



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, veinticinco (25) abril de dos mil veintidós (2022)

RAD:20001 40 03 005 2022 00050 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por LUBIN QUINTERO SALDAÑA a través del Defensor Público Holmes José Rodríguez Araque contra SALUD TOTAL EPS Derechos fundamentales: Salud, vida digna y seguridad social. Vinculados: Secretaría de Salud Departamental del Cesar y Secretaría de Salud Municipal de Valledupar.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada SALUD TOTAL EPS-S S.A contra la sentencia de primera instancia de fecha 02 de marzo de 2022, proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Que el señor Lubin Quintero Saldaña, cuenta con 78 años de edad, afiliado en SALUD TOTAL EPS, donde fue valorado por el médico especialista quien le diagnosticó *"hipertensión arterial; enfermedad de alzhéimer; enfermedad pulmonar obstructiva crónica; cardiopatía isquémica; extabaquista pesad o incontinencia urinaria y fecal severa"*,
2. Que en razón a las graves patologías que padece el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA el médico tratante dispuso como plan de tratamiento, asignar cuidador de 24 horas para evitar procesos de broncoaspiración y lesiones en la piel por presión, ya que su familiar es adulta sin capacidad para este tipo de manejos. A su vez, ordena seguimiento por medicina interna en tres meses, y valoración por fisioterapia para evaluar la necesidad de aspiración por manejo de secreciones frecuentes con episodios de apnea causados.
3. Que el señor Lubin Quintero Saldaña, también fue visitado por la trabajadora social de la EPS quien rindió informe sobre las condiciones de vida del paciente, la imposibilidad de su esposa de 73 años para cuidarlo debido a sus condiciones de salud propias y la ausencia de otros familiares para colaborar

en esos menesteres, al tiempo que deja constancia sobre la manifestación expresa que hace quienes atienden la visita de la imposibilidad económica familiar para proveer el acompañamiento y cuidados que el paciente demanda para costear.

3. El accionante da a entender que la EPS ha expresado su negativa para atender la asignación del cuidador que fue ordenado por el médico tratante.

PRETENSIONES :

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita:

PRIMERO: AMPARAR el derecho a la SALUD en conexidad con el derecho fundamental a la VIDA del paciente LUBIN QUINTERO SALDAÑA, consagrados en los artículos 49 y 11 de la Constitución Política, respectivamente.

SEGUNDO: ORDENAR a SALUD TOTAL EPS que, en el término improrrogable de 12 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, autoricen y le hagan entrega material a la paciente LUBIN QUINTERO SALDAÑA, el siguiente plan de tratamiento que requiere con urgencia: "PACIENTE DEBE TENER CUIDADOR DE 24 HORAS PARA EVITAR PROCESOS DE BRONCOASPIRACIÓN Y LESIONES EN LA PIEL", tal como fue ordenado por su médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a SALUD TOTAL EPS, que se brinde el respectivo TRATAMIENTO INTEGRAL para tratar su patología, autorizando sin dilación alguna, las citas médicas con especialista, exámenes, estudios científicos, medicamentos, procedimientos quirúrgicos, terapias y todo cuanto sea necesario para el restablecimiento de su salud o mejoría.

CUARTA: Que en caso que los servicios que requiera se presten en un lugar diferente a su lugar de residencia o desplazamiento urbano diario o regular en la semana, se le autorice al paciente LUBIN QUINTERO SALDAÑA, el transporte, alimentación y gastos de alojamiento para ella y su acompañante a fin de lograr la efectividad de los tratamientos que le sean prescritos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA :

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, mediante sentencia de dos (02) de marzo de dos mil veintidós (2022), tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y a la vida digna de LUBIN QUINTERO SALDAÑA y ordenó a SALUD TOTAL EPS-S a través de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión, proceda a cumplir lo ordenado por el médico tratante adscrito a su red de prestadores de servicios, esto es, el suministro de cuidador 24 horas por el término que el médico tratante disponga.

La anterior decisión al considerar que el amparo es procedente al tratarse de un paciente de 78 años, con diagnóstico de enfermedades catastróficas y sin posibilidades económicas del paciente y su grupo familiar para asumir el costo que demanda el cuidador que necesita, ante la falta de un miembro familiar que pueda asumir su cuidado ya que su esposa única acompañante no cuenta con la salud, ni la fuerza, ni los conocimientos para atender sus necesidades dada su avanzada edad y su condición física.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

La entidad accionada SALUD TOTAL EPS-S S.A. impugnó la decisión anterior con el fin de que fuera revocada por esta superioridad bajo las siguientes consideraciones:

Informa el representante de SALUD TOTAL EPS-S S.A, en escrito de impugnación al Despacho que el paciente, el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA, ha sido valorado por el plan de atención domiciliaria en dos ocasiones y el médico tratante no ha considerado pertinente el servicio de enfermería, se extrajo lo siguiente:

"Se valora paciente por segunda vez en programa domiciliario, primera valoración el 22 de noviembre de 2021, al llegar a la vivienda me recibe la esposa del protegido quien refiere que el motivo de la consulta es que necesita un cuidador porque no puede seguir atendiendo sola al protegido por los problemas de salud que la aquejan. Se trata de protegido encamado crónico con antecedentes patológicos de HTA crónica, demencia por enfermedad de alzhéimer, epoc sin diagnostico espirométrico, incontinencia fecal y urinaria. Protegido tiene manejo establecido por especialistas tratantes neumología, neurología y medicina interna quienes indican de manera periódica pañales desechables, terapias físicas y de fonoaudiología, esposa del protegido niega: Disnea, tos, fiebre, anuria, cefalea".

"Protegido en buenas condiciones generales, afebril, buen patrón respiratorio, buen control de cifras de presión arterial, adecuada saturación de oxígeno, pulmones bien ventilados, actualmente con manejo instaurado por neumología, psiquiatría y medicina interna. Además, recibe terapias físicas y de fonoaudiología en domicilio. Considero que el protegido no requiere especialistas tratantes, no ingresa a PAD (...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, considera el representante de SALUD TOTAL EPS, que lo pretendido por la esposa del accionante es una persona que cuide a su esposo, puesto que ella no cuenta con criterios para autorizar el servicio de enfermería. Aduce que el protegido también cuenta con otros familiares responsables, como su nieto mayor de edad y sus 5 hijos, que, a pesar de no vivir con ellos, bajo el principio de corresponsabilidad deben propender por la salud y bienestar de su padre.

Que SALUD TOTAL EPS, es administradora de servicios de salud, y que sólo ofertan servicios de enfermería bajo pertenencia médica y que los cuidadores corresponden al personal del núcleo familiar primario o cercano a este que se hacen cargo y responsabilizan por los cuidados del familiar en condición de necesidad y como el médico dejó claro en la historia clínica, no aplica para cuidados por enfermería, por tanto, no es posible generar autorización, ya que, no cumple con los criterios para servicio de enfermería definidas por los protocolos de enfermería avalados por el Ministerio de Salud Y Protección Social, donde se describen actividades de enfermería.

Con relación a la pretensión del accionante de contar con una enfermera permanente, se procede a validar la historia clínica del protegido y no cuenta con ordenamiento médico para la misma, no se encuentra solicitud médica radicada ante la EPS para el servicio de enfermería, hasta tanto no se cuente con un direccionamiento médico no es posible acceder a la pretensión de la esposa del accionante. Sin embargo, es más que evidente que, lo que pretende la misma es un cuidador para su familiar, pues el paciente no cuenta con criterios para prescribir servicio de enfermería.

Que las condiciones del protegido no han cambiado y éste fue sometido a una junta médica el mes de noviembre de 2021 donde se concluye que el acompañamiento es por parte de los familiares.

Que en cuanto a la enfermería doméstica y/o cuidador la última valoración domiciliaria no aplica por criterio médico para cuidados de enfermería que requieren cuidador y que la EPS es administradora de servicios de salud, solo ofertan servicios de enfermería y que los cuidadores corresponden al personal del núcleo familiar primario o cercano a este que se hacen cargo y responsabilidad por los cuidados del familiar en condición de necesidad, por lo que no es posible general autorización para ésta por no existir orden médica.

Que en cuanto a la pretensión de tratamiento integral que requiera a futuro la parte actora, es decir, todos aquellos servicios que con posterioridad sean ordenados por los médicos tratantes al titular del amparo constitucional, se ha demostrado que SALUD TOTAL EPS-S S.A, no ha negado ningún servicio médico prescrito y requerido por el accionante, además se indica que, el tratamiento integral que solicita el accionante, el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA, actualmente NO cuenta con orden médica vigente pendiente de autorización, pues, se trata de una pretensión que está supeditada a FUTUROS REQUERIMIENTOS Y PERTINENCIAS MÉDICA por la red de prestadores de la entidad referida con anterioridad.

Es por ello, que SALUD TOTAL EPS-S S.A, reitera su petición en sentido de NEGAR el aparte pertinente a la solicitud del tratamiento integral futuro y en consecuencia limitarse en el

fallo que resuelva solo a los servicios concretos que han sido objeto de debate antes.

Por último, el representante de SALUD TOTAL EPS-S S.A, manifiesta que en el evento de que el Despacho conceda el amparo de los derechos invocados, deberá también establecer que a la entidad demandada le asiste el derecho de recobrar ante ADRES por todos aquellos servicios que sean autorizados con ocasión de la orden impartida, ello para evitar que se cause una afectación de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar, ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para haber otorgado el amparo a los derechos fundamentales al actor?

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

Respecto a la atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 015 de 2021 M.P. DIANA FAJARDO RIVERA reiteró lo siguiente:

“La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador

1. La atención domiciliaria es una *“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 salud y la participación de la familia”¹ y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).²

2. El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, **es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud**. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.³ Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.
3. El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,⁴ ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante⁵ y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.
4. En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su **función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos**.⁶ ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional 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 EPS.⁷ iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,⁸ como se explica a continuación.
5. De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.⁹ En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,¹⁰ pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.
6. Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el

¹ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

² El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.

³ Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

⁴ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵ Artículo 26 Resolución 3512 de 2019.

⁶ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷ 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.”

⁸ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.¹¹

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: **(i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.** (Negrillas y subrayas del despacho)

A su vez el Alto Tribunal Constitucional, en sentencia T-122 de 2021 M.P. Diana Fajardo Rivera estableció que el derecho a la salud de los sujetos de especial protección constitucional tiene carácter prevalente y deben garantizarse de forma continua, permanente y eficiente, así:

“Dicho esto, como se lee en los apartes citados anteriormente, la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015:

“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, **la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.**”¹²

Esta previsión está también alineada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación estableció:

“La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas, **las personas de la tercera edad** y las personas con alguna discapacidad.”¹³

Teniendo en cuenta los hechos que la Sala estudia en esta ocasión, resulta particularmente interesante en la presente sentencia el caso de las personas de la tercera edad. La Corte ha dispuesto que la prestación de los servicios de salud que requieran debe garantizarse de forma continua, permanente y eficiente como consecuencia de la cláusula de Estado social de derecho consagrada en la Constitución. Esta Corporación ha planteado esta obligación en la medida que las personas de esta población **“tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado.”**¹⁴ La Corte ha basado tal interpretación en el Artículo 46 de la Constitución, de conformidad con el cual “[e]l Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.” Agrega dicha norma que “[e]l Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el

¹¹ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹² Ley 1751 de 2015, Artículo 11.

¹³ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ Sentencia T-527 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esta providencia ha sido citada, por ejemplo, en las sentencias T-746 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-491 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. S.V. Alejandro Linares Cantillo.

subsidio alimentario en caso de indigencia." (Negrillas y subrayas del despacho)

Por último y que al caso concreto interesa, la Corte Constitucional precisó que todos los servicios de salud que no se encuentren expresamente *excluidos* del conjunto de servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud se entienden *incluidos*:

"El Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 está alineado con el principio de integralidad descrito anteriormente, al establecer que el Sistema de Salud

"garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas."¹⁵

A la vez, dicho artículo establece una serie de criterios que definen escenarios en los que "*los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías*": casos en que los recursos que el Estado transfiere al Sistema de Salud no pueden ser utilizados para financiar los servicios o tecnologías a los que pretende acceder un usuario. En otras palabras, en este artículo el Legislador define las que se conocen como *exclusiones* del conjunto de servicios que se cubren con recursos del Estado.

Al estudiar la constitucionalidad del Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, la Sala Plena encontró, en términos generales, que la disposición resultaba compatible con la Carta Política en la medida que establece un sistema en el cual la *inclusión* de todo servicio o tecnología en salud en el conjunto de servicios a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud es la *regla* y su *exclusión*, que debe ser explícita y taxativa, es la *excepción*:

"Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas."

Esta interpretación de la Corte, que la llevó a concluir que la norma era, en general, exequible, está alineada con el principio de integralidad ya mencionado. Al abordar la enunciación que la Ley Estatutaria hace de este principio, la Sala Plena estableció:

"Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. Entiende la Sala que el legislador incorporó en el artículo 15 una cláusula restrictiva expresa, la cual establece los servicios y tecnologías excluidos de la prestación del servicio."¹⁶

En la misma providencia, al analizar la consagración del principio *pro homine* en el Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, la Corte citó la Sentencia T-760 de 2008, que estableció que "*la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia.*"¹⁷ Al tener claro este entendimiento de las exclusiones, la Corte ha enfatizado que los servicios y tecnologías que no son expresamente excluidos del conjunto de servicios de salud a los que tienen derecho los usuarios del Sistema (en la actualidad, el Plan de Beneficios en Salud o PBS) se deben entender como incluidos. Una interpretación contraria desconocería la jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental a la salud.

¹⁵ Ley 1751 de 2015, Artículo 15.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

No hay limitaciones jurídicas a la ciencia médica más allá de las exclusiones expresamente establecidas (que tienen excepciones, en todo caso, como lo ha establecido la Corte¹⁸); el vademécum médico es el que existe y se conoce. El derecho a la salud, por consiguiente, no está limitado a listas reglamentarias de servicios y tecnologías que se construyan en un momento específico en el tiempo. Como lo ha señalado este Tribunal:

“el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que **no esté expresamente excluida** del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, **pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS.**” (Énfasis en el original).

El entendimiento del derecho fundamental a la salud plasmado en la Ley 1751 de 2015 generó, en ese sentido, un quiebre frente al Sistema de Salud al que la Corte Constitucional se enfrentó durante sus primeras dos décadas de funcionamiento. Primero, en la actualidad, no existe duda sobre el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud. Segundo, como resultado de esto, este derecho es por definición justiciable a través de la acción de tutela. Tercero, el ámbito de protección del derecho no está limitado a la lista del plan de servicios y tecnologías que se construye en un momento determinado.

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren. ”

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

El señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA representado por Defensor Público a través de la presente acción constitucional, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida y pretende se ordene SALUD TOTAL EPS autorizar el plan de tratamiento consistente en cuidador de 24 horas para evitar procesos de broncoaspiración y lesiones en la piel tal como fue ordenado por su médico tratante así como el tratamiento integral para tratar su patología.

Por su parte SALUD TOTAL EPS, manifiesta que no es posible autorizar el servicio de enfermería doméstica y/o cuidador toda vez que de acuerdo a la última valoración domiciliaria, no aplica por criterio médico para cuidados de enfermería que requieren cuidador y que los cuidadores corresponden al personal del núcleo familiar primario o cercano a este que se hacen cargo y responsabilidad por los cuidados del familiar en condición de necesidad, por lo que no es posible generar autorización para ésta por no existir orden médica. Respecto a la atención integral manifiestan que la EPS no ha negado la

¹⁸ Ver Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos.

prestación de los servicios y no hay lugar a amparar hechos futuros e inciertos.

Descendiendo al caso sometido a estudio y de las pruebas que obran dentro del expediente, se evidencia que el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA es un adulto mayor con ochenta 78 años de edad, SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, con los siguientes antecedentes médicos según se observa en la historia clínica 1. HIPERTENSIÓN ARTERIAL 2. ENFERMEDAD DE ALZHEIMER 3. ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA 4. CARDIOPATÍA ISQUÉMICAS 5. EX TABAQUISTA PESADO 6. INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL SEVERA

En la historia clínica el análisis que realiza el médico tratante enuncia lo siguiente:

“PACIENTE EN LA OCTAVA DÉCADA DE LA VIDA CON DIAGNÓSTICOS DESCRITOS QUIEN PRESENTA TRASTORNOS DE DEGLUCIÓN DE SÓLIDOS POR LO QUE REQUIERE TERAPIAS FONOAUDIOLÓGICAS PARA MANEJO DE SECRECIONES ORALES Y FORTALECIMIENTO DEL MAXILAR REALIZAR 1 TERAPIA 3 VECES POR SEMANA POR UN MES, TERAPIAS FÍSICAS PARA FORTALECIMIENTO MUSCULAR EVITAR RIGIDEZ Y ESPASTICIDAD MUSCULAR REALIZAR 3 VECES POR SEMANA **PACIENTE CUENTA CON EL CUIDADO DE ADULTA MAYOR QUE NO SE ENCUENTRA EN CONDICIONES PARA BRINDARLE LOS CUIDADOS Y MANEJO QUE EL PACIENTE REQUIERE. PACIENTE CON DEPENDENCIA SEVERA** REQUIERE ACOMPAÑAMIENTO POR PARTE DEL FAMILIAR RESPONSABLE PARA PROPORCIONAR Y GARANTIZAR ASISTENCIA ALIMENTARIA, CUIDADOS PERSONALES, CAMBIO DE POSICIONES MANEJO Y DISPONIBILIDAD DE EXCRETAS CAMBIO DE PAÑALES, SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS ENTERALES ASEO PERSONAL PREVENCIÓN DE ACCIDENTES DOMÉSTICOS CUIDADOS DE LA PIEL, ACTIVIDAD QUE POR SU NATURALEZA SOCIAL ES RESPONSABILIDAD DEL ENTORNO FAMILIAR DEL PACIENTE DADO QUE NO PERTENECE AL ÁMBITO DE LA SALUD. **VALORADO POR NEUROLOGÍA QUIEN CONSIDERA QUE EL PACIENTE DEBE TENER CUIDADOR DE 24 HORAS PARA EVITAR PROCESOS DE BRONCOASPIRACIÓN Y LESIONES EN LA PIEL POR PRESIÓN EN LA PIEL YA QUE SU FAMILIAR ES ADULTA MAYOR SIN CAPACIDAD PARA ESTE TIPO DE MANEJOS.** SE INDICA SEGUIMIENTO POR MEDICINA INTERNA EN 3 MESES (...) (negrillas y subrayas del Despacho)

Así las cosas, se advierte que el médico tratante adscrito a SALUD TOTAL EPS ordenó acompañamiento permanente para el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA y además ordenó un plan de atención domiciliaria y plan de rehabilitación con terapia física para evitar rigidez.

Una vez estudiado el precedente constitucional que establece la diferencia entre el servicio de enfermería y el servicio de cuidador, es posible determinar que en el caso concreto el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA requiere el servicio de cuidador.

Pues bien, entra el despacho a analizar si en el presente asunto se cumplen las dos condiciones trazadas por la jurisprudencia constitucional como medida de carácter excepcional, para que se pueda ordenar a SALUD TOTAL EPS autorizar el servicio: (1) *exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del*

paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.¹⁹

Sobre la primera condición de existir certeza médica sobre la necesidad de que el paciente requiere el servicio, como se refirió en párrafos anteriores, el médico tratante ordenó acompañamiento permanente para garantizar asistencia alimentaria, cuidados de la piel, prevenir accidentes, en ese orden, la primera condición se encuentra acreditada tal como se puede observar en el anexo historia clínica aportada en la tutela.

Respecto a la segunda condición que hace referencia a que la ayuda como cuidador no puede ser asumida por el núcleo familiar del paciente por ser materialmente imposible: De los hechos de la tutela, de la historia clínica aportada y de la visita domiciliaria por trabajo social se puede determinar que la esposa del accionante Carmen Angélica Castro Barros es igualmente una adulta mayor con 73 años de edad y con incapacidad para atender al señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA. Tienen cinco hijos de los cuales tres (03) residen por fuera de Valledupar, y que subsisten con la ayuda económica de una de sus hijas.

De la visita practicada el 01 de enero de 2022 se puede extraer la síntesis diagnóstica así:

“Se pudo evidenciar en la visita que el apaciente debido a sus patologías se encuentra con limitación total para la marcha, lo que ha generado plena dependencia de otras personas. Debido a ello, el paciente requiere asistencia para proporcionarle alimentaciones, cambios de posición, aseo personal cambio de pañales, manejo y disposición de excretas, actividades que su esposa quien es la cuidadora manifiesta no poder garantizar porque tiene sus afectaciones de salud que le impide realizar actividades que regulen la fuerza física. Por otra parte la esposa del paciente afirma que tres de sus 5 hijos no viven en la ciudad de Valledupar y los otros dos viven en la ciudad, pero fuera del hogar paterno, con sus respectivas familias y permanecen realizando actividades económicas para el sustento de sus familias y contribuir con la manutención del paciente y de ella, situación que no les permite asistir a su padre en los cuidados que él requiere. También refiere que la familia no cuenta con los recursos económicos para contratar los servicios de una auxiliar de enfermería que pueda proveer el acompañamiento y cuidados que él paciente demanda.”

Lo que permite concluir que el núcleo familiar no cuenta con la capacidad física, ni con el tiempo necesario para brindar los cuidados que requiere el señor LUBIN QUINTERO SALDAÑA.

¹⁹ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

En relación a la carencia de recursos económicos el señor Lubin Quintero Saldaña es un adulto mayor y la entidad accionada no desvirtuó la negación indefinida realizada en el escrito de tutela de no contar con los recursos económicos para pagar el servicio de cuidador requerido, por lo que sin más elucubraciones se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

CON RELACIÓN AL RECOBRO:

Resulta pertinente destacar, que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo²⁰. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la entidad competente.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 02 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, por las motivaciones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN DAZA ARIZA
Juez

²⁰ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.