



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE DEL CAUCA**

Sentencia n.º 40

Palmira, Valle del Cauca, marzo diecisiete (17) de dos mil veintidós (2022).

PROCESO:	Acción de tutela
ACCIONANTE:	Luis Antonio Ramírez Serna – C.C. Núm. 16.242.949
ACCIONADO(S):	E.P.S. Comfenalco
RADICADO:	76-520-40-03-002-2022-00115 -00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por el señor LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, identificado con cédula de ciudadanía número 16.242.949, actuando con mediación de agente oficiosa y esta a su vez con mediación de apoderada, contra la E.P.S. COMFENALCO, por la presunta vulneración a su derecho constitucional fundamental a la salud, vida, seguridad social y dignidad humana.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Refiere la apoderada judicial del accionante, LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, nació el 28 de febrero de 1948, que a la fecha tiene 74 años de edad, quien actualmente padece una enfermedad paliativa, razón por la cual estando hospitalizado en medicina interna de la Clínica de Alta Complejidad Santa Bárbara S.A.S., fue solicitado una cuidadora domiciliaria al momento de trasladarse a su domicilio. En respuesta a lo deprecado, sostiene que su representado ha sido atendido en forma parcial en virtud del contrato suministrado por UNIÓN TEMPORAL GESENCRO, en su lugar de residencia. Aseveró que su representado solicita ante la EPS COMFENALCO, una cuidadora domiciliaria en forma permanente, ya que su esposa, la señora MARÍA ARACELY SÁNCHEZ DE RAMÍREZ, no está en condiciones para asistirlo por su avanzada edad y su estado de salud deplorable, además a su representado se le omitió el servicio de los profesionales que quedaron de asistir, pues solo recibió la asistencia esporádica de algunos, mismos que argumentaron que su cónyuge podría cuidarlo, siendo que como se dijo, la misma no puede, situaciones que han repercutido en forma negativa en la salud y cuidado del actor.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita que se ordene a la E.P.S. COMFENALCO, autorice y suministre *“CUIDADORA DOMICILIARIA DE CARÁCTER PERMANENTE Y FORMAL”*.

3. Trámite impartido.

El despacho mediante proveído n.º 551 del 7 de marzo de 2022, procedió a su admisión, ordenando la vinculación de las entidades: SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; CLÍNICA DE ALTA

COMPLEJIDAD SANTABÁRBARA SAS; IPS GEENCRO; CLÍNICA DESA SAS; MEDICINA Y TERAPIAS DOMICILIARIAS SAS; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD -ADRES.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con la demanda las siguientes:

- Cedula de ciudadanía LUIS ANTONIO RAMÍREZ SERNA
- Cédula de ciudadanía MARÍA ARACELY SÁNCHEZ DE RAMÍREZ
- Sentencia Juzgado Promiscuo de Familia
- Historia Clínica – estado salud MARÍA ARACELY SÁNCHEZ DE RAMÍREZ
- Derecho Petición
- Respuesta Derecho Petición
- Respuesta EPS indica paciente cumple requisitos para la atención
- Historia Clínica LUIS ANTONIO RAMÍREZ SERNA
- Control médico bimestral MARÍA ARACELY SÁNCHEZ DE RAMÍREZ
- Informe Discapacidad relevante – cambio de jurisprudencia
- T001-21CorteConstitucional
- Cédula de ciudadanía apoderada DIANA EUGENIA MANJARRES GUZMAN.
- T.P.No. 125166 C.S.J.
- Poder.

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

El abogado de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, advierte una falta de legitimación por pasiva en lo correspondiente a su representada, pues alude que es función de la EPS, la prestación del servicio en salud a sus afiliados en forma integral y oportuna, así mismo, indicó que no está investida para inspeccionar, vigilar y controlar a efecto de sancionar a la EPS en cuestión. Agregó que la entidad prestadora de salud, puede conformar libremente su red de prestadores, situación que no es excusa para el retraso de un servicio que ponga en riesgo tanto la vida y la salud de sus pacientes. De otro lado, en lo que respecta a la facultad de recobro, trae a colación la resolución n.º 94 del 2020, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, concluyendo que la ADRES garantiza el adecuado flujo de recursos de salud, en especial aquellos servicios no financiados por la UPC, y que interpretado bajo el presupuesto del artículo 240, Ley 1955 de 2019, el cual denominó un mecanismo de financiación "PRESUPUESTO MÁXIMO", mismo que fue reglamentado en la resolución n.º 205 del 2020 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, fijando una nueva metodología en donde los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios en forma periódica, así como de los recursos de unidad de pago por capacitación (UPC), lo que quiere decir que ADRES ya giró a la EPS accionada el respectivo presupuesto máximo, para la finalidad de suministrar aquellos servicios "NO INCLUIDOS". Adicionalmente, informó que según lo dispuesto en el párrafo 6º del artículo 5.4 de la Resolución n.º 205 de 2020, previó que, en razón al cumplimiento de las órdenes judiciales, los costos de los servicios de salud deben cargarse al presupuesto máximo, lo cual no sería viable ordenar un recobro.

La Secretaría de Salud Municipal, sucintamente endilga la responsabilidad a la EPS COMFENALCO, pues es esta quien debe garantizar en forma integral y oportuna los servicios y tecnología en salud, conforme lo prescribe el médico tratante, estén o no financiados por la UPC; agrega además que, ellos no son una autoridad prestadora del servicio en salud, siendo su función la de garantizar la salud de la población mediante la rectoría, el direccionamiento de las políticas de salud, el control, la

coordinación y la vigilancia del sector salud y del sistema de seguridad social en el municipio. En virtud de ello, solicitó su desvinculación.

El Jefe de Oficina Jurídica de la Secretaría de Salud Departamental, indicó que de acuerdo con lo establecido en la Ley 715 de 2001 adicionada a partir del 1º de enero de 2020 en la Ley 1955 de 2019 "PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022", la vinculación de su representada es accesoria y no vinculante, en razón a que la presente acción está dirigida en contra de COMFENALCO EPS, por la deficiencia en la prestación del servicio en salud. Agregó que la función de las entidades promotoras de salud hoy entidades administradoras de plan de beneficios (EAPB), se encuentra prevista en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993; aunado a ello, indicó que conforme a la resolución n.º 2292 del 23 de diciembre del 2021, el Ministerio de Salud y Protección Social, estableció que los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, deben ser garantizados por las EPS y demás entidades obligadas a compensar EPC, a los afiliados al SGSSS en todo el territorio nacional. En lo concerniente al accionante, advirtió que éste se encuentra afiliado a la EPS COMFENALCO dentro del régimen subsidiado, por lo que es ésta quien debe garantizar en forma integral y oportuna, los servicios y tecnologías en salud, según prescripción médica, estén o no financiados por la UPC, a través de su IPS pública o privada, con la cual tenga un contrato de prestación de servicios en salud o deba suscribir uno para ello. En relación al servicio de cuidado especial (atención domiciliaria y paliativa), alude que debe ser solicitado únicamente por el médico tratante. En razón a lo esgrimido, instó para la desvinculación de su representada, al no mediar de parte ellos violación alguna frente a los derechos a tutelar del accionante, siendo exclusivo de la EAPB, EPS COMFENALCO.

La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de Salud y Protección Social, precisó que el ente que representa no es el responsable de la prestación de servicios de salud; alude además, que conforme a los normativos dispuestos sobre el tema, es la EPS -régimen subsidiado o contributivo- quien cuenta con aquellos recursos que financian todos los servicios autorizados en el país por autoridad competente siempre y cuando no estén excluidos de la financiación del SGSSS; pues las tecnologías y servicios en salud autorizadas están disponibles para su prescripción o uso según sea el caso, excluyéndose las tecnologías en salud que cumplan con los criterios establecidos en el artículo 15, Ley 1751 de 2015. En razón al servicio de enfermería o atención domiciliaria (cuidador), prevé que para la pertinencia de suministrar un servicio en el domicilio o en una institución hospitalaria, debe ser prescrita por un médico tratante; así mismo se hace imperioso que el accionante aclare si requiere de la atención domiciliaria o un acompañamiento en el domicilio, previendo ejemplos para el primer caso tal como cuando se requiere limpieza de heridas o aplicación de medicamentos intravenosos, ante lo cual es necesario la presencia del personal de salud, caso que debe ser mediada a través de orden médica, explicando la importancia y el tiempo requerido para ello, como si se tratara de una hospitalización.

Para el segundo caso, esto es acompañamiento en el domicilio, alude que se encuentra excluida de la cobertura, ya que ello se busca más por razones sociales que médicas, como por ejemplo en aquellos casos que el cuidador es de edad avanzada, o que el cuidador necesite salir a trabajar para generar ingresos; situaciones que según la jurisprudencia constitucional es un deber de cuidado y acompañamiento en cabeza principalmente de la familia. Concluye que, es deber de este despacho verificar lo siguiente "si en el presente caso (1) se trata de una atención domiciliaria en salud, en cuyo caso se debe ordenar su provisión a la EPS con cargo a los recursos de la UPC; (2) si lo que se requiere es una adecuación del domicilio para hacer viable una atención domiciliaria ordenada por el médico tratante, en cuyo caso también es responsabilidad financiera de la EPS; o si (3) se trata de un caso en el que la solicitud de atención domiciliaria corresponde a una necesidad social que ha sido valorada por la familia. En este último caso no resulta procedente ordenar su suministro con cargo a los recursos del SGSSS."; agrega que hay varios municipios y departamentos que pueden proveer una solución a la situación del accionante, ya que tienen programas especiales para proveer asistencia social a las personas de la tercera

edad o quienes tenga discapacidad, u otras situaciones de vulnerabilidad. Solicita además ser exonerado de toda responsabilidad y dado el caso que ésta acción de tutela prospere, insta para que se conmine a la EPS a una adecuada prestación del servicio de salud, siempre que no se trate de un servicio excluido expresamente por ellos, y en el evento en que este Despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitan que se vinculado ADRES.

El Representante Legal de la IPS GENSECRO, asiente en su contestación que el accionante se encuentra afiliado a la EPS COMFENALCO, dentro del régimen contributivo como cotizante; de igual manera, afirmó que estuvo en urgencias de la Clínica Santa Bárbara, con el siguiente diagnóstico *"neumonía por SARSCOV2 (PCR positiva del 12/06/2021), Por sobreinfección pulmonar culminó tratamiento con macrólido y el día de hoy completa 7 días de ampicilina sulbactam, por evolución clínica satisfactoria se decide suspender cubrimiento antibiótico. Tuvo requerimiento de oxígeno por CN a bajo flujo y ha logrado tolerar progresivamente el destete. Completó 24 horas sin soporte de oxígeno, no ha tenido episodios de desaturación y ha tolerado bien el mismo, se suspende por lo tanto orden de oxígeno domiciliario. -Estamos a la espera de autorización de HOMECARE crónico (Dependencia funcional grave Barthel 35pts). -Tiene antecedente de TCE año 2009, con epilepsia secund."* Agregó que conforme al diagnóstico que antecede, le fue ordenado "homecare", el cual fue autorizado por la misma EPS, posterior a ello se le dio de alta con orden de atención domiciliaria de medicina general, fisioterapia, terapia ocupacional, nutrición y dietética, foniatría y fonoaudiología. En lo atinente a la solicitud de una cuidadora o de visitas domiciliarias, advierte que no es de resorte de ellos sino de la EPS; no obstante, precisó que se le ha brindado la atención requerida tanto en urgencias como en la Clínica Alta Complejidad Santa Barbara, como de manera ambulatoria en su entidad, finalizando solicitando su desvinculación en razón a que por parte de su representada no se le ha vulnerado ningún derecho.

El apoderado Judicial Comfenalco de la Gente en su Programa de EPS, afirma que el prestador de atención domiciliaria indicó que el paciente fue valorado en febrero del 2022, estableciéndose que el mismo se encuentra estable, sin requerir el servicio de hospitalización ni ha presentado descompensación de sus patologías de base, al igual que se vislumbra orden de terapias físicas de mantenimiento y de fonoaudiología, más no existe prescripción médica para servicio de enfermería o cuidador, en el entendido que el paciente no tiene dispositivos médicos o procedimientos invasivos, tampoco ventilación mecánica, o algún dispositivo que requiera manipulación por parte de personal técnico o profesional, siendo así no considera viable el servicio deprecado en el libelo tutelar, pues los requerimientos del paciente corresponden a actividades básicas del cotidiano vivir, tal como acalamiento, cambios de posición, baño, acompañamiento, actividades que son de resorte de su núcleo familiar. Agregó que en la historia clínica se evidenció soporte de terapias brindadas tales como fonoaudiología, física, al igual que valoración por trabajo social realizada en agosto de 2021, en la cual se describe la dinámica familiar y las condiciones socioeconómicas, *"donde se evidencia que cuenta con cuidadores primarios y que realizan el pago a una persona para que ayude en el cuidado del paciente, por lo que no se requiere de un cuidador externo o el servicio de enfermería"*; también se le prestaron los servicios de atención domiciliaria.

En lo atinente al cuidador, referenció que según la normatividad el cuidador corresponde al ámbito social y no de salud, siendo así no es atinente a la atención domiciliaria contenida en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, artículo 26, Resolución 2481 del 2020; frente al caso alude que la valoración socioeconómica no solo se endilgó en que el paciente tenga casa propia o no, pues se evidenció además que éste cuenta con familia extensa, a saber una hija que vive en el exterior, convive en el mismo predio con uno de los hijos y su esposa, éstos residen en el primer piso y el paciente en el segundo piso. Con todo lo esgrimido, esboza que la EPS ha brindado las autorizaciones de los servicios ordenados por el médico tratante, sin vislumbrarse alguna negación de servicios o que se haya vulnerado algún derecho, solicitando con ello que se declare que no existe negligencia y subsidiariamente que se indique taxativamente que la EPS COMFENALCO debe autorizar y suministrar el servicio de cuidador conforme orden médica en los términos descritos por éste (tiempo y condiciones); con el fin de no afectar el equilibrio fiscal del SGSSS.

El representante legal de asuntos jurídicos de la IPS MEDICINA Y TERAPIAS DOMICILIARIAS (MTD) S.A.S., en lo atinente al servicio de cuidador indicó que el paciente fue valorado por especialidad en trabajo social en agosto del 2021, emitiendo concepto en el que no sugiere el servicio de cuidador domiciliario externo por la EPS, siendo este avalado por médico tratante del cual tampoco existe orden en tal sentido; adicional a ello, agregó que el paciente tiene remisión de nueva valoración en trabajo social para el 16 de marzo del 2022. Finalizó instando la improcedencia de esta acción constitucional y la desvinculación de su representada.

III.Consideraciones

a. Procedencia de la acción

Como condición previa es necesario examinar si se dan en el caso bajo estudio los presupuestos procesales para dictar el fallo.

Competencia

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los Decretos 2591 de 1991 y 333 de 2021, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

Legitimación de las partes:

En el presente caso, LUIS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, presentó la acción de amparo por medio de agente oficiosa y esta a su vez con mediación de apoderada, a fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, razón por la cual se estima legitimada para actuar en el presente proceso (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

De otro lado, acción está dirigida en contra de la E.P.S. COMFENALCO, por lo que, al tratarse de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social, a la que presuntamente se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en su contra.

Inmediatez

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta "en todo momento y lugar". No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que *"La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros"*.

Este Despacho considera que el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho en el caso objeto de estudio, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un tiempo razonable y prudente.

Subsidiariedad:

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, que *"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. En

desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*, agregando además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso. Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental. Para casos como el analizado, el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece un procedimiento especial ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin embargo, se observa que, en el presente caso dicho procedimiento no resulta efectivo, en la medida que, el estado de salud de la paciente quien ostenta la condición de sujeto de protección especial, ello en tanto adulto mayor, amén de que la falta de oportunidad en la prestación del servicio, puede llegar a afectar incluso su vida, por lo que, en aras de garantizar la protección efectiva al derecho fundamental a la salud, la acción de tutela, es el mecanismo más idóneo.

b. Problema jurídico.

Corresponde a esta instancia determinar si: ¿La E.P.S. COMFENALCO, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el señor LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, al no autorizar y suministrar *"CUIDADORA DOMICILIARIA DE CARÁCTER PERMANENTE Y FORMAL"*?

c. Tesis del despacho

Considera éste Juzgado que en el presente asunto, respecto del requerimiento realizado por la agenciante con mediación de apoderada, no cuenta con orden médica, ni se justifica su prestación. No obstante, en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud-, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud en su faceta diagnóstica, a fin de que sea un profesional en medicina el que dictamine la pertinencia de tal requerimiento.

d. Fundamentos jurisprudenciales

Derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional¹.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado. En principio, *"(...) se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos². Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución (...)"^{3,4}*

Mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"(...) en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias*

¹ Sentencia T-499 de 2014.

² T-082 de 2015.

³ Sentencia T-016 de 2007.

⁴ Sentencia T-081 de 2016.

*para proteger una vida digna (...)*⁶ Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁶, en su artículo 2º reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad. La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Derecho al diagnóstico⁷

El derecho al diagnóstico⁸, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere⁹. El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: "(i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente"¹⁰.

El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción¹¹. *"La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente. En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de fórmula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente"*¹².

El servicio de auxiliar de enfermería y los cuidadores¹³

El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador.¹⁴ En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

En cuanto al servicio de auxiliar de *enfermería*, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;¹⁵ (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,¹⁶ como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución

⁵ Sentencia T-920 de 2013.

⁶ "Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones."

⁷ Sentencia SU508/20 Magistrados ponentes: ALBERTO ROJAS RÍOS y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

⁸ El derecho al diagnóstico, además de ser reconocido por la jurisprudencia como elemento integrante del derecho a la salud, también encuentra un reconocimiento normativo en los literales a), c) y d) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

⁹ C. Const., sentencias de tutela T-100 de 2016, T-036 de 2017 y T-196 de 2018.

¹⁰ Ver, entre otras, C. Const., sentencia de tutela T-1041 de 2006.

¹¹ C. Const., sentencia de tutela T-196 de 2018.

¹² Sentencia SU508/20 Magistrados ponentes: ALBERTO ROJAS RÍOS y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

¹³ Sentencia T-260/20

¹⁴ Ejemplo de ello son, entre otras, las Sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. José Fernando Reyes Cuartas; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explicó las características de los cuidadores y el servicio de enfermería.

¹⁵ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁶ Por el cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Resolución vigente para la época de los hechos que actualmente fue modificada por la Resolución 3512 de 2019.

a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

Con relación a los *cuidadores*, se destaca tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas.¹⁷ (ii) Esta figura es definida¹⁸ como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, la EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale.¹⁹

En efecto, y la Corte ha determinado que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.²⁰ Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,²¹ pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019. Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: *(i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.*²²

e. Caso concreto:

Adentrándose en materia, muestran las probanzas acopiadas al presente trámite, que en el asunto puesto en consideración concurren en su integridad los presupuestos trazados por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela. En el presente caso, el señor LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, se encuentra afiliado a la E.P.S. COMFENALCO, de quien su agenciante a través de apoderada afirma, requiere un "CUIDADOR DOMICILIARIA DE CARÁCTER PERMANENTE Y FORMAL".

¹⁷ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ 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".

¹⁹ Esta postura se encuentra ampliamente explicada en la Sentencia T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁰ Al respecto, se encuentra, entre otras, las Sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²¹ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

²² Este tema también ha sido desarrollado, entre otras, en las sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, SPV Carlos Bernal Pulido, AV Diana Fajardo Rivera; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

En atención al acervo probatorio allegado, se desprende que de la evolución urgencias dada por el médico general el 12 de junio del 2021, se determinó que el paciente se encuentra estable, sin signos de insuficiencia ventilatoria (Fl. 39-03AccionTutela); 2. Respuesta del 6 de agosto de 2021, dada por la EPS COMFENALCO en el cual dispone una visita por médico general para el 20 de agosto y trabajo social el 8 de agosto de 2021 (Fl. 41- 03AccionTutela). Igualmente se evidencia, una valoración por primera vez por trabajo social *"PACIENTE QUE NO REQUIERE DE BENEFICIO EXTERNO PARA CUIDADOR EN CASA."* (Fl. 36Anexos). Del certificado de dependencia funcional expedido el 22 de febrero del 2022 por la galena LAURA CAMILA HURTADO CEPEDA, determinó que al paciente le fue aplicado el índice de Barthel en el que dio como resultado "25", lo que quiere decir que éste presenta una dependencia severa, implicando con ello que el mismo necesite ayuda de un tercero para la realización de las siguientes actividades *"ALIMENTACIÓN, MICCIÓN, CONTROL VESICAL, VESTIRSE / DESVESTIRSE, ASEO PERSONAL, TRASLADO SILLA - CAMA DEPOSICIONES - CONTROL ANAL, ACTIVIDADES EN BAÑO, SUBIR O BAJAR ESCALONES, MANEJO DE INODORO O RETRETE, DEAMBULACIÓN - TRASLADO - ACOMPAÑAMIENTO."* (fl. 28.Anexo). de la Historia Clínica de 10 de marzo de 2022, se avizora una última consulta del 22 de febrero del 2022, con el siguiente análisis *"ADULTO MAYOR DE 74 AÑOS CON DIAGNÓSTICOS:-SD CONVULSIVO POST TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO HACE 10 AÑOS -DEMENCIAPOST TRAUMA -HIPOTIROIDISMO - HIPERPLASIA PROSTÁTICA BENIGNO. PACIENTE CON ANTECEDENTES DESCRITOS, CONOCIDO EN EL PROGRAMA DE HOMECARE, SIN MEDIOS INVASIVOS, SE ENCUENTRA ESTABLE, NO PRESENTA SIGNOS DE SIRS, SIN CAMBIOS EN LA DIURESIS Y DEPOSICIONES, SIN ALZASTERMICAS, AHORA CON MEJORÍA DE CUADRO SIN SÍNTOMAS AGUDOS, CONTINUA CON TERAPIA FONOAUDIOLÓGÍA Y FÍSICA. EN EL MOMENTO SIN CAMBIOS A NIVEL NEUROLÓGICO, SE CONTINUACIÓN PLAN ESTABLECIDO."* (fl. 30.Anexo)

Por lo esgrimido, este Despacho debe reconocer, en principio, que el accionante es un sujeto de especial protección con relación a las personas pertenecientes a la tercera edad, donde el artículo 13 de la Constitución Política ha señalado que, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural de su organismo y consecuente con ello, al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez. Con base en estas circunstancias se observa que la entidad accionada ha impuesto indirectamente un obstáculo para que acceda la actora a los servicios médicos idóneos para tratar su patología, lo cual impide que una persona que afronta una enfermedad, pueda acceder a una mejoría en su calidad de vida, en atención con los debidos cuidados de prevención, atención y recuperación de su dolencia. Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional ha reseñado: *"(...) La jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada, que dichas entidades únicamente pueden sustraerse de la aludida obligación cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando". La atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud' (...)"*.

Por lo anterior, es notorio la falta de pronunciamiento por parte del galeno tratante respecto de lo solicitado, aunado a ello, tampoco existe una justificación científica de la cual se infiera que se requiera tal pedimento con necesidad y no en consideraciones administrativas o financieras de la EPS o las subjetivas de la representante de la paciente que reclama la atención. Así las cosas, y ante la ausencia de una prescripción médica, es imperioso determinar del acervo probatorio si la ayuda del cuidador, puede o no, ser asumida por su núcleo familiar, a lo que es pertinente advertir que según la valoración de trabajo social se determinó que el paciente cuenta con dos cuidadores primarios *"LA SEÑORA DANNY RAMÍREZ (SOBRINA DE LA ESPOSA DEL PACIENTE), Y LA SEÑORA MARÍA ARACELY SÁNCHEZ (ESPOSA)."*, adicional a ello, en el ámbito económico se desprende que tanto el paciente como su esposa, son pensionados *"PACIENTE DE 73 AÑOS DE EDAD- PENSIONADO (GRACIAS A SU TRABAJO COMO ADMINISTRATIVO EN LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN). PERTENECE A UNA TIPOLOGÍA DE FAMILIA EXTENSA, CONFORMADA POR LA ESPOSA, LOS 4 HIJOS (UNO QUE FALLECIÓ HACE 21 AÑOS), Y LOS NIETOS, LOS CUALES FUERON DESCRITOS EN EL SIGUIENTE ORDEN: - LA SEÑORA MARÍA ARACELY SÁNCHEZ (ESPOSA), DE 69 AÑOS DE EDAD. QUIEN REFIERE QUE ES PENSIONADA (GRACIAS A SU TRABAJO COMO ADMINISTRATIVA EN LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN)"* SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL (fl. 36.Anexos); situaciones de las cuales se infiere que, en el eventual caso, si las dos

personas relacionadas como cuidadoras primarias no están en su capacidad física en asumir el rol en virtud de su edad o de alguna enfermedad, de los ingresos propios del paciente así como el de su esposa podrían contratar la prestación de dicho servicio, pues en la presente acción constitucional no se demostró la imposibilidad material para recibir capacitación adecuada o la carencia de recursos para asumir el costo de contratar la prestación. En consecuencia, al no acreditarse dos de los tres requisitos para demostrarse la imposibilidad material de asumir la responsabilidad solidaria como curador, no es posible ordenar a la EPS que supla tal servicio

En este orden de ideas, si bien, no se demostró la existencia de una orden médica o verificación científica de la necesidad actual del servicio de cuidador y tampoco se acreditó el cumplimiento de los tres requisitos necesarios para poder acceder, excepcionalmente, a la posibilidad de que el juez de tutela ordene a la EPS asumir dicho servicio frente a la imposibilidad material de los parientes del paciente. Lo cierto es que, a juicio de esta judicatura y en atención de lo dispuesto por La Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU508 de 2020, se considera que de momento, en el *sub lite*, no se cuenta con una verificación de actualidad y relevancia médica, lo que a todas luces, descarta que sea el juez constitucional, quien ordene tratamientos y/o prestaciones cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente. A pesar de esto, y en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud-, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud en su faceta diagnóstica, a fin de que sean los profesionales en medicina adscritos a la EPS accionada, quienes determinen su pertinencia.

Conforme con lo anterior, se ordenará a la EPS COMFENALCO, para que el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice, agende y practique cita de valoración con un galeno adscrito a dicha entidad y/o a quien se designe o contrate para ello, quien deberá determinar la pertinencia de la autorización y suministro del requerimiento "*CUIDADORA DOMICILIARIA DE CARÁCTER PERMANENTE Y FORMAL*", servicio que sólo podrá ser negado si se evidencia que para las circunstancias actuales de salud del paciente, dichos pedimentos resultan abiertamente innecesarios para mejorar o mantener su condición de salud.

Finalmente, al no haberse observado vulneración alguna de derechos por parte de las entidades, SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL; IPS COEMSSANAR; IPS GESENCRO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES, se las desvinculará del presente trámite constitucional.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA -VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud en su faceta diagnóstica del señor LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, identificado con cédula de ciudadanía número 16.242.949, en la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO, a través de su representante legal y/o quien designen para el efecto, que en el término perentorio de CUARENTA

Y OCHO (48) HORAS, siguientes a la notificación de la presente decisión, autorice, agende y practique al señor LUÍS ANTONIO RAMÍREZ SERNA, identificado con cédula de ciudadanía número 16.242.949, cita de valoración con un médico adscrito a dicha entidad y/o a quien se designe o contrate para ello, quien deberá determinar la pertinencia de la autorización del requerimiento: "CUIDADORA DOMICILIARIA DE CARÁCTER PERMANENTE Y FORMAL", servicio que solo podrá ser negado si se evidencia que para las circunstancias actuales de salud del paciente, dicho pedimento resulta abiertamente innecesario para mejorar o mantener su condición de salud.

TERCERO: DESVINCÚLESE a las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTABÁRBARA SAS; IPS GESENCRO; CLÍNICA DESA SAS; MEDICINA Y TERAPIAS DOMICILIARIAS SAS; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD - ADRES.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

QUINTO: Este fallo de tutela podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato como lo estipula el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser impugnado, se enviará de manera inmediata al Juez Civil del Circuito –Reparto- de esta ciudad. De no ser impugnada la decisión, **REMÍTANSE** estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZA**

Firmado Por:

**Erika Yomar Medina Mera
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación:

**abb078f7b423fa0eb3b2a5316dca5f545a5012d674c95a6779eb8db1c35e
4d77**

Documento generado en 17/03/2022 02:54:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**