médica de la señora Aurora Agudelo Viuda de López, según el concepto médico, no amerita el servicio de enfermera domiciliaria; y por cuanto no se demuestra que su acompañante y sus hijos **(i)** no cuentan con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas; **(ii)** resulta imposible brindarles el entrenamiento o capacitación adecuado; y/o **(iii)** carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio⁴⁰ si es que ellos lo consideran necesario.

Con respecto a lo anterior, si bien la cuidadora principal es una hija de la paciente, según sus propias declaraciones, consignadas en la historia clínica, la paciente cuenta con SEIS (6) HIJOS, quienes tienen la **OBLIGACIÓN** de atender y suplir las necesidades básicas y medicas de su señora madre, proveyendo los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, si es que no lo pueden realizar directamente (fl.14).

Para el Despacho, es innegable que la señora Aurora Agudelo Viuda de López es una adulta mayor de muy avanzada edad y que padece de varias patologías, las cuales han recibido la atención requerida por las especialidades correspondientes, además de una pronta atención domiciliaria, empero, el historial médico refleja una red de apoyo familiar compuesta por su hija que la ha acompañado en la enfermedad, y que además de ella tiene otros cinco hijos con la carga legal de atenderla y proveerle lo que necesite.

Por lo tanto, se considera que Salud Total EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, porque no existe un concepto médico que determine la necesidad del servicio de enfermera

³⁹ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: *"aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado circunstancias excepcionales que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente."*(negritas fuera del texto original)

⁴⁰ Ahora bien, en cuanto al segundo presupuesto, ha precisado la Corte Constitucional que a 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.

Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

Esta Corte En Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención domiciliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que **"(i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio"**.

domiciliaria como lo solicitan, además que la historia clínica refleja la existencia de un grupo familiar responsable de los cuidados y necesidades de su señora madre, los cuales pueden proveer los recursos económicos precisados para contratar el servicios de enfermera domiciliaria si lo consideran.

Conforme a lo anteriormente expuesto y como quiera que la parte accionante no logró acreditar ante el Despacho la vulneración de los derechos fundamentales incoados resulta procedente negar el amparo constitucional solicitado.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora Alicia López Agudelo agente oficioso de su madre Aurora Agudelo Viuda de López, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

72