REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Email: cmpl47bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001-40-03-047-2021-00564-00

Decide el Despacho la acción de tutela promovida por **VIRNA MARELVIS GARCÍA CONTRERAS** actuando en calidad de agente oficioso de su progenitora **ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCÍA** en contra de la **NUEVA E.P.S.**

I. Antecedentes

1. La accionante instauró acción de tutela contra la NUEVA E.P.S., solicitando la protección de los derechos fundamentales de su progenitora a la salud, vida digna, seguridad social, igualdad, dignidad humana y protección al adulto mayor, razón por la cual solicita que se ordene a la accionada *"que **DE MANERA INMEDIATA, URGENTE Y PRIORITARIA LE PRESTE EL SERVICIO DE ENFERMERA PERMANENTE** QUE LA SRA **ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCÍA** REQUIERE COMO CONSECUENCIA DE LAS LIMITACIONES MENTALES Y FÍSICAS QUE SE DERIVAN DE SUS COMORBILIDADES, Y NO SUSPENDER DICHO SERVICIO SIN QUE MEDIE PREVIA AUTORIZACION DEL JUEZ DE TUTELA".¨*[Folio 54 EscritoTutela]

2. Sustentó el amparo, en síntesis, así:

2.1. En la demanda de tutela adujo Virna Marelvis García Contreras que su mamá Elvia Isabel Contreras de García presenta la siguiente sintomatología *"DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER; la ARTROSIS; la HIPERTENSION ARTERIAL; el EPOC es oxigeno dependiente; el POP OSTEOSINTESIS DE HUMERO DERECHO; la ENFERMEDAD DIVERTICULAR; la DEPRESION; la HIPOACUSIA; el HIPOTIROIDISMO; la INCONTINENCIA URINARIA y el NO CONTROL DE ESFINETERE",* comprometiendo de manera importante su funciones básicas, es así que desde hace 5 años *"no puede satisfacer sus necesidades fisiológicas, realizarse aseo personal ni alimentarse por sí misma, sumado a esto desde el año 2019 es oxigeno dependiente, lo que limita más aún sus posibilidades de ver por sí misma".*

Enfatizó cómo de su grupo familiar la única con la que cuenta su mamá para su cuidado es ella ya que sus hermanos tienen que hacerse cargo de sus propias familias, sin embargo y pese a que tiene 52 años de edad también tiene problemas de salud en los que se encuentran *"OSTEOARTROSIS, ARTROSIS FACETARIA de C3-C4 y C5, RADIOCARPIANA BILATERAL y GONARTROSIS INCIPIENTE BILATERAL, QUE OCASIONA: POLIALTRALGIAS CON PREDOMINIO EN COLUMNA CERVICAL, MUÑECAS, RODILLA METACARPOFALANGICAS; ROTOESCOLIOSIS DORSO-LUMBAR QUE OCASIONAN LUMBALGIA CRONICA; y*

TENDINITIS, SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO INQUIERDO Y DERECHO, QUE OCASIONA DOLOR Y DISESTESIAS EN AMBAS MANOS".

Indicó que su progenitora requiere de asistencia médica permanente *"y dada nuestra imposibilidad económica para proveerla, la llamada a dársela es la ACCIONADA, razón por la cual en varias oportunidades le he solicitado a los médicos generales que Innovar Salud, IPS en cuyo PROGRAMA CRONICOS la ACCIONADA tiene inscrita a mi Mamá, dictaminar sobre la necesidad de mi Sra Madre* ***de un servicio de enfermería permanente****, pero a pesar de ser conscientes de la necesidad urgente de mi Mamá y mía, del servicio permanente de enfermería para ella,* ***mi petición siempre ha sido despachada desfavorablemente por estos profesionales de la salud****, bajo el argumento de que esa valoración no es de su competencia".* [EscritoTutela]

II. El trámite de la instancia

1. El 5 de mayo de 2021 se admitió la acción de tutela, y se ordenó el traslado a la entidad encausada, así mismo se vinculó a INNOVAR SALUD, MINISTERIO DE LA DEFENSA - ARMADA NACIONAL –DIRECCION DE SANIDAD NAVAL, FUNDACION VALLE DE LILI y a COLPENSIONES, para que remitieran copia de la documentación en cuanto a los hechos de la solicitud de amparo y ejerciera su derecho de defensa, librando las comunicaciones de rigor.

2. **INNOVAR SALUD SAS** Puso en conocimiento que *"el médico domiciliario de INNOVAR SALUD es considerado el médico tratante de la paciente y quién define los servicios y el plan de manejo a seguir, de acuerdo con los antecedentes y tiempo de evolución de estos, la evolución clínica del paciente, diagnósticos, condición médica actual y pertinencia en las valoraciones médicas mensuales. Dentro del ejercicio de las Buenas Prácticas Médicas, bajo criterios de racionalidad y pertinencia,* ***el Servicio de turnos de Enfermería está indicado para aquellas situaciones en que el paciente requiera la asistencia de este tipo de profesionales. Para el caso de la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA, en las valoraciones médicas realizadas nuestros médicos no han solicitado dicho debido a que no está clínicamente Justificado. Los procedimientos realizados por el auxiliar de enfermería consisten entre otros, administración de medicamentos endovenosos, monitoreo continuo de signos vitales, cuidados de traqueostomía, condiciones médicas y físicas que no se encuentran en la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA".*** Hizo especial énfasis en que *"Las* ***funciones del asistente de cuidado*** *van encaminadas a los cuidados básicos en el domicilio, tales como, administración de medicamentos orales, alimentación, baño, higiene personal, etc., que son las que requiere la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA* ***Estas funciones pueden ser realizadas por el cuidador designado por la Familia y no por un profesional de la salud"*** [35ContestacionInnovarSalud]

3. **MINISTERIO DE LA DEFENSA - ARMADA NACIONAL –DIRECCION DE SANIDAD NAVAL** Manifestó **que no es la competente** para atender la presente acción de tutela, toda vez que no tiene como función la **activación-afiliación y/o desafiliación** de los usuarios en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, así como tampoco la prestación de los servicios asistenciales de salud, puesto que es un ente de naturaleza netamente administrativa que tiene como funciones la planeación, asignación de presupuesto. [45ContestacionTutelaDirGeneralSanidad]

4. **FUNDACION VALLE DE LILI** Informó que la señora Elvia Isabel Contreras de García**,** no tiene historia clínica toda vez que hasta el momento la paciente no ha presentado atenciones en la institución. [43ContestacionTutelaValleLili]

5. **COLPENSIONES** Solicitó su desvinculación toda vez que la entidad no tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados ya que la acción de tutela se refiere a una prestación que no es de su competencia. [32ContestacionColpensiones]

6. **NUEVA E.P.S.** Informó que ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido la señora Elvia Isabel Contreras de García en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación de la EPS. Adujo cómo la acción de tutelas es improcedente cuando a través de su ejercicio **se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine,** bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente.

Respecto del servicios de enfermería indicó que si bien es cierto este servicio domiciliario está incluido dentro de los servicios y tecnologías de salud, financiados con recursos de la UPC, esta debe estar **autorizada por el médico tratante,** quien de acuerdo con su conocimiento del caso concreto y al máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, determinará aquellos casos en los cuales el servicio a prestar es el de "auxiliar de enfermería". En cuanto al cuidador, señaló que es 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 la EPS., en la mayoría de casos el cuidador resulta ser familiar o un amigo cercano del paciente, y esto está relacionado con el **deber de solidaridad de la familia en relación con el afiliado enfermo.** [37ContestacionTutelaNuevaEps]

III. Consideraciones

1. La Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política tiene por objeto proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando en determinada situación resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. De acuerdo con la situación fáctica expuesta corresponde a este Juez Constitucional, resolver el **problema jurídico** que consiste en determinar si la acción de tutela es procedente para ordenar a la Nueva E.P.S. el servicio de enfermera permanente a favor de la agenciada Elvia Isabel Contreras de García.

3. La **salud es un derecho fundamental** autónomo e irrenunciable, cuyo contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario[1] y por la jurisprudencia constitucional.[2] En ese sentido, el servicio público de salud, consagrado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha sido desarrollado jurisprudencialmente, delimitando y depurando tanto el contenido del derecho, como su ámbito de protección ante la justicia constitucional. Por ejemplo, esta Corporación mediante Sentencia T-760 de 2008 estudió varias acciones de tutela sobre la protección del derecho a la salud[3] e indicó que *"la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisible"*. Eso sí, dejó claro que el carácter fundamental de un derecho no hace que todos los aspectos de este sean tutelables y que debido a la complejidad del derecho a la salud su goce puede estar supeditado a la disponibilidad de recursos materiales.[4]

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho,[5] fue el principal sustento jurídico de la Ley Estatutaria de Salud[6] y sirvió para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud.[7]

El **artículo 8 de la Ley Estatuaria de Salud** dispone que el servicio de salud debe responder al ***principio de integralidad***, esto es, que debe ser prestado de manera eficiente,[8] con calidad[9] y de manera oportuna,[10] antes, durante y después de la recuperación de la salud del paciente.[11] Esta Corte se ha referido a la integralidad[12] en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante.[13] Según la Sentencia C-313 de 2014,[14] que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.[15] Al respecto, se aclaró que el principio de integralidad no solo implica que se debe

---

[1] Ley Estatutaria 1751 de 2015. La revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara (Ley Estatutaria 1751 de 2015) fue hecha por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.V.P. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A.V. María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, y Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa que señaló que la salud es "un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general". Además, la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras, las Sentencias: T-547 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[3] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que la Sala de Revisión señaló que la salud como derecho fundamental fue protegido (i) mediante el uso de la figura de la conexidad, (ii) en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección y (iii) afirmando en general la fundamentalidad del derecho.

[4] La Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[5] En Sentencia T-344 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa se vislumbró la falta de una adecuada regulación, así como un efectivo control y vigilancia del sector de la salud, como prerrequisito de una correcta prestación del servicio y garantía del goce efectivo de los derechos de afiliados y beneficiarios, en estos términos "La regulación adolece de un vacío legislativo por cuanto no prevé un procedimiento para solucionar las controversias suscitadas entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico.

[6] La exposición de motivos señala expresamente: "2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: "la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003". Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

[7] Sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

[8] De acuerdo con la Sentencia T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la eficiencia "implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir". La Corte indicó en Sentencia T-760 de 2008 que "una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite".

[9] Ver sentencias T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-922 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En la primera se indicó que la calidad consiste en "que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes".

[10] Según la Sentencia T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[11] Corte Constitucional. Sentencias T-316A de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; T-579 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[12] Artículo 8, Ley Estatutaria 1751 de 2015.

[13] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. "El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir. // Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante."

[14] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[15] Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.8.3.

garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar la afectación de la salud, sino también para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.[16]

Así las cosas, **la salud es un derecho fundamental** que debe protegerse y ser garantizado a todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social, quienes al necesitar del suministro de un servicio están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. Tal criterio debe estar basado en información científica, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. **En efecto, cuando una persona acude a su EPS para que esta le suministre un servicio que *requiere*, o *requiere con necesidad,* el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad es que exista orden médica autorizando el servicio**.

3.1 Así, la Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, **es el médico tratante**. Es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios. Es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Decisión que debe ser, además, comunicada al usuario.[17]

Ahora bien, la Corte también ha señalado que una faceta del derecho fundamental a la salud es el ***derecho al diagnóstico***.[18] El objetivo de esta garantía es establecer el acceso a tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos que se *requieren* con *necesidad* para restablecer la salud del paciente. Por tanto, aunque un juez de tutela no podría abarcar la órbita de acción que le compete a un profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento que no ha sido previamente diagnosticado, lo que excepcionalmente sí podría hacer, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud, es ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico. Es decir, el juez constitucional excepcionalmente podría resolver en sede de tutela que la Empresa Promotora de Salud correspondiente, por medio de los profesionales pertinentes, emita un ***diagnóstico efectivo***, con el cual se garantice una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud.[19] Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha evidenciado que el derecho a un diagnóstico efectivo es vulnerado, entre otros casos, cuando las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad.[20]

---

[16] Este tema también fue explicado en la Sentencia T-402 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.
[17] Sentencias T-543 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[18] Ver, entre otras, las siguientes Sentencias T-717 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-887 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-298 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-940 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-045 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo; T-210 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-459 de 2015. MP. Myriam Ávila Roldán; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.
[19] Sentencias T-737 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.
[20] Corte Constitucional. Sentencias T-543 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

4. El servicio de **auxiliar de enfermería** no es asimilable al concepto de **cuidador**.[21] En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

En cuanto al servicio de auxiliar de ***enfermería***, también denominado atención domiciliaria, se observa que: **(i)** constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;[22] **(ii)** se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,[23] como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería 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; y **(iii)** este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. **Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.**

4.1 Con relación a los ***cuidadores***, la Corte 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.[24] **(ii)** Esta figura es definida[25] 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.[26]

4.2 En efecto, la Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.[27] Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,[28] pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

---

[21] Ejemplo de ello son, entre otras, las Sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. José Fernando Reyes Cuartas; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explicó las características de los cuidadores y el servicio de enfermería.
[22] Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[23] Por el cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Resolución vigente para la época de los hechos que actualmente fue modificada por la Resolución 3512 de 2019.
[24] Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
[25] Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 "Por la cual se establece 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 y se dictan otras disposiciones".
[26] Esta postura se encuentra ampliamente explicada en la Sentencia T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
[27] Al respecto, se encuentra, entre otras, las Sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
[28] Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado 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.[29]

5. Se destaca que en el caso bajo estudio la agenciada requiere de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, sí son parte de la ayuda que puede brindar el denominado **"cuidador";** que como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado la existencia de **eventos excepcionales** en los que la carga de prestar el servicio de cuidador puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, **cuando el primer obligado que es la familia se encuentra imposibilitado de asumirlas**, las cuales se entraran analizar a fin de establecer si en el presente caso se encuentran acreditados los mismos.

5.1 En efecto, en cuanto al **primero de los requisitos,** se encuentra acreditado que la señora Elvia Isabel Contreras de García de 89 años presenta las siguientes patologías. **(i)** "1. HIPERTENSION ARTERIAL 2. DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER 3.EPOC OXIGENOREQUIRIENTE 18 HORAS AL DIA 4.DEPRESION 5. HIPOACUSIA 6. ARTROSIS. 7. HIPOTIROIDISMO 8. POP OSTEOSINTESIS DE HUMERO DERECHO 12-09-2019 9. ENFERMEDAD DIVERTICULAR". [Folios 28 a 33 EscritoTutela], **(ii)** de acuerdo con la contestación emitida por **INNOVAR SALUD SAS** fue presentada por NUEVA EPS el 30 de agosto del 2019, para la **prestación de servicio de atención médica domiciliaria**, con los diagnósticos descritos en la historia clínica y manifestó que *"Dentro del ejercicio de las Buenas Prácticas Médicas, bajo criterios de racionalidad y pertinencia, el* ***Servicio de turnos de Enfermería*** *está indicado para aquellas situaciones en que el paciente requiera la asistencia de este tipo de profesionales. Para el caso de la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA,* ***en las valoraciones médicas realizadas nuestros médicos no han solicitado dicho debido a que no está clínicamente Justificado****. Los procedimientos realizados por el auxiliar de enfermería consisten entre otros, administración de medicamentos endovenosos, monitoreo continuo de signos vitales, cuidados de traqueostomía, condiciones médicas y físicas que no se encuentran en la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA.* ***Las funciones del asistente de cuidado van encaminadas a los cuidados básicos en el domicilio, tales como, administración de medicamentos orales, alimentación, baño, higiene personal, etc., que son las que requiere la usuaria ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCIA Estas funciones pueden ser realizadas por el cuidador designado por la Familia y no por un profesional de la salud."*** [35ContestacionInnovarSalud] y **(iii) No existe prescripción médica** que indique la necesidad del **servicio de enfermería**, dicha circunstancia permite tener certeza de la necesidad de atenciones

[29] Este tema también ha sido desarrollado, entre otras, en las sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, SPV Carlos Bernal Pulido, AV Diana Fajardo Rivera; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

especiales para ella, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal y de salud tal como lo refirió la accionante en el escrito de tutela.

5.2 En relación con el segundo de los requisitos, esto es la **"imposibilidad material"**[30] por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, el Despacho considera que la señora Virna Marelvis García Contreras quien manifestó ser la persona que se encarga del cuidado de la agenciada no cuentan en estos momentos con la **capacidad física** debido a la edad (55 años) y porque padece de "OSTEOARTROSIS, ARTROSIS FACETARIA de C3-C4 y C5, RADIOCARPIANA BILATERAL y GONARTROSIS INCIPIENTE BILATERAL, QUE OCASIONA: POLIALTRALGIAS CON PREDOMINIO EN COLUMNA CERVICAL, MUÑECAS, RODILLA METACARPOFALANGICAS; ROTOESCOLIOSIS DORSO-LUMBAR QUE OCASIONAN LUMBALGIA CRONICA; y TENDINITIS, SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO INQUIERDO Y DERECHO, QUE OCASIONA DOLOR Y DISESTESIAS EN AMBAS MANOS" [Folio 52 EscritoTutela], tampoco cuenta con el tiempo necesario para ser capacitada y brindar los cuidados requeridos diariamente por su progenitora.

5.3 En relación con la **exigencia de carencia de recursos económicos** para sufragar el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas la señora Virna Marelvis García Contreras indicó " *Mi hermano mayor* ***trabaja tiempo completo****, y no puede dejar de hacerlo pues tiene dos hijas en la universidad por quienes velar, y* ***mi otra hermana no solo trabaja todo el día, tiene tres hijos que mantener y vive en la ciudad de Cali en la casa de sus suegro****s, sino que además también tienen compromisos en su salud, entre los que se cuentan: TENDINOSIS DEL TENDÓN SUPRAESPINOSO DE AMBOS HOMBROS ASOCIADO A CALCIFINACIONES REPARATIVAS INSTRASUSTANCIA; TENDINOSIS DE LOS TENDONES SUBESCAPULAR, INFRAESPINOSO Y DE LA PORCIÓN LARGA DE LOS BICEPS y CAMBIOS OSTEOARTROSICOS ACROMIOCLAVICULARES ASOCIADOS A ENGROSAMIENTO SINOVIAL Y SIGNOS DE INESTABILIDAD; ESCLERIOSIS DE LAS ARTICULACIONES FACETARIAS 2 L3-L4, L4-L5 Y L5-S1 y CAMBIOS POR ARTROSIS UNCUBERTEBRALES;* ***la otra familiar que podría ser llamada a asumir la responsabilidad familiar del cuidado*** *de mi Sra. Madres es una prima que vive con nosotros, lamentablemente ella es una persona que también amerita cuidados ya que entre otras enfermedades sufre de artritis reumatoidea degenerativa, y en virtud de lo ruinoso de la misma, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá,* ***califico su pérdida de capacidad laboral en 70.26%, calificación en virtud de la cual Colpensiones le reconoció pensión por invalidez mediante Resolución 2018_16341372****",* ante lo cual la NUEVA E.P.S informó cómo la agenciada Elvia Isabel Contreras de García se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el **Régimen Contributivo Categoría C** lo que evidencia su **capacidad de pago** para acceder a los servicios de salud solicitados. [37ContestacionTutelaNuevaEps]. Es importante señalar que la **categoría C del Régimen Contributivo** hace referencia a que el afiliado tiene un ingreso base de cotización es **mayor de a 5 salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (<u>$4.542.630</u>)**[31], Motivo por el cual **no es posible acreditar el ítem relacionado con la carencia económica,** por lo que se **denegará el amparo deprecado** al no cumplirse con todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

[30] Considerandos 53, 54 y 56 de la providencia.
[31] https://www.nuevaeps.com.co/personas/regimen-contributivo/tarifas

V. DECISIÓN

En virtud de las anteriores consideraciones, el **JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

PRIMERO: **NEGAR** el amparo constitucional que invocó **VIRNA MARELVIS GARCÍA CONTRERAS** actuando en calidad de agente oficioso de su progenitora **ELVIA ISABEL CONTRERAS DE GARCÍA** en contra de la **NUEVA E.P.S.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** esta determinación a todos los intervinientes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Si la presente decisión no fuere impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase

FELIPE ANDRÉS LÓPEZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

FELIPE ANDRES LOPEZ GARCIA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 047 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
6fa2efec6553741f55c50302ef82b7288254a721018fb8a6343d10902e2317d2
Documento generado en 18/05/2021 12:41:06 PM

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