

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00516-00**

**ACCIONANTE: LEYLA GISSELA GUERRA** en representación de **JUAN PABLO ESTEVEZ  
GUERRA**

**ACCIONADA: E.P.S. SANITAS**

**VINCULADA: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE  
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **LEYLA GISSELA GUERRA** en representación de su hijo **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. SANITAS**.

**RESEÑA FÁCTICA**

Afirma la accionante que su hijo **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA** se encuentra afiliado a la **E.P.S. SANITAS** como beneficiario del régimen contributivo.

Que tiene diagnóstico de: *Embolia y trombosis de otras venas especificadas, Hemorragia gastrointestinal no especificada; HVDA; Enfermedad del reflujo gastroesofágico sin esofagitis; Constipación; Epilepsia, tipo no especificado; Incontinencia urinaria por tensión; Epidermólisis bullosa, no especificada; Epidermólisis Ampollosa; y Parálisis cerebral espástica cuadripléjica.*

Que en Sentencia del 03 de junio de 2015, el Juzgado 73 Penal con Función de Control de Garantías, tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su hijo, garantizándole el plan integral de rehabilitación, intensivo, personalizado.

Que en Sentencia del 30 de julio de 2015, el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, confirmó la decisión de primera instancia, pero adicionó una orden dirigida a que, mediante junta médica, se diera respuesta a la necesidad de enfermero o cuidador.

Que en la historia clínica el médico tratante anotó: *“no tiene indicación de auxiliar de enfermería, requiere para su ABC y AVD la intervención y/o el apoyo del familiar”*.

Que la señora Luz Aleida Sánchez es cuidadora del menor, pero su médico tratante en dictamen de pérdida de capacidad laboral del 02 de febrero de 2022 registró que no era apta para seguir en esa labor, por su salud y tercera edad, sumado a la edad del menor y su peso.

Conforme a lo anterior, se solicita el amparo de los derechos fundamentales, y, en consecuencia, se ordene a la **E.P.S. SANITAS** autorizar y prestar el servicio de cuidador por 12 horas diarias a favor de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**.

#### **TRÁMITE PREVIO**

Mediante Auto de Sustanciación No. 1208 del 12 de julio de 2022, se dispuso oficiar al **JUZGADO 73 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, para que se sirviera indicar si en ese Juzgado se adelantó una acción de tutela de **LEYLA GISSELA GUERRA DÍAZ** en representación de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, y en contra de **E.P.S. SANITAS**, bajo el radicado 2015-061. Atendiendo dicho requerimiento, el Juzgado Penal, el 12 de julio de 2022, aportó copias de las sentencias de primera y segunda instancia.

#### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

##### **E.P.S. SANITAS:**

La accionada allegó contestación el 14 de julio de 2022, en la que señala que **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, se encuentra afiliado al régimen contributivo, en calidad de beneficiario.

Que el cotizante principal es **CESAR AUGUSTO ESTEVEZ SANCHEZ**, quien registra un Ingreso Base de Cotización de \$1.819.000.

Que le ha brindado al menor todas las prestaciones médico - asistenciales que ha requerido, a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las órdenes emitidas por sus médicos tratantes.

Que el paciente se encuentra en seguimiento por programa Plan de Atención Domiciliaria (PAD), y en valoraciones del 10 de junio y 07 de julio de 2022 se registró: *"Concepto de enfermería: paciente no tiene indicados medicamentos de alta complejidad que se administran vía intravenosa, tampoco por bomba de infusión, no recibe hemodiálisis, no tiene catéteres subcutáneos, no se le realiza cateterismo; paciente no está en fin de vida con síntomas no controlados, no hay claudicación familiar, por tanto el paciente requiere soporte familiar."*

Que no existe orden médica o indicación de cuidador a favor del agenciado.

Que el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, conoció la acción de tutela bajo el radicado 2015-061, en la que se ordenó autorizar el plan de rehabilitación intensivo personalizado, cita de dermatología y ortopedia, y el suministro de silla de baño.

Que el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en sentencia de segunda instancia, ordenó que se le realizara una valoración por Junta Médica con la finalidad de determinar si requería el servicio de enfermería domiciliaria o cuidador.

Que en valoración de Junta Médica de medicina física y rehabilitación del 24 de agosto de 2015, se dispuso que el menor no requería la intervención por personal de enfermería, pues los cuidados debían ser prestados por cuidador.

Que si bien el paciente tiene un cuadro de patología crónica, secuelas de hipoxia perinatal y prematuridad, la indicación de la Junta Médica fue el mantenimiento de la silla de ruedas con control en junta de sedestación con resultados de radiografía panorámica de columna y caderas y salud ósea, pero no se evidenció pertinencia o solicitud de cuidador.

Que el servicio de cuidador puede ser prestado por un familiar que apoye al agenciado en la realización de actividades básicas de la vida diaria.

Que la EPS no puede prestar servicios de apoyo y asistencia social, por no pertenecer al ámbito de la salud.

Que el servicio de cuidador no se encuentra expresamente excluido en la Resolución 2273 de 2021, pero tampoco es reconocido en el PBS según la Resolución 2292 de 2021.

Que conforme a los registros que reposan en la base de datos de la Superintendencia de Notariado y Registro a nombre de los padres del menor, los mismos cuentan con capacidad económica para asumir los servicios que no se encuentren cubiertos por el PBS.

Conforme a lo anterior, solicita declarar que no ha existido vulneración a derechos fundamentales y, en consecuencia, se nieguen las pretensiones. De manera subsidiaria, se ordene a la **ADRES** efectuar el reembolso del dinero que, para la cobertura del servicio de cuidador por 12 horas, deba asumir la EPS.

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

La vinculada allegó contestación el 15 de julio de 2022, en la que, frente al caso concreto, manifiesta que es función de la EPS, y no de la ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la presunta vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

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

Conforme a lo anterior, solicita ser desvinculada del presente trámite. Así mismo, que no se acceda a la solicitud de recobro por parte de la EPS, pues los servicios, medicamentos o insumos en salud se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La acción de tutela es temeraria, al tener identidad de objeto, causa y partes respecto de otra acción de tutela presentada con anterioridad, ante distinto Juez?; (ii) ¿Se configura la cosa juzgada constitucional en relación con las decisiones de primera y segunda instancia adoptadas dentro de la acción de tutela 2015-061 por parte del **JUZGADO 73 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS** y el **JUZGADO 49 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO BOGOTÁ**?. En caso negativo, (iii) ¿La **E.P.S. SANITAS** vulneró los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, al no suministrarle el servicio de cuidador por 12 horas?

## MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### TEMERIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL:

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece la figura de la **temeridad** con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante dos jueces, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones<sup>1</sup>. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

*“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”*

Como se infiere de la norma, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto.

En la Sentencia T-727 de 2011, se explicó que existe (i) una *identidad de causa*, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una *identidad de objeto*, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental<sup>2</sup>; y (iii) una *identidad de partes*, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia T-730 de 2015.

<sup>2</sup> Sentencia T-1103 de 2005.

<sup>3</sup> Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

Adicionalmente, en la Sentencia T-272 de 2019 se indicó que, la jurisprudencia incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente, afirmando que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el *dolo y la mala fe de la parte actora*.

Así entonces, concluyó la Corte, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar *doloso y de mala fe* por parte del libelista.

De otra parte, existen algunas reglas jurisprudenciales que el juez debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria: “(i) resulta *amañada*, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones<sup>4</sup>; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable<sup>5</sup>; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción<sup>6</sup>; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”<sup>7</sup>.

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho<sup>8</sup>; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”<sup>9</sup> Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero sí **debe declararse improcedente**, a fin de evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales contradictorios o, en caso de existir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo caso, la decisión hace tránsito a **cosa juzgada** y por ello no es posible reabrir el debate.

---

<sup>4</sup> Sentencia T-149 de 1995

<sup>5</sup> Sentencia T-308 de 1995

<sup>6</sup> Sentencia T-443 de 1995

<sup>7</sup> Sentencia T-001 de 1997

<sup>8</sup> Sentencia T-721 de 2003

<sup>9</sup> Sentencia T-266 de 2011

Es de aclarar que, la Corte Constitucional ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, lo cual tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional<sup>10</sup>.

Ahora, es de resaltar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de **cosa juzgada constitucional**, que ha sido definido por la Corte en los siguientes términos:

*“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.*

*De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.*

*De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.”<sup>11</sup>*

En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil<sup>12</sup>, la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser **cosa juzgada** frente a otra, cuando existe **identidad de objeto**<sup>13</sup>, **de causa petendi**<sup>14</sup> y **de partes**<sup>15</sup>. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional “*adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria*”<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Sentencia T-566 de 2001

<sup>11</sup> Sentencia C-774 de 2001

<sup>12</sup> Hoy artículo 303 del Código General del Proceso.

<sup>13</sup> “*es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente*”. Sentencia C-774 de 2001.

<sup>14</sup> “*es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*” Sentencia C-774 de 2001.

<sup>15</sup> “*es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.*” Sentencia C-774 de 2001.

<sup>16</sup> Sentencia T-649 de 2011.

Ahora, así como la temeridad puede desvirtuarse, la jurisprudencia constitucional<sup>17</sup> ha sostenido que no existe cosa juzgada entre dos acciones de tutela, (i) si la nueva solicitud de amparo se fundamenta en *hechos nuevos, que no habían sido analizados previamente por el juez*, o (ii) cuando al interponer la primera acción, el peticionario no conocía -y no podía conocer- nuevos elementos fácticos o jurídicos para sustentarla<sup>18</sup>.

En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

*“(i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; (ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y (iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”<sup>19</sup>.*

En suma, la Corte ha entendido las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad, como una forma de prevenir la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela frente a una misma causa. Cada una de estas tiene unas características propias, pero no se trata de conceptos excluyentes, pues como se vio, es posible que existan casos en los que confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. En este contexto, le corresponde al juez constitucional establecer si en cada caso concreto se configura alguna de estas dos figuras.

## **DERECHO A LA SALUD**

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de*

---

<sup>17</sup> Sentencia T-560 de 2009.

<sup>18</sup> Sentencia T-185 de 2013.

<sup>19</sup> Sentencia T-560 de 2009.

*salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)*”.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado<sup>20</sup>. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de ***continuidad*** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter

---

<sup>20</sup> Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que *“una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”*<sup>21</sup>. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación<sup>22</sup>.

Por su parte, el principio de **oportunidad** se refiere a *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado”*<sup>23</sup>. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos<sup>24</sup>.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones<sup>25</sup>.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad *“no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”*<sup>26</sup>, razón por la cual, el juez constitucional tiene que

---

<sup>21</sup> Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

<sup>22</sup> Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

<sup>23</sup> Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

<sup>24</sup> Sentencia T-121 de 2015.

<sup>25</sup> Sentencia T-121 de 2015.

<sup>26</sup> Sentencia T-036 de 2017.

valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral<sup>27</sup>.

## **SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA, LA FIGURA DEL CUIDADOR Y EL DEBER DE SOLIDARIDAD**

La reglamentación en materia de salud<sup>28</sup> señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

La Resolución 2273 de 2021 establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; por lo tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

Frente a la prestación de servicios domiciliarios, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos categorías diferentes de cara a la protección del derecho a la dignidad humana de los pacientes, a saber, los servicios de enfermería y los de cuidador. Los primeros, orientados a asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos dirigidos 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.

De conformidad con la sentencia T-423 de 2019, el servicio domiciliario de **enfermería** es un servicio incluido en el PBS que debe ser brindado por la E.P.S. siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

*“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”*

No obstante, la figura del **cuidador** no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema

<sup>27</sup> Sentencia T-092 de 2018.

<sup>28</sup> Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

de salud según lo dispuesto en la mencionada resolución, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de esta figura, que ha sido entendida como un *“servicio o tecnología complementaria”*.<sup>29</sup> Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

*“aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”*

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019 indicó sus principales características en los siguientes términos:

*“(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.”*

Dicha postura ha sido reiterada recientemente en las Sentencias T-260 de 2020 y T-015 de 2021, así:

---

<sup>29</sup> Conforme a lo señalado en la Resolución 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”.

*“Con relación a los cuidadores, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas. (ii) Esta figura es definida como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale (...).”*

Sobre el particular en la Sentencia T-096 de 2016 la Corte determinó que las funciones propias del cuidador *“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 y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”*.

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

Tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata<sup>30</sup>.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia.

De ahí que la Sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

---

<sup>30</sup> Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

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

Ahora, si bien la Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto, en las Sentencias T-260 de 2020 y T-015 de 2021, señalaron que:

*“(...) como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio*

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que éste requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

Corolario de lo anteriormente expuesto se tiene que, conforme lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la sentencia T-423 de 2019, las atenciones especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que:

i) En tratándose de la modalidad de **enfermería** debe mediar orden médica proferida por el profesional de la salud, pues el juez de tutela no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y

ii) Cuando las condiciones particulares del paciente lo exijan podrá acudir a la figura del **cuidador**, servicio que en principio debe ser garantizado por su núcleo familiar, salvo que el mismo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, caso en el cual es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En estos casos, se ha ordenado a las EPS suministrar el

servicio de cuidador para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, *incluso sin tener orden médica*, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.

Adicionalmente, cabe destacar que recientemente en la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte Constitucional estableció las reglas jurisprudenciales para el amparo del derecho fundamental a la salud cuando se peticiona el servicio de enfermería.

Indicó la Corte, que dicho servicio se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud, se rige por la modalidad de atención domiciliaria, se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

En ese orden, de **contar con orden médica** que expresamente establezca la necesidad y pertinencia del servicio, corresponde al Juez de Tutela ordenar su suministro directamente; no obstante, **si no se acredita la existencia de una orden médica**, se podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de *diagnóstico* cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.

### CASO CONCRETO

La señora **LEYLA GISSELA GUERRA** presenta acción de tutela en representación de su hijo **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, con la finalidad de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. SANITAS**, al no suministrar el servicio de cuidador por 12 horas.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente, que el menor **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA** está afiliado al régimen contributivo con la **E.P.S. SANITAS**, en calidad de beneficiario, y que ha sido diagnosticado con: *Parálisis Cerebral Mixta (Espástica + distónica), Retardo psicomotor severo, Epilepsia secundaria, Epidermólisis ampollosa, Apnea con uso de oxígeno en las noches, Incontinencia mixta, Osteopenia por desuso, Neumopatía crónica, Disfagia, Reflujo gastroesofágico severo con esofagitis y Estreñimiento crónico*<sup>31</sup>.

Al contestar la acción de tutela, la **E.P.S. SANITAS** manifestó que ha prestado todos los servicios médicos que han sido prescritos por los médicos tratantes, pero que no cuenta con una orden médica que avale el servicio de cuidador, así como tampoco se encuentran acreditados los supuestos jurisprudenciales para que por vía de tutela se conceda dicho

---

<sup>31</sup> Página 17 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

servicio, que no es propio del ámbito de la salud, sino que corresponde a una asistencia social que recae en el núcleo familiar del paciente.

Así mismo, indicó que, en el trámite de una acción de tutela anterior, conocida en primera instancia por el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y en segunda instancia por el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, se había ordenado a la EPS realizar una valoración por Junta Médica con la finalidad de determinar si requería o no el servicio de enfermería domiciliaria o de cuidador.

Ante esta situación, mediante Auto de Sustanciación No. 1208 del 12 de julio de 2022, se ofició al **JUZGADO 73 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, para que indicara si en ese Juzgado se adelantó una acción de tutela de LEYLA GISSELA GUERRA DÍAZ en representación de JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA, y en contra de E.P.S. SANITAS, bajo el radicado 2015-061. Tal requerimiento fue atendido por el Juzgado Penal el 12 de julio de 2022, aportando copia de las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas dentro de la referida acción constitucional.

Al revisar dichas piezas procesales, se observa que, en Sentencia del 03 de junio de 2015, el **JUZGADO 73 PENAL MUNICIPAL** consideró: *“el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria debe ser proporcionado al menor por su cuadro clínico complejo, que hace necesario el soporte continuo por enfermería, ya que requiere de una atención constante en salud, como también de su cuidador primario, que para el caso son sus padres”*; y, en consecuencia, en el numeral quinto de la parte resolutive ordenó a la **E.P.S. SANITAS** autorizar el servicio de auxiliar de enfermería domiciliaria para el manejo de la patología padecida por el menor.

Sin embargo, en Sentencia del 30 de julio de 2015, el **JUZGADO 49 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**, actuando en segunda instancia, consideró que *“En la historia clínica que se aportó no se encuentra ninguna orden médica referente a la necesidad de una enfermera domiciliaria y los servicios que se mandaron realizar en la casa del paciente corresponden a terapias física, ocupacional y de lenguaje. Por tratarse de un asunto de naturaleza médica propio de las funciones de los profesionales de la salud, no compete al juez de tutela determinar si lo que requiere el niño es un enfermero o un cuidador en salud”*.

Por lo anterior, modificó la sentencia de primera instancia, amparando el derecho al diagnóstico y ordenando a la **E.P.S. SANITAS** realizar una Junta Médica con la finalidad de determinar si el menor requería el servicio de enfermería domiciliaria o de cuidador; y en caso afirmativo, prestara la asistencia inmediatamente.

En cumplimiento de dicha orden, según indicó **E.P.S. SANITAS**, se hizo valoración de Junta Médica de medicina física y rehabilitación el 24 de agosto de 2015, y en ella se indicó:

*“Concepto y recomendaciones: consideramos que el paciente ha recibido cuidados adecuados generales , la cuidadora familiar (abuela paterna) ya está contando con el apoyo de los padres que se han integrado al cuidado del paciente, acomodan sus horarios y traslados , alivian con ello la carga al cuidador quien siente disminución de la carga de tal labor. , tiene pendiente junta de sedestación en Roosevelt, la cuidadora realiza el refuerzo de la actividad terapéutica física y de estimulación, tiene conocimiento de técnicas adecuadas y seguras de alimentación . consideramos que el paciente bajo el cuidado de su cuidadora familiar actual recibe adecuada intervención, muestra alta calidad en la ejecución de los cuidados en casa y tiene alto nivel de motivación y de interés. además, el paciente no tiene al momento ostomias, ni uso de monitoreo cardiovascular, ni aplicación parenteral de medicamentos, por lo cual no requiere la intervención POR PERSONAL DE ENFERMERIA, LOS CUIDADOS DEBERAN SER PRESTADOS POR CUIDADOR”<sup>32</sup>*

Atendiendo a las circunstancias descritas, considera el Despacho que en el *sub examine* no se configura temeridad y tampoco cosa juzgada, como quiera que, aun cuando la acción de tutela 2015-061 se interpuso con la finalidad de que se protegieran los mismos derechos fundamentales cuyo amparo se invoca en esta oportunidad, y las partes en uno y otro caso son las mismas, las pretensiones y los hechos en que se fundamentan varían.

En efecto, si bien el Juzgado Penal señaló no contar con el escrito de tutela presentado por la actora, de los antecedentes fácticos reseñados en la Sentencia del 03 de junio de 2015, se evidencia que, en esa oportunidad, la accionante, como representante legal de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA** solicitó, entre otras, que se ordenara a la **E.P.S. SANITAS** autorizar de manera integral los servicios de salud requeridos por el menor, *incluido el servicio de una enfermera auxiliar*, y fue este servicio cuyo suministro ordenó inicialmente el Juzgado, decisión que fue **modificada** en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito, quien ordenó a la accionada realizar una Junta Médica con la finalidad de determinar si el menor requería el servicio de enfermería domiciliaria o el de cuidador.

En contraste con lo anterior, en el presente caso, la pretensión puntual de la accionante, radica en que se ordene a la **E.P.S. SANITAS** *“autorizar y prestar el servicio de cuidador por doce (12) horas diarias”* a favor de su hijo.

Aunado a ello, se avizora que, en esta ocasión, se hace alusión a una situación fáctica que no fue estudiada en las Sentencias del año 2015, por haber sucedido con posterioridad a esa data, relativa a que en valoración médica realizada el día 02 de febrero de 2022 a la señora **LUZ ALEIDA SÁNCHEZ**, abuela paterna y cuidadora del menor, se consideró que, dada su avanzada edad y su estado de salud, no era apta para continuar desplegando dicha labor.

---

<sup>32</sup> Página 3 del archivo pdf “008. ContestaciónSanitas”

En ese orden, resulta claro que lo que aquí pretendido no fue objeto de estudio en la acción de tutela 2015-061, por lo que este Despacho pudo efectuar un pronunciamiento de fondo.

Aclarado lo anterior, se procede al estudio del tercer problema jurídico, relativo a establecer si la **E.P.S. SANITAS** vulneró los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, al no suministrarle el servicio de cuidador por 12 horas, que le brinde el apoyo físico necesario para las actividades básicas de su vida cotidiana y soporte en sus cuidados básicos, en atención a las patologías que padece.

Al respecto, lo primero que debe indicarse es que, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la diferencia entre las figuras de enfermero y cuidador, radica en el principio de solidaridad que se pregona principalmente de los familiares del paciente; y que, en casos excepcionalísimos en los cuales éstos no tengan la capacidad física, psíquica, emocional o financiera para asumir dicha carga se hace necesario trasladar dicha obligación al Estado, por lo que, eventualmente, el Juez puede ordenar a la E.P.S. suministrar este servicio, *aún sin mediar orden médica*, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

En ese orden, conforme ha indicado la Corte Constitucional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: **(i)** exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y **(ii)** la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo.

Bajo ese entendido, tal como se indicó en el marco normativo, la *imposibilidad material* se acredita cuando el núcleo familiar: (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 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.

Hechas las anteriores precisiones, es menester analizar si en el presente asunto se cumple o no con las reglas jurisprudenciales descritas, para el suministro a cargo de la **E.P.S. SANITAS** del servicio de cuidador a favor del menor **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**.

Revisada la historia clínica se encuentra que, en valoración por psicología realizada el 19 de octubre de 2021, por la profesional Diana Francys Bautista Morales, se indicó que el paciente tiene una escala de Barthel de 0/100 y en el acápite de diagnóstico se registró<sup>33</sup>:

---

<sup>33</sup> Página 16 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

*“Diagnóstico Principal: Otros problemas especificados relacionados con el grupo primario de apoyo (Z638), Observación: Paciente por H.C no tiene indicados medicamentos de alta complejidad que se administren vía intravenosa, tampoco por bomba de infusión, no recibe hemodiálisis, no tiene catéteres subcutáneos, no tiene sonda vesical a permanencia, no se le realiza cateterismo; paciente no está en fin de vida con síntomas no controlados, no hay claudicación familiar, por tanto el paciente no tiene indicación de auxiliar de enfermería, requiere para su ABC y AVD la intervención y/o el apoyo del familiar. (...)”* (Subrayas fuera del texto)

Y en el acápite de “Estado Actual del Paciente” se señaló lo siguiente:

*“Reside en apartamento dúplex, habitación ubicada en el primer piso, con cama ortopédica. Familiar refiere que el paciente permanece todo el tiempo en cama ortopédica de propiedad de la familia, logran trasladarlo ocasionalmente en silla neurológica. Se comunica de manera no verbal, mediante gestos, balbuceos, movimientos oculares y de miembros superiores, así mismo refiere conservación de memoria retrógrada y anterógrada. En el momento no cuenta con terapias, paciente incontinente, usa pañales 2 durante el día otorgados por la EPS. Portador de oxígeno medicinal 24 horas (no refiere litraje). Patrón de sueño alterado, debido a deterioro de su diagnóstico. Realizan baño diario en cama. Nivel de dependencia para ABVC: alto. Alimento vía oral de consistencia blanda, buen apetito, con disfagia”. (Subrayas fuera del texto).*

De lo registrado en la atención médica se desprende la necesidad del agenciado de recibir el servicio de cuidador, teniendo en cuenta sus necesidades especiales y que se trata de una persona que depende en su totalidad de la ayuda de otra para las actividades básicas cotidianas ligadas a su cuidado personal y de salud; de manera que se encuentra acreditado el primer supuesto previsto por la jurisprudencia.

Sin embargo, considera el Despacho que, en el presente asunto, no se cumple el segundo requisito, referente a la *imposibilidad material* del núcleo familiar para brindar el cuidado que requiere al paciente, por las siguientes razones:

En primer lugar, en lo que atañe a los dos primeros supuestos relativos a la **capacidad física** para prestar las atenciones requeridas por el paciente y la posibilidad de brindar a sus parientes la **capacitación** adecuada para su atención, se tiene que, en la misma historia clínica del 19 de octubre de 2021, la profesional en psicología hizo las siguientes anotaciones en el acápite de “Red de apoyo primaria y dinámica familiar”<sup>34</sup>:

*“Cuidado de abuela paterna adulta mayor de 74 años al cuidado desde su nacimiento 24/7. Refiere una relación fluctuante entre ella y menos(sic), con la madre del paciente debido a su cuidado. Leila Guerra (madre) de 42 años Coordinadora Colegio del Estado quien se encarga de trámites médicos; en este momento lo visita todos los días debido a que se encuentra en licencia de maternidad. Refiere relaciones afectivas entre el padre del paciente Cesar Estevez de 44 años (Profesional en instrumentación, regencia en farmacia) quien brinda soporte emocional y los visita todos los días. Hermano mayor Felipe García de 18 años no refiere ocupación, visita ocasionalmente a su hermano y ayuda con algunas tareas domésticas”.*

<sup>34</sup> Página 18 ibidem

**RECOMENDACIONES GENERALES: CONCEPTO:**

*Se realiza valoración por psicología PAD en apartamento de abuela paterna donde reside paciente desde su nacimiento. Se observan adecuadas condiciones habitacionales. Adherencia a recomendaciones farmacológicas. Red de apoyo parcialmente activa, con relaciones fluctuantes, no obstante interesados en el bienestar de la paciente. Estrategia de afrontamiento: búsqueda de apoyo familiar y espirituales. En espera de egreso hospitalario del paciente, para seguimiento por trabajo social.” (Subrayas fuera del texto)*

Conforme a lo anterior, se evidencia que el menor cuenta con una red de apoyo familiar compuesta por sus padres, su hermano mayor y su abuela paterna.

(i) Frente a esta última, señora **LUZ ALEIDA SÁNCHEZ JIMÉNEZ**, obran elementos de juicio en el plenario que permiten vislumbrar que, a pesar de haberse hecho cargo del cuidado del menor **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA** “desde su nacimiento”, actualmente no cuenta con la *capacidad física* de prestar la atención “por falta de aptitud” producto de la edad y de su propio estado de salud.

En efecto, en la historia clínica de la valoración realizada por la especialidad de psicología a **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, el 19 de octubre de 2021, se hizo la siguiente precisión:

*“ESTRATEGIA DE CUIDADO: Cuidado de abuela paterna adulta mayor de 74 años al cuidado desde su nacimiento 24/7. Cuidador no apto, se observa sobrecarga intensa. Adecuadas condiciones habitacionales. Estimulación musical religiosa. Actualmente los padres visitan todos los días al paciente en casa de la abuela paterna.” (Subrayas del Despacho)*

Además, fue aportado un Formulario de Dictamen para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de Invalidez del 02 de febrero de 2022, de la señora **LUZ ALEIDA SÁNCHEZ JIMÉNEZ**, donde se observan los siguientes conceptos por parte de los especialistas en psiquiatría y medicina familiar<sup>35</sup>:

*“PPSIQUIATRÍA. Paciente de 74 años de edad quien es evaluada mediante modalidad virtual para evaluación en el momento de su estado mental. Refiere estar pensionada desde hace 10 años y se encuentra próxima a la etapa de revaloración por lo que solicita el control el día de hoy. Indica estar al cuidado de un familiar discapacitado y le ha generado un aumento en los niveles de estrés el pensar en que en algún momento por sus molestias a nivel físico no pueda estar al cuidado del mismo. (...)*

*MEDICINA FAMILIAR. Paciente adulta mayor en el momento asintomática cardiovascular y respiratoria, adherente a manejo médico, se hace conciliación de manejo, se continúa manejo establecido y se solicitan paraclínicos para definir manejo en próximo control. Se insiste en toma de espacios para descanso por riesgo de síndrome de cuidador.”*

---

<sup>35</sup> Página 14 ibidem

(ii) En lo que respecta a los padres del menor<sup>36</sup>, **LEYLA GISSELA GUERRA DÍAZ** y **CESAR AUGUSTO ESTEVEZ SÁNCHEZ**, se avizora que en el escrito de tutela se hace alusión a que ambos se encuentran trabajando en tiempo completo, la primera como docente y el segundo como *operario de los almacenes olímpica*, configurándose una falta de capacidad física para prestar la atención requerida por su hijo debido a que *“debe(n) suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo(s), como proveer los recursos económicos de subsistencia”*. Por tal motivo, tampoco es posible brindarles el entrenamiento necesario para dispensar los cuidados requeridos, ya que no serían quienes personalmente cumplan dicha tarea.

(iii) En relación con el *hermano mayor*, identificado en la historia clínica del 19 de octubre de 2021 como una persona de 18 años, cabe destacar que, en dicha oportunidad se señaló que *“no refería ocupación”*, y, a pesar de que en los fundamentos de derecho la actora mencionó *“mi hijo mayor se encuentra realizando sus estudios universitarios en medicina limitando su tiempo en gran proporción”*, no se aportó ninguna prueba, si quiera sumaria, que acredite la veracidad de tal afirmación, de manera que, no se encuentra un motivo que justifique la ausencia de capacidad o aptitud física de éste para prestar las atenciones requeridas por el menor, o para recibir la capacitación adecuada para realizar tal labor.

En segundo lugar, respecto de la **ausencia de recursos económicos** para asumir el costo del servicio de cuidador, se tiene que en los fundamentos de derecho la actora manifestó *“soy docente, (...) mis ingresos se agotan en el pago de deudas y mínimo vital de mi hogar y junto a los ingresos de mi esposo, como operario de los almacenes olímpica, no alcanza a solventar los gastos de medicamentos entre otras necesidades de las enfermedades de mi hijo que incluso, al ser tan delicadas, requieren de un alto costo monetario resultando en un riesgo para los demás gastos vitales de mi hogar”*; y más abajo indicó *“tanto mi esposo como yo contamos con los ingresos justos para el pago de deudas y garantizar el mínimo vital de mi hogar”*.

Frente a dichas manifestaciones, se tiene, en primer lugar, y conforme a la historia clínica, que la accionante se desempeña como *Coordinadora* de un *Colegio del Estado* y, según se indicó en el acápite de *“Soporte Económico”*, la *“Abuela paterna se encarga de la manutención del paciente quien cuenta con una pensión por 1.800.000. Padres aportan con el pago de algunos servicios públicos.”*

En segundo lugar, la **E.P.S. SANITAS** en su contestación, puso de presente que el padre del menor, señor **CESAR AUGUSTO ESTEVEZ SANCHEZ**, quien es el cotizante principal, registra un Ingreso Base de Cotización de \$1.819.000. E igualmente señaló que, conforme a los registros que reposan en la base de datos de la Superintendencia de Notariado y Registro,

---

<sup>36</sup> Conforme al Registro Civil de Nacimiento obrante en la página 30 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

tanto él como la madre figuran como propietarios de uno y tres bienes inmuebles, respectivamente, anexando el pantallazo del soporte de dicha información<sup>37</sup>.

En este punto importa resaltar, que la accionante no allegó ninguna prueba que acredite la veracidad de sus afirmaciones en torno a que los ingresos que perciben tanto ella como su esposo no son suficientes para cubrir los gastos del hogar y las especiales atenciones que en materia de salud requiere su hijo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, a pesar de haber señalado de forma genérica que deben solventar gastos de medicamentos, deudas y otras necesidades de *“alto costo”*, no puede desconocerse que:

(i) De acuerdo con las órdenes dadas en los numerales cuarto y sexto de la Sentencia proferida por el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de Control de Garantías dentro de la acción de tutela 2015-061, el menor cuenta a su favor con el suministro de *“pañales desechables etapa 6 en cantidad de 90 unidades mensuales”* y *“el tratamiento integral que requiera con ocasión de sus dolencias, se encuentren o no dentro del POS y sin la exigencia del cobro de copagos o cuotas de recuperación”*; y

(ii) La accionante no indicó de manera específica cuáles son los medicamentos y deudas que debe atender el núcleo familiar del menor, ni a cuánto equivalen dichos gastos, para que, comparados con los ingresos, pueda entenderse que son insuficientes.

En otras palabras, no es posible determinar que, en efecto, no se cuenta con los recursos económicos necesarios para atender las necesidades de salud del menor y dentro de ellas, la asunción del servicio de cuidador de manera particular, pues no hay ningún elemento de juicio que permita llegar a esa conclusión. En consecuencia, tampoco es dable tener por acreditada la manifestación elevada por la actora respecto de la carencia económica.

Valga resaltar, que aun cuando la accionante refiere que el Despacho debe tener por acreditada la ausencia de recursos económicos, pues así lo consideraron los Jueces de primera y segunda instancia que resolvieron la acción de tutela 2015-061, lo cierto es que no puede accederse a tal pedimento, habida cuenta que, (i) como se dijo desde el inicio, se trata de acciones de tutela diferentes, que presentan hechos y pretensiones distintas y, por tanto, no se valen de las mismas pruebas; (ii) el tiempo transcurrido entre las dos acciones de tutela es de 7 años, de manera que, no es posible valorar la situación socio económica actual de la parte actora con base en las circunstancias analizadas en el pasado; y (iii) el motivo por el cual en aquella ocasión se invirtió la carga de la prueba de la carencia de recursos económicos y se tuvieron por ciertas las manifestaciones de la actora, obedeció a que la EPS no las negó, controvirtió o desvirtuó, lo cual sí ocurrió en el presente asunto.

---

<sup>37</sup> Página 9 del archivo pdf “008. ContestaciónSanitas”

Por lo expuesto, el Despacho no se encuentran cumplidos los presupuestos para que el deber de cuidado y atención del menor **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, derivado del principio de solidaridad e inherente a su núcleo familiar, sea trasladado al Estado, razón por la cual, no se accederá a la petición del servicio de cuidador por 12 horas.

Finalmente, se desvinculará a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de **JUAN PABLO ESTEVEZ GUERRA**, invocados por la señora **LEYLA GISSELA GUERRA**, en contra de la **E.P.S. SANITAS**, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DESVINCULAR** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

**TERCERO:** Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: [j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**CUARTO:** En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES  
JUEZ