REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUETAME

ACCIÓN DE TUTELA PROMOVIDA POR GUILLERMO OLMOS LEÓN EN REPRESENTACIÓN DE SU PADRE JOSÉ DAVID OLMOS HERNÁNDEZ CONTRA CONVIDA E.P.S.'S Y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE SALUD

Radicado No. 25594-40-89-001-**2022-00016-00**

Quetame, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Se pronuncia el Juzgado Promiscuo Municipal de Quetame sobre la acción de tutela instaurada por Guillermo Olmos León en representación de su padre José David Olmos Hernández contra Convida E.P.S.'S y Departamento de Cundinamarca-Secretaría de Salud

ANTECEDENTES

1. Guillermo Olmos León en representación de su progenitor José David Olmos Hernández, interpone acción de tutela contra Convida E.P.S.'S, en procura de la protección de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con dignidad humana, vida, igualdad, asistencia de las personas de la tercera edad, seguridad social y atención en salud, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

2. En cuanto a los hechos señala que, su padre tiene 92 años de edad, reside en el Municipio de Quetame y está afiliado a la E.P.S. Convida en el régimen subsidiado de la misma municipalidad; manifiesta que su padre padece de varias enfermedades debido a su avanzada edad, entre ellas "Pobre del Sueño", a pesar de que le suministran los medicamentos quetiapina, levomepromazina y escitalopram; arguye que como consecuencia de ello, junto con sus hermanos han velado día y noche por la salud, bienestar e integridad de su padre pero les es muy difícil estar todo el tiempo pendiente de él, de su cuidado y sus necesidades como alimentación y compañía, principalmente en las noches dado que éste no descansa, situación que ha sido muy difícil de manejar porque todos trabajan y deben cumplir responsabilidades durante el día.

   Sostiene que no cuentan con ingresos suficientes para pagar una auxiliar de enfermería o una persona con conocimientos en salud para que les ayude con el cuidado de su padre, que si bien éste recibe un bono del estado por formar parte del programa Colombia Mayor, esa suma de dinero es un valor mínimo y no es suficiente para sufragar todas las necesidades que demanda la atención de su padre.

De otra parte, indica que como hijos siempre han cuidado de su padre, pero en estos momentos, requieren la ayuda de una persona que pueda estar pendiente de él, porque las obligaciones laborales les impiden seguir al cuidado que demanda su estado actual de salud.

Relata que presentó petición formal a Convida E.P.S.'S exponiendo la situación de su padre, con el fin de recibir la ayuda de una enfermera o un auxiliar, frente a lo cual, le contestaron: *"Respecto a su solicitud y/o inconformidad, el área de SIAU informa que es importante resaltar lo establecido en la Sentencia T-096 de 2016 "La corte constitucional aclaró en relación con el servicio de cuidador, que: "(...) está expresamente excluido del P.O.S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. De acuerdo a lo anterior, el servicio de enfermería domiciliaria no es de carácter asistencial, sino que se presta de acuerdo a las necesidades médicas del paciente según el criterio del médico tratante".*

Manifiesta que ante la respuesta recibida, es claro que su padre, como persona de la tercera edad, está recibiendo de la familia la asistencia, protección y atención que requiere, y tal como lo señala la jurisprudencia, la necesidad de un auxiliar de enfermería o de cuidador es justamente por cuestiones de salud y, porque fue indicado así por el médico tratante quien en la historia clínica anotó: *"Paciente con antecedentes anotados quien requiere acompañamiento permanente por ser adulto mayor de un enfermero profesional para 24 horas del día por alto riesgo de accidentes o caídas"*, por tanto, señala que la petición se basa en el diagnostico general de sus enfermedades que hacen necesario la compañía y ayuda de un profesional de la salud para atenderlo.

Asimismo, refiere que el 2 de febrero del presente año, en cita médica con ocasión de su incontinencia urinaria, el médico tratante indicó en la historia clínica, el manejo y uso de pañales y pañitos con el fin de ayudar a su higiene personal y brindarle una mejor calidad de vida y, teniendo en cuenta el costo de esos suministros, los cuales no pueden asumir, verbalmente los solicitaron en Convida E.P.S.'S en la ciudad de Bogotá, y les fueron negados dado que los mismos no están incluidos en el POS.

3. Con todo, solicita se tutelen los derechos fundamentales de su padre José David Olmos Hernández y se ordene a Convida E.P.S.'S le brinde una enfermera (o), auxiliar de la salud o cuidador, tal como lo indica la solicitud del médico tratante; y, el suministro de pañales y pañitos con el fin de mejorar su calidad de vida.

4. Admitida la presente acción, se ordenó notificar a Convida E.P.S.'S y vincular al Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Salud, con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos materia de la presente acción, entidades que una vez notificadas, contestaron en los siguientes términos:

- El Departamento de Cundinamarca-Secretaría de Salud indicó que el usuario José David Olmos Hernández, se encuentra en la base de ADRES-BDUA afiliado activo al régimen subsidiado de la E.P.S. Convida del municipio de Quetamé. Refiere que se trata de un paciente con diagnóstico Enfermedad General, por lo que el suministro de exámenes, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, medicamentos, medico etc., relacionados con la patología base que le aqueja, está a cargo de la E.P.S.'S Convida, que es la institución que debe garantizar el tratamiento prescrito por los médicos tratantes, teniendo en cuenta la resolución 2292 de fecha 23 de diciembre de 2021 y sus anexos. De otra parte, indica que los servicios especializados de salud requeridos por el paciente, están incluidos en el plan de beneficios del POS, en lo que se refiere a la atención domiciliaria (enfermera cuidadora) indica que la Resolución 2292 de 2021 define la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, y, el artículo 25 define la atención domiciliaria, la cual está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. En lo que refiere a los pañales, hace parte de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con recursos de UPC, y, los pañitos, se incluyen en el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según lo prevé la Resolución 244 de 2019.

  Por lo anterior, solicita no se le impute responsabilidad y se le desvincule de la presente acción jurídica, toda vez que es Convida E.P.S.'S a la que le corresponde la atención integral con cargo a la UPC y No UPC.

- Convida E.P.S.'S, señaló que garantiza la prestación de los servicios médicos, de medicamentos y hospitalización PBS al usuario José David Olmos Hernández de acuerdo a la Resoluciones 2292 del 23 de diciembre de 2021 y 1885 de 2018. En cuanto a la pretensión de enfermera, auxiliar de salud o cuidador, según el concepto del auditor de tutelas, indicó que todos los adultos mayores tienen riesgo de caídas y ello per se no implica que requiera de un profesional calificado en salud, es decir, un enfermero profesional (jefe de enfermería) para vigilar que el paciente no presente riesgo de caídas, para esta función no se requiere tener habilidades profesionales en enfermería, ni siquiera como técnicos en enfermería. No obstante, la situación que describe el accionante con respecto a que su padre no duerme en las noches, esa sintomatología debe ser descrita y manejada por el médico especialista.

Relata que la descripción de la historia clínica no permite cuantificar el grado de dependencia del paciente, haciendo ver que son los familiares cercanos quienes están llamados a cumplir con las actividades diarias de la vida basadas en el principio de solidaridad y reciprocidad. En tofo caso, señaló que a pesar de que no existe una clasificación dentro de la escala de Barthel para cuantificar el grado de dependencia del paciente, realizarán una visita al usuario con el fin de determinar las condiciones actuales en su domicilio en aras de establecer el plan de manejo a seguir el cual será suministrado por Convida E.P.S.'S de acuerdo a las indicaciones del especialista.

En cuanto a los pañales y pañitos, sostiene que realizó el direccionamiento del MIPRES de pañales, gestionando la entrega a través del prestador Solinsa Disfarma, el que realizará la entrega en el municipio de residencia del usuario y, respecto a los pañitos, estos deben ser tramitados en la plataforma MIPRES pues la herramienta para su formulación, y la misma se echa de menos, por lo que no se puede direccionar su entrega.

Con todo, advierte que Convida E.P.S.'S no ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante y ha cumplido con las obligaciones que le competen de manera directa, por lo que solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto para condenar.

Por último, señala que la encargada del cumplimiento de los fallos de tutela es la subgerente técnico, doctora Molchizu Arango Giraldo conforme lo contemplado en la resolución 1160 de 2016, cargo que asumió la citada a partir del 18 de mayo de 2020.

5. En virtud de lo expuesto por Convida E.P.S.'S. por autorización verbal de la suscrita a la Secretaria de este despacho, ésta se comunicó con el accionante para que informara sobre las acciones realizadas por la E.P.S. quien manifestó que si bien no se encontraba en su casa, tenía conocimiento que le estaban realizando una visita domiciliaria a su padre y, respecto de los pañales y pañitos indicó que o tenía conocimiento, por lo que informó el teléfono de su hermano Miguel para que nos comunicáramos con él. Éste a su vez, manifestó que habían tenido la visita domiciliaria por parte de una doctora de la I.P.S Goleman, y que nunca les han autorizado pañales y pañitos, pero que pasaría por Convida a averiguar.

CONSIDERACIONES

Es preciso resaltar que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que le permite a todas las personas, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y a falta de otro medio legal, consideran que les han sido

vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, pero sólo en los casos expresamente previstos por el legislador.

Uno de los requisitos esenciales del mecanismo excepcional de la tutela es la subsidiaridad, y por consiguiente únicamente procede acudir a este amparo si el particular presuntamente afectado con la amenaza o la vulneración de algún derecho fundamental, no dispone de otro medio de defensa constitucional o legal; excepto que se solicite como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. En este sentido, debe el actor acreditar en primer momento cuales acciones u omisiones del accionado constituyen violación de derechos fundamentales, al igual que debe presentarse claro y palmario el daño o amenaza irremediable que se pretende evitar.

En el caso sub judice el señor Guillermo Olmos León interpone acción de tutela en representación de su padre José David Olmos Hernández en procura de la protección de los derechos fundamentales de éste, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, al negarse a autorizar el servicio de enfermera o cuidador, conforme lo indicó el médico tratante en la historia clínica, asimismo, porque no ha autorizado los pañales y pañitos húmedos formulados por el galeno.

Frente al particular, la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca solicitó se le desvincule de la presente acción dado que los servicios requeridos por el usuario están a cargo de Convida E.P.S.'S de conformidad con lo establecido en la Resolución 2292 de fecha 23 de diciembre de 2021 y sus anexos, además que es a esa entidad a la que le corresponde la atención integral con cargo a la UPC y No UPC.

Por su parte, Convida E.P.S.'S indicó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante debido a que no existe una clasificación en la escala de Barthel que permita determinar el grado de dependencia del paciente, por lo que procederá a realizar una visita con el fin de determinar la necesidad de una enfermera o cuidador, en lo que refiere a los pañales, indicó que procedió a gestionar su entrega a través del prestador del lugar de residencia, y frente a los pañitos, indica que debe diligenciarse el MIPRES para su formulación.

Anotadas las particularidades del caso, antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, el despacho se pronunciará sobre cuatro cuestiones que tienen que ver con la procedencia formal del amparo constitucional.

Legitimación por activa. El señor Guillermo Olmos León indica de manera clara que actúa en representación de su padre José David Olmos Hernández, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a salud en conexidad don la dignidad humana, vida, igualdad, asistencia de las personas de la tercera edad, seguridad social y atención de la salud, los cuales considera han sido vulnerados por parte de Convida E.P.S.'S y, respecto de los cuales, el agenciado no puede ejercer de manera autónoma su defensa, debido a su avanzada edad y padecimientos de salud, por lo que es claro para el despacho que del escrito introductorio y de la lectura del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el señor

Guillermo Olmos León está facultado para dar inicio a la presente acción constitucional en representación de su padre.

Legitimación por pasiva. La parte pasiva de la acción está conformada en debida forma. En efecto, la E.P.S.'S Convida y el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Salud son las entidades encargadas de la prestación de los servicios a los usuarios, la E.P.S., dado que es en ésta donde se encuentra afiliado en el régimen subsidiado y; la Secretaría de Salud del Departamento por cuanto es garante de algunos servicios no asumidos por la E.P.S.

Inmediatez. La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo oportuno[1], a partir del momento en que ocurre la situación que presuntamente vulnera o amenaza el derecho fundamental. Ello porque la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales. En todo caso, corresponde al juez constitucional determinar en cada situación si fue oportuna la presentación de la acción[2]. Al respecto, el accionante cumplió debidamente con este requisito ya que el servicio de enfermería solicitado fue indicado por el médico tratante en consulta de 29 de septiembre de 2021, y los pañales y pañitos húmedos fueron formulados el 2 de febrero de 2022, es decir, ha transcurrido cuatro y meses y, escasos 20 días, respectivamente desde que fueron indicados y ordenados los servicios e insumos sin que Convida E.P.S.'S los haya autorizado.

Subsidiariedad. Este presupuesto implica que se hayan agotado todos los mecanismos establecidos legalmente para resolver el conflicto, salvo: i) cuando la acción de amparo se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y ii) cuando se demuestre que la vía ordinaria no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales.

En el caso objeto de estudio se evidencia que, si bien el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial pues la Superintendencia de Salud tiene competencia para resolver sobre la vulneración de los derechos aquí relacionados, este mecanismo presenta falencias graves que afectan su idoneidad y eficacia, ya que cuando se evidencia el desconocimiento de derechos fundamentales de una persona que requiere de una mediación inmediata de la autoridad judicial, aquel mecanismo carece de idoneidad y eficacia por carecer dicha institución de infraestructura para dar cabal cumplimiento a los términos legales y, por tanto, la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa para obtener la protección de sus garantías fundamentales. Además, en el presente asunto se pretende la protección de los derechos fundamentales de una persona que requiere el servicio de un profesional o cuidador que le ayude con su cuidado diario dado que no puede valerse por sus propios medios debido a su avanzada edad y quebrantos de salud, además de la autorización insumos de pañales y pañitos húmedos, los cuales son necesarios y útiles para garantizarle una buena higiene y calidad de vida; servicios y elementos que resultan indispensables para ofrecerle una vida en condiciones dignas.

---

1 Sentencias T-834 de 2005, T-887 de 2009 y T-427 de 2019, entre otras.
2 La sentencia SU-961 de 1999 estimó que *"la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto"*. En ese mismo sentido se pronunció la sentencia SU-108 de 2018.

Dicho lo anterior, encuentra el despacho procedente, por lo menos formalmente, el estudio de la acción de tutela.

Sea lo primero indicar que en el presente asunto nos encontramos frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor José David Olmos Hernández quien tiene 92 años y presenta diagnóstico de **Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica, no especificada; Episodio Depresivo, no especificado; Hipertensión Esencial Primaria; Hipercolesterolemia pura e Hipotiroidismo no especificado**, tal como se advierte de la Historia Clínica de la E.S.E. Hospital San Rafael de Cáqueza de fecha 29 de septiembre de 2021; así como también **Incontinencia Urinaria No Especificada** como se lee de la historia clínica de la misma institución prestadora de salud con fecha 23 de febrero de 2022 (folios 7 a 9vto.), padecimientos por los cuales adquiere la calidad de sujeto de especial protección constitucional, condiciones que lo hacen más vulnerable respecto de los demás, además, de su avanzada edad, pues éste cuenta con 92 años de edad; quien por demás, por expresa disposición de la Corte Constitucional tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta; y más aún porque se trata de un adulto mayor entre los mayores, que son sujetos de especialísima protección constitucional y por lo tanto su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativo o económica, pues estos presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida (Sentencia T-015/2021).

Frente al particular, es pertinente acotar que la Ley 100 de 1993 señala que la seguridad social en Colombia se rige por el principio de atención integral; por esto, las personas que se encuentran afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir servicios asistenciales adecuados, que además incluyen la prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que quiere decir que es obligación de las Empresas Promotoras de Salud proporcionar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.

De otra parte, en lo que se refiere al tratamiento integral que deben recibir los pacientes, la Corte ha estudiado el tema respecto de dos hipótesis, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas (T-531/09); sin embargo, es la segunda de la hipótesis la que ha tenido mayor trascendencia como quiera que es una obligación del Estado y de las entidades prestadoras de los servicios de salud garantizar y autorizar de forma eficiente la totalidad de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su enfermedad, y que sean considerados como necesarios por el médico tratante, es por ello que la acción de tutela se convierte en el medio con el cual cuentan los sujetos para garantizar la atención en conjunto de las prestaciones requeridas que se relacionan con las afecciones en su salud.

Descendiendo al caso objeto de estudio es posible constatar con la fotocopia de las historias clínicas allegadas a los autos, de la E.S.E. Hospital San Rafael de Cáqueza de fechas 29 de septiembre de 2021 y 2 de febrero de 2022, que el señor José David Olmos Hernández padece Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica, no especificada; Episodio Depresivo, no especificado; Hipertensión Esencial Primaria; Hipercolesterolemia pura, Hipotiroidismo no especificado e Incontinencia Urinaria No Especificada; razón por la cual, le fue descrito en uno de sus acápites, como recomendación "requiere acompañamiento permanente por ser adulto mayor de un enfermero profesional para 24 horas del día por alto riesgo de accidentes o caídas" y, se le formuló como plan de manejo pañales tipo calzón talla L para cada 8 horas, total para 2 meses, 180 total y pañitos húmedos en cantidad de 400 unidades para cambio 3 veces al día por 2 meses (folios 7 vto., 10 y 10 vto.).

Visto lo anterior, y atendiendo lo dicho por Convida E.P.S.'S al descorrer traslado de la presente acción, en la cual manifestó que debido a que no existe una clasificación en la escala de Barthel que permita determinar el grado de dependencia del paciente, procedería a realizarle una visita con el fin de determinar la necesidad de una enfermera o cuidador, dependiendo las condiciones del usuario y; en lo que refiere a los pañales, indicó que procedió a gestionar su entrega a través del prestador del lugar de residencia, y frente a los pañitos, indica que debe diligenciarse el MIPRES para su formulación. No obstante, a la fecha de emisión de este fallo, no informó sobre el criterio y necesidad de autorizar el servicio de un cuidador o enfermera, como tampoco allegó constancia de la autorización de servicios de los pañales y su respectiva entrega al usuario.

Es así que el despacho, analizará los 3 pedimentos del accionante en los siguientes términos:

En lo atinente al "acompañamiento permanente por ser adulto mayor de un enfermero profesional para 24 horas del día por alto riesgo de accidentes o caídas", conforme lo requirió el médico tratante de la E.S.E. Hospital San Rafael de Cáqueza el 29 de septiembre de 2021. Es pertinente traer a colación que la Resolución 2292 de 23 de diciembre de 2021 en su artículo 25 define la Atención Domiciliaria como una modalidad extramural como alternativa a la atención hospitalaria institucional financiada con recursos de la UPC, en los casos que sea considerada pertinente por el profesional tratante, bajo las normas vigentes. Esta financiación está dada sólo para el ámbito de la salud.

A su turno, reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia T-015 de 2021, indicó que la atención domiciliaria se encuentra contemplada en la actualización del Plan de Beneficios de Salud como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC) y, además entre otros conceptos sostuvo que, *"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.*

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 tratante*[5] *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.*

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.*

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.*

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 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

---

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"*.

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.

De conformidad con las anteriores reglas jurisprudenciales, se advierte que evidentemente se cumplen los requisitos exigidos por el Alto Tribunal Constitucional para considerar la necesidad del servicio de un cuidador para el paciente, por cuanto, en primer lugar, así lo requirió el médico tratante, *"se requiere acompañamiento permanente por ser adulto mayor de un enfermero profesional para 24 horas del día por alto riesgo de accidentes o caídas"*; y, si bien es cierto el galeno indicó que se requería de un enfermero profesional, lo cierto es que su justificación está dada para evitar el alto riesgo de caídas y accidentes debido a su avanzada edad; lo que a la postre significa que no se requiere mayores conocimientos en el área de la salud para realizar el acompañamiento que requiere, aunado al hecho que no se advierte de las documentales allegadas a los autos que el paciente se encuentre sometido a algún tratamiento médico que requiera de la atención permanente de un profesional en el área, se trata básicamente, según refiere el accionante, de un trastorno del sueño (pobre de sueño) que impide que pueda dormir durante la noche a pesar de tomar los medicamentos indicados para ello, por lo que necesita de una persona que vele por su integridad y esté pendiente de sus actividades y cuidados básicos, siendo la figura adecuada, la de un cuidador y no un profesional en el área de la salud, conforme a las definiciones ya descritas. Ahora bien, no puede pasar por alto la suscrita que, el servicio requerido por el señor José David Olmos Hernández, debe ser asumido principalmente por sus familiares en atención al principio de solidaridad, el cual les corresponde en primer nivel, no obstante, se indicó en el escrito de tutela, que los hijos y demás familiares tienen responsabilidades y obligaciones laborales que les impide atender las necesidades y cuidados de su padre de la manera que éste lo demanda, pues deben trabajar durante el día para también sufragar los gastos propios y poder subsistir así como también algunos de los de su padre; quien recibe un bono del programa de Colombia Mayor, pero dicha suma de dinero no es suficiente para costear todos sus gastos y manutención, y menos para pagar una persona que facilite esa ayuda; afirmaciones que en todo caso, no fueron objeto de reproche por parte de Convida a la que le correspondía la carga de la prueba en demostrar la capacidad económica de la familia del usuario ante la afirmación de la falta de recursos económicos.

Corolario de lo anterior, y con base en los presupuestos fijados por la Corte Constitucional, no cabe duda que le corresponde a la E.P.S.'S Convida la autorización y suministro de un cuidador 24 horas para que asista en el cuidado y atenciones básicas y para evitar el alto riesgo de caídas del adulto mayor José David Olmos Hernández, servicio que deberá prestar las 24 horas del día y, por

---

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.

el tiempo que subsistan las condiciones por las cuales es un imperativo conceder el servicio requerido, recuérdese, como se indicó en líneas atrás, que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y por tanto, tiene derecho a una protección reforzada en salud por ser un adulto mayor entre los mayores a quien le asiste una especialísima protección constitucional que no puede ser limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

En lo que se refiere a la petición de insumos de **Pañales Desechables** y pañitos húmedos, los cuales son requeridos por el padecimiento de incontinencia urinaria y fueron ordenados por el médico tratante, respecto de los cuales, Convida E.P.S.'S indicó que los pañales habían sido autorizados y direccionados al prestador Solinsa Disfarma el que realizaría la entrega en el municipio de Quetame, se advierte que, no obra en el plenario documental alguna que permita acreditar que efectivamente, Convida E.P.S.'S generó la autorización de servicios para la efectiva entrega de los pañales al usuario, por tanto, como quiera que se trata de un elemento incluido en el PBS, formulado por el médico tratante, quien generó el formato MIPRES, además, por tratarse de un paciente adulto mayor entre los mayores, se ordenará, la entrega de los mismos en las condiciones, cantidad y periodicidad formulada por el médico tratante; en virtud de la fundamentalidad del derecho a la salud, el cual la Corte Constitucional ha permitido sea amparado mediante la acción de tutela cuando se trate de *"(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente medico; y (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no pueden acceder por incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios."* Concluyendo, en un lenguaje parafraseado el Altó Tribunal que, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, no suministran tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual puede ser protegido por la acción de tutela. Pues este no solo se limita a la prestación de servicios médicos, sino que cobija otras áreas pues si bien, los pañales, los pañitos húmedos, las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías, no curan las causas de la enfermedad, su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar Dermatitis Asociada a la Incontinencia, lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma que generan un fuerte dolor, lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que en casos extremos pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, e infecciones urinarias.

Es así que debido a la importancia que tienen dichos insumos para el mantenimiento de la salud de los pacientes la Corte Constitucional en Sentencia SU 508 de 2020, fijó las reglas para poder otorgar cada uno de los insumos, que por demás, son los requeridos por el señor José David Olmos Hernández, quedando estipulado en ese proveído que: respecto de los **pañitos húmedos** el citado proveído indicó que su suministro se encuentra excluido del PBS, para toda enfermedad o condición asociada al servicio, de conformidad con el numeral 57 del anexo de la Resolución 244 de 2019; sin embargo, advierte que se puede otorgar de manera excepcional cuando se cumplan los siguientes requisitos: *"i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los*

derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas(...); ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; (iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro".

Conforme con lo anterior se encuentran plenamente satisfechas las exigencias, pues respecto del primer requisito, es clara la urgencia de que le sean suministrados los pañitos húmedos al paciente para que pueda preservar su salud y vida en condiciones dignas, ya que padece de incontinencia urinaria que le afecta en sus acciones más básicas como quedó anotado en las historias clínicas, haciendo necesario el uso de pañitos húmedos para realizar el aseo y limpieza posterior al cambio de pañal. Respecto del segundo requisito, se encuentra claro el hecho de que la función desempeñada por los pañitos húmedos no puede ser desarrollada por ningún otro insumo que sí se encuentre dentro del PBS, lo que hace que sea apremiante su entrega a los usuarios; el tercer requisito también se encuentra plenamente cumplido ya que el agenciado no tienen los recursos suficientes para costear por sus propios medios la compra de este insumo, pues no solo pertenece al régimen subsidiado en salud sino que además de ello, por su avanzada edad no pueden trabajar, pues cuenta con 92 años, lo que indica que su vida laboral ya terminó, y sus hijos y familiares no cuentan con los recursos económicos para asumir dicho gasto, situación que no desvirtuó la pasiva y respecto de la cual no hizo referencia si quiera de manera sumaria. En lo que concierne al último requisito, es fácil constatar con las documentales arrimadas al trámite, que el médico tratante formuló los pañitos húmedos, pues visible a folio 10vto, reposa la orden médica en cantidad de 400 unidades para cambio 3 veces al día por 2 meses.

Lo anterior, hace concluir, que se encuentran acreditados todos y cada uno de los requisitos contemplados en la jurisprudencia para que el usuario José David Olmos Hernández pueda acceder a los pañitos húmedos ordenados por el médico tratante; por consiguiente, el despacho ordenará a Convida E.P.S.'S autorice y entregue a éste 400 unidades de pañitos húmedos, conforme fueron ordenados por su médico tratante, sin que se le exija ningún tipo de trámite administrativo o burocrático injustificado que entorpezca el adecuado servicio médico que debe brindarle al usuario así como la autorización de los insumos requeridos y su efectiva entrega.

Por último, se desvinculará de la presente acción al Departamento de Cundinamarca-Secretaría de Salud, al que el juzgado ordenó vincular de manera oficiosa, por cuanto los servicios ordenados a través de esta acción constitucional, corresponde asumirlos a Convida E.P.S.'S., conforme quedó anotado en la motivación antes expuesta.

Visto lo anterior, quedan estudiados todos y cada uno de los puntos objeto de la tutela.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Quetame, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, vida, igualdad, asistencia de las personas de la tercera edad, seguridad social y atención en salud invocados por **Guillermo Olmos León** con ocasión de la acción de tutela promovida por este en calidad de agente oficioso de su padre **JOSÉ DAVID OLMOS HERNÁNDEZ** contra **CONVIDA E.P.S.'S**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **E.P.S.'S CONVIDA** a través del Subgerente Técnico, encargada de cumplir los fallos de tutela, señora Molchizu Arango Giraldo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.199.653 de Bogotá, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda de manera inmediata a **AUTORIZAR Y GARANTIZAR EL EFECTIVO SUMINSITRO DE** (i) **SERVICIO DE UN CUIDADOR** para que asista en el cuidado, atenciones básicas y para evitar el alto riesgo de caídas del adulto mayor **José David Olmos Hernández**, servicio que deberá prestar las 24 horas del día y, por el tiempo que subsistan las condiciones por las cuales es un imperativo conceder la asistencia requerida (ii) **180 PAÑALES DESECHABLES TIPO CALZÓN** para cada 8 horas durante dos meses, conforme fue ordenado por el médico tratante; y, (iii) **400 unidades de pañitos húmedos**, conforme fue formulado por el médico tratante; lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción al Departamento de Cundinamarca-Secretaría de Salud, conforme con lo dicho en la parte motiva.

CUARTO: REQUERIR a **CONVIDA E.P.S.'S** para que, vencido el término otorgado, informe al despacho sobre el acatamiento de la orden de tutela.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más eficaz.

SEXTO: DISPONER la remisión del proceso a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la presente providencia, en caso de no ser impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

BEATRIZ ELENA IBÁÑEZ VILLA
JUEZ