**DERECHO A LA SALUD / AUTORIZACIÓN SERVICIOS / RESPONSABLE, EL MÉDICO**

Respecto de los servicios de salud que requieren los usuarios ha dicho la Honorable Corte Constitucional en decisiones como la sentencia T-017/2021 que “la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante. Por lo tanto, es el profesional de la salud el que está capacitado para decidir, con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente, si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado.”

**DERECHO A LA SALUD / SERVICIO PÚBLICO / PERSONAS CON DISCAPACIDAD / ATENCIÓN DOMICILIARIA**

… el Estado debe proteger de manera reforzada a los sujetos de especial protección constitucional, o a quienes se encuentren en condición de discapacidad… Y por ello, bajo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Ley 1346/2009, artículo 25 – todas las personas en situación de discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud, de ahí que el Estado debe proporcionar los servicios de salud pertinentes. (…) según la Resolución No 3512 de 2019… define la atención domiciliaria como la prestación de servicios de salud extrahospitalarios que tiene como finalidad solucionar 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.

**DERECHO A LA SALUD / PERSONAS CON DISCAPACIDAD / CUIDADORES / DEFINICIÓN**

… la Resolución No. 1885 de 2018, mediante la cual se definió el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro de servicios complementarios, entre otros, establece que el cuidador 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 (…)”. En cuanto al acompañamiento de pacientes, la Corte Constitucional ha enseñado… que la atención domiciliaria se puede dar a través de auxiliares de enfermería o cuidadores.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Radicación Nro.: 66001310500520241000901

Referencia: Impugnación de tutela

Accionante: Cielo López Londoño

Accionados: Nueva EPS

Providencia: Sentencia de segunda instancia

 Tema a Tratar: Salud – auxiliar enfermería 12 horas

Pereira, Risaralda, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Acta número 29 de 15-03-2024

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionada contra la sentencia de tutela proferida el 06 de febrero de 2024 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, **acción constitucional** instaurada por **Cielo López Londoño** identificada con la cédula de ciudadanía No… quien actúa a través de agente oficioso Carlos Hernán López, que recibe notificaciones en… y al correo electrónico leydirivera2190@gmail.com contra la **Nueva E.P.S.**

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Cielo López Londoño, a través de su agente oficioso, pretende la protección de su derecho fundamental a la salud, seguridad social y dignidad humana, para lo cual solicita que se ordene a la Nueva E.P.S. se asigne un cuidador en casa.

Como fundamento de su petición narró que *i)* se encuentra afiliada en el régimen contributivo a la Nueva EPS; *ii)* padece de “ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DEMENCIA NO ESPECIFICADA, DETERIORO COGNITIVO NO ESPECIFICADO, BARTHEL 10, DEPENDENCIA TOTAL RED DE APOYO SOLO EN UN HIJO, DOLOR DE ABDOMEN BAJO, TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES DIFICULTAD PARA LA MARCHA, CARCINOMA BASOCELULAR NODULAR INFILTRATIVO ULCERADO, INFECCIONES URINARIAS, ENFERMEDAD CORONARIA DE UN VASO PRINCIPAL entre otras”; *iii)* tiene 83 años; *iv)* el médico neurólogo determinó que tiene dependencia total; v) recibe visitas cada 8 días por médico general; *vi)* el médico Cristian David Brito Carvajal estableció que requería de auxiliar de enfermería por 12 horas diurnas a domicilio; *vii)* por lo que se le solicitó a la EPS dicho servicio el 27/10/2023, petición que fue negada por la Nueva EPS; *viii)* aseguró que no cuenta con tiempo y dinero necesario para suplir dicho servicio.

**2. Pronunciamiento de la Nueva E.P.S.**

Al contestar la acción constitucional argumentó que es necesaria la orden médica del servicio de cuidador, y que es en aras de satisfacer las necesidades de la accionante, procedería a comunicarse con aquella para darle las indicaciones respecto a su solicitud.

**3. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia tuteló el derecho a la salud, seguridad social y vida digna de la accionante, por lo cual ordenó a la Nueva EPS que “*realice las gestiones necesarias para poner a disposición de la señora Cielo López un cuidador que la acompañe permanentemente de lunes a viernes, dentro del horario de 7 am a 3 pm, hasta que se emita orden médica que prescinda de este servicio domiciliario*”.

Para llegar a la anterior determinación, argumentó que se satisficieron los dos requisitos jurisprudenciales para la procedencia del servicio de salud, el primero que corresponde a la certeza médica de su necesidad, que se acreditó con la orden médica y con la escala de Barthel de la accionante, que es la que mide el grado de dependencia que tiene una persona; y frente a al segundo, esto es la imposibilidad de los familiares de asumir dicho rol, trajo a colación las declaraciones del agente oficioso y su esposa, de las que concluyó que no pueden cuidar a la señora Cielo López Londoño por su trabajo, siendo así esta permanece sola de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., sin que los ingresos del núcleo familiar les permita pagar por dicho servicio.

**4. Impugnación**

La accionada impugnó la decisión porque la familia es la primera que debe prestar el servicio de cuidador bajo el principio de solidaridad. Agregó que este servicio no se encuentra incluido en el PBS y en este caso no existe orden médica para ello.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

1. ¿La Nueva EPS vulneró los derechos de xxxx por no prestarle el servicio de cuidador?
2. ¿La Juez constitucional puede modificar la orden médica dada por médico tratante?

Previo a abordar el interrogante planteado debe decirse que en este asunto se satisface los requisitos de procedencia de esta acción como son la legitimación, por activa al estar la accionante afiliada al sistema de seguridad social en salud a la Nueva EPS, así mismo por pasiva en tanto esta entidad es la encargada de brindar los servicios de salud a su afiliada; actuando la afiliada a través de agente oficioso, quien demostró los requisitos señalados en la sentencia T072-2019 al exponerse en el escrito de tutela que quien interponía la acción lo hacía en calidad de agente oficioso aduciendo la razón para ello, en este caso por no estar su madre en condiciones para hacerlo por padecer de Alzheimer, demencia no especificada, deterioro cognitivo no especificado, entre otras enfermedades.

Frente a la inmediatez, también se cumple al mediar menos de dos meses entre la respuesta negativa dada por la EPS -01/12/2023- (fl. 35 del doc. 01, c.1) frente a la solicitud del servicio de cuidador y la radicación de esta acción -23/01/2024- (doc. 02, c.1); no existiendo duda que son fundamentales los derechos a la seguridad social, salud y dignidad humana; siendo la acción constitucional el mecanismo idóneo para su protección.

**3. Solución a los interrogantes planteados**

**3.1 Fundamento jurídico**

**3.1.1 Competencia para ordenar servicios de salud**

Respecto de los servicios de salud que requieren los usuarios ha dicho la Honorable Corte Constitucional en decisiones como la sentencia T-017/2021 que “*la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante. Por lo tanto, es el profesional de la salud el que está capacitado para decidir, con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente, si es necesaria o no la prestación de un servicio determinado*.”

Así, es el médico “... *la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado, de acuerdo con la evolución en la salud del paciente*”.

Más adelante en la misma decisión, recordó que en la sentencia T-345 de 2013 se explicó que el criterio del galeno es esencial para la determinación del derecho, así:

*“Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (…).*

*Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.”*

Por lo anterior, concluyó que no están autorizados para desatender lo ordenado en la prescripción médica ni las EPS, IPS o el juez de tutela, a menos que exista una justificación suficiente, sólida y verificable.

**3.1.2 Servicio de auxiliar de enfermería y cuidador 24 horas**

La jurisprudencia constitucional[[1]](#footnote-1) se ha referido a la salud como un derecho y como un servicio público, respecto del primero ha dicho que este debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

De otro lado, debe decirse que el Estado debe proteger de manera reforzada a los sujetos de especial protección constitucional, o a quienes se encuentren en condición de discapacidad al tenor de los artículos 47 y 54 ibídem.

Y por ello, bajo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Ley 1346/2009, artículo 25 – todas las personas en situación de discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud, de ahí que el Estado debe proporcionar los servicios de salud pertinentes.

En ese sentido, en la decisión T-120 de 2017 entre otras, se señaló que es obligación de las EPS:

*“e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (…)”.*

Ahora bien, según la Resolución No 3512 de 2019 – aún vigente – en su artículo 8, numeral 6º define la atención domiciliaria como la prestación de servicios de salud extrahospitalarios que tiene como finalidad solucionar 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.

Luego, el artículo 3, numeral 3° de la Resolución No. 1885 de 2018, mediante la cual se definió el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro de servicios complementarios, entre otros, establece que el cuidador 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 (…)”.*

En cuanto al acompañamiento de pacientes, la Corte Constitucional ha enseñado en las decisiones T-414/2016, T-065/2018, T-423/2019, T-527/2019 y recientemente en la sentencia T-017 de 2021, que la atención domiciliaria se puede dar a través **de auxiliares de enfermería o cuidadores**.

Servicios que diferenció de la siguiente manera: *“(i) en el caso de tratarse de la modalidad de e****nfermería se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia****; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, se trata de casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, frente a lo que la Corte ha concluido que es un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para ello, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado*”. (negrilla propia)

Particularmente frente a los **auxiliares de enfermería** definió que consiste en:

*““alternativa a la atención hospitalaria institucional” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.*

*“5.6. Adicionalmente, 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;*** *casos en los que* ***se encuentra incluido en el PBS****, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS prescribe el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.”*

**3.1.3 La ley 1733 de 2014**

Es la ley mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida y en su artículo 3° define las enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida como *“aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto”.*

**4. Fundamento fáctico**

Con la prueba obrante en este asunto se probó lo siguiente:

1. Cielo López Londoño tiene 84 años, según da cuenta el documento de identificación y la historia clínica (fl. 6, archivo 01, exp. digital);
2. Tiene como diagnóstico principal “C4*43 TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA CARA*” y además indicó como enfermedad actual “P*ACIENTE IN(sic) EN SILLA DE RUEDAS, CON DEPENDENCIA TOTAL, DX POR NEUROLOGÍA Y NEUROPSICOLOGÍA DE DETERIORO COGNITIVO TIPO ALZHEIMER 20/03/2021 PATOLOGÍA IDIME Q01798321: PIEL INFRAORBITARIA IZQUIERDA BIOPSIA: CBC NODULAR ULCERADO CON INVASIÓN PERI NEURAL CON FILETE NEURAL PEQUEÑO. BORDES CON LESIÓN 24/04/2023 CIRUGÍA DE MOHS07/05/2023 CIERRE POR CIRUGÍA PLÁSTICA INFECCIÓN DE HERIDA QUIRÚRGICA 26/04/2023 PATOLOGÍA CLÍNICA SNA(sic) RAFAEL CIRUGÍA MOHS: BORDES NEGATIVOS C23,371*”, como se extrae de la historia clínica emitida por la IPS clínica San Rafael el 21/06/2023 (fl. 26, archivo 01, exp. Digital).
3. La señora Cielo López Londoño tiene dependencia total, en tanto el “*índice de Barthel” r*ealizada por el médico Psiquiatra Cristian David Brito leasignó 10 puntos (fl. 37, ibídem).
4. El Psiquiatra Cristian David Brito le prescribió a la señora López Londoño “101000587 **AUXILIAR DE ENFERMERÍA 12 HORAS DIURNAS A DOMICILIO** con la nota de “*paciente con enfermedad de alzhéimer Barthel 10, dependencia total red de apoyo solo consiste solo en un hijo*”**;** esto reposa en la historia clínica de la Nueva EPS con fecha de atención del 29/11/2023 (fls. 38 y ss., ibídem) emitida por el médico Psiquiatra Cristian David Brito en la que se imprimió como diagnóstico principal “*Foog -DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA (G3o.9+*)” y “tipo diagnóstico: REPETIDO CONFIRMADO”.
5. Se informó por el agente oficio y la señora Adriana María Aguirre Reyes, esposa de este (docs. 05 y 10 del exp. Digital) que la señora Cielo López Londoño es pensionada con una mesada de un salario mínimo.
6. El hogar lo integran la señora cielo, el agente oficioso que es el hijo de aquella, la nuera, dos nietos de 11 años y 18 años, que estudian y un bisnieto de 1 año que lo cuida una vecina.
7. El agente oficioso y su esposa trabajan, y recibe cada uno un salario mínimo, por lo que deben salir todos los días y la accionante queda sola todos los días desde las 07:00 a.m. hasta las 03:00 p.m. que su hijo – agente oficioso- llega del trabajo. Agregó que los tres ingresos (dos salarios mínimos y la pensión de vejez de la accionante) no son suficientes para los gastos de este núcleo familiar de 6 personas, por lo que no pueden asumir el gasto del cuidador por ellos mismos. Finalmente agregó que por la situación de salud mental de la señora Cielo López Londoño es peligroso que se salga de la vivienda sola y ponga en riesgo su vida.

De lo mencionado, contrario a lo afirmado por el impugnante, a la señora Cielo López se le prescribió por médico tratante el servicio de auxiliar de enfermería, dada su total dependencia y estado de salud; por lo que, al amparo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene derecho a gozar del más alto nivel de salud y corresponde al estado proporcionar los servicios de salud pertinentes.

Así, conforme a la jurisprudencia constitucional anteriormente referida se tiene que para el servicio de auxiliar de enfermería el **único requisito** es que exista la orden médica proferida por un profesional de la salud, condición acreditada, sin que sea necesario revisar otro requisito, como la imposibilidad material del núcleo familiar de cubrir dicho servicio, en tanto se hace énfasis en que la orden médica es de **AUXILIAR EN ENFERMERÍA** y no de cuidador, como lo entendió la primera instancia; que además SI está incluido en el PBS de acuerdo al artículo 65 de la Resolución 5857 del 2018 que dispone que la atención paliativa con intención domiciliaria se financia con el PBS para pacientes, entre otros, con enfermedad, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que haya duda alguna de que los padecimientos de alzhéimer y cáncer de piel que sufre la accionante se encuadran en las mencionadas; por lo que es procedente el servicio de salud ordenado.

De otro lado, se tiene que la sentencia de primer grado ordenó a la EPS a realizar las gestiones para brindar el servicio de cuidador a la accionante, situación que no se acompasa con lo dilucidado en las pruebas antes mencionadas –**orden médica de auxiliar en enfermería por 12 horas diurnas**-, sin que en las consideraciones de la providencia de la *a quo* se haya justificado ni siquiera mencionado el por qué del cambio del servicio de salud que se ordenó por el médico tratante, sin que esta situación cambie solo porque en el escrito de tutela el agente oficioso solicitó el servicio de cuidador por 12 horas, pues la persona con la competencia para determinar el servicio de salud que requiere un usuario es el galeno.

En el mismo sentido, la juzgadora de primer grado limitó la orden a los días hábiles de lunes a viernes y en horario comprendido entre las 07:00 a.m. y las 03:00 p.m. lapso en el que solo hay 8 horas; limitación que no fue incorporada en la orden médica, sin que de nuevo adujera las razones que justifiquen esta decisión y que esta Sala no encuentra su razón de ser, pues recordemos que se trata de un servicio de Auxiliar en enfermería que corresponde a una actividad que requiere ser suministrado por personas calificadas para ello pues depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión (T-071/2021); por lo que los fines de semana no generan una situación diferente a la necesidad del servicio médico que le fue ordenado específicamente **por 12 horas diurnas y no por 8 horas com lo concedió la primera instancia**.

Puestas de este modo las cosas, se confirmará la decisión de la juez de instancia de tutelar los derechos de salud, seguridad social y dignidad humana de la accionante, pero se modificará la orden dada en el numeral segundo dirigida a la accionada Nueva EPS, para que dispense el servicio de salud de **AUXILIAR DE ENFERMERÍA POR 12 HORAS** **DIURNAS** a la señora Cielo López Londoño, sin limitación en los días a la semana.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto se confirmará la decisión de primer grado y se modificará la orden del numeral segundo, conforme lo expuesto.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el 06 de febrero de 2024 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, acción constitucional instaurada por **Cielo López Londoño** identificada con la cédula de ciudadanía No…, quien actúa a través de agente oficioso Carlos Hernán López, que recibe notificaciones en…, al celular… y al correo electrónico leydirivera2190@gmail.com contra la **Nueva E.P.S.**

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la decisión, que para mayor claridad quedará así:

***“****ORDENAR a la Nueva EPS, por medio de la señora María Lorena Serna Montoya, Gerente Regional Eje Cafetero, para que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice las gestiones necesarias para poner a disposición de la señora Cielo López un auxiliar de enfermería por* ***12 HORAS DIURNAS,******sin limitación en los días del fin de semana,*** *hasta que se emita orden médica que prescinda de este servicio domiciliario.”*

**TERCERO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 26-03-2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)