



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

Sentencia n.º 0129

Palmira, Valle del Cauca, agosto veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	Hosmel Barona Cabal – C.C. Núm. 17.083.989
Accionado(s):	E.P.S. Suramericana S.A.
Radicado:	76-520-40-03-002-2023-00315-00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por el señor HOSMEL BARONA CABAL, identificado con cédula de ciudadanía número 17.083.989, quien actúa con mediación de agente oficiosa, en contra E.P.S. SURA, por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, vida y dignidad humana.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Informa la agenciante que su esposo, HOSMEL BARONA CABAL, se encuentra afiliado a E.P.S. SURA, 80 años de edad, con patologías: *"ATROFIA CEREBRAL GENERALIZADA; NEURODEGENERACIÓN; LUMBAGO; HIPERPLASIA DE PRÓSTATA; HIPERTENSIÓN ARTERIAL; ALZHEIMER; DEMENCIA; DELIRIUM; ARTRITIS, ARTROSIS; ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA; DIABETES, SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR; SÍNDROME DE CAIDAS RECURRENTES"*, donde considera la necesidad de que se le brinde *"CUIDADOR PERMANENTE Y PAÑALES DESECHABLES"*, en razón a las condiciones de salud que su esposo presenta. Además de que ella está próxima a cumplir 79 años y padece igualmente de diversas enfermedades lo que le imposibilita ayudarlo. Tampoco cuentan con personas disponibles para realizar los cuidados que requiere ya que sus hijos viven en el exterior y tienen sus propias familias. Asegura su esposo es pensionado permitiendo cubrir los gastos necesarios para su supervivencia.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ordene a E.P.S. SURA, autorice los servicios de: *"CUIDADOR PERMANENTE Y PAÑALES DESECHABLES"*.

3. Trámite impartido.

El despacho mediante proveído 1913 de 15 de agosto de 2023, admitió a trámite el amparo constitucional, ordenando la vinculación de las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTABÁRBARA; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; IPS GESENCRO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD - ADRES, y finalmente se dispuso la notificación del ente accionado y vinculados, para que previo traslado del escrito de tutela se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa en el término de tres (3) días, comunicándose por el medio más expedito.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con la demanda las siguientes:

- Historia Clínica

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

La Representante Legal de la Clínica de Alta Complejidad Santabárbara S.A.S.,

informa: *"La EPS, es la que se encarga de autorizar y brindar el servicio de HOMECARE o cuidador y lo mismo con los pañales, porque nosotros CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTA BÁRBARA carecemos de legitimidad por pasiva para cumplir su pretensión. Finalmente, es necesario indicar que CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTA BÁRBARA S.A.S ha realizado de manera oportuna todas las acciones necesarias y requeridas para la atención del señor HOSMEL BARONA CABAL como siempre ha sido política de la institución de los principios morales y derechos fundamentales de todos los pacientes"*

El abogado de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad

Social en Salud ADRES, De entrada da a conocer el marco normativo y jurisprudencia del caso en concreto, para establecer que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, para luego centrar su estudio en las funciones de las EPS, los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías de la salud, Resalta que, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha Entidad, recordando que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS. Para finalizar diciendo debe negarse el amparo solicitado en lo que respecta a su representada, como también implora negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el asunto demuestran que, los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

La secretaria Municipal de Salud de Palmira (V), asevera que, el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social, en la EPS SURA. Por lo tanto, le corresponde a dicha E.P.S., autorizar y gestionar la prestación de los servicios de salud con su red de IPS contratada dentro de los parámetros de la Ley. En virtud de ello, solicita su desvinculación de este trámite, ya que corresponde a las aseguradoras y prestadores, cumplir con los requerimientos del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad.

El Representante Legal de la IPS Gesencro, afirma: *"De acuerdo con la última historia clínica, el accionante fue atendido en casa para una terapia respiratoria. 2. La enfermedad actual del paciente es "paciente con diagnóstico de sepsis de origen mixto infección de vías urinarias alta complicada + nac en sec para continuar tratamiento antibiótico meropenem por 7 días y terapia respiratoria desmone de 02 con adecuada tolerancia". 3. Los antecedentes patológicos del paciente son, (i) hipertensión arterial, (ii) trastorno psiquiátrico. 4. Según el médico que atendió al paciente el estado general del accionante es: "paciente en cama en compañía de su esposa y enfermera particular, alerta, consciente y colaborador, sin signos de dificultad respiratoria (...)" 5. Asimismo, dentro de las notas y análisis del médico especialista, reporta: "paciente en novena década de la vida con múltiples comorbilidades, con dependencia para sus actividades básicas de la vida diaria e instrumentales con restricción para sus roles por deficiencia en el neurocognitivo (...)" 6. Conforme a lo anterior, la IPS resalta que no hay novedades en la historia clínica del paciente, así como se permite informar al Despacho que desconoce la solicitud de "prestación del servicio de cuidado" del accionante en contra de la EPS Sura. III. PETICIÓN De lo anterior señor juez y con fundamento a los hechos relacionados, solicito que la entidad IPS GESENCRO, sea desvinculada de la acción"*

La Representante Legal para Asuntos Judiciales de Christus Sinergia – Clínica Palma

Real, asegura, que la Entidad Administradora de Plan de Beneficios (EAPB) es EPS SURA, a quien le corresponde autorizar y gestionar la prestación de los servicios de salud con su red de IPS contratada dentro de los parámetros de la Ley. Solicita se

desvincule a su representada del presente amparo por no se generador de vulneración de derechos fundamentales en el presente asunto.

La Jefe Asesora Jurídica de la Secretaria Departamental de Salud el Valle del Cauca, afirma que el señor HOSMEL BARONA CABAL, se encuentra activo ante la EPS SURA, quien deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo. Respecto del caso concreto: *"RESPECTO A LOS SERVICIOS HOMECARE Indicamos que el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 6408 de 2016, modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que contiene entre otros, los servicios especiales de cuidado y las atenciones preferentes y diferenciales agrupadas por ciclos vitales, encontrando lo siguiente: "(...) Artículo 26. Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta cobertura está dada solo para el ámbito de la salud. Parágrafo. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme a la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes.(...) En relación con los servicios de atención domiciliaria y atención paliativa, se tiene que estos son prestados por personal del ámbito de la salud y su prescripción es competencia única y exclusiva del profesional de la salud tratante; por lo tanto, no debe ser sujeto de interpretación por parte de las Entidades Promotoras de Salud, las familias, los despachos judiciales, o el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o quien haga sus veces. De lo anterior se deduce que, a pesar de los servicios domiciliarios ser parte del Plan de Beneficios de salud, solo pueden ser prestados SI solo SI han sido prescritos por parte del médico tratante, toda vez que son competencia única y exclusiva del profesional de la salud. INSUMOS: ENSURE, PAÑALES DESECHABLES, PAÑOS HUMENOS, ALMIPRO, ETC. Revisada la Resolución 2808 del 30 DE DICIEMBRE DE 2022, del Ministerio de Salud, "por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud", que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación UPC, los PAÑALES DESECHABLES, LAS CREMAS ANTIPAÑALITIS Y LOS SUPLEMENTOS NUTRICIONALES, no se encuentran descritos en el, es decir no están financiados con recursos de la UPC, por lo tanto se trata de tecnología NO POS (hoy NO P.B.S). Los PAÑITOS HUMEDOS, HACEN PARTE DEL LISTADO DE LAS EXCLUSIONES, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 02273 del 22 de Diciembre de 2021, del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas la financiación con recursos públicos asignados a la salud, en el anexo técnico ítem 57. Que Indica que se encuentran expresamente excluidos las TOALLAS HIGIENICAS, PAÑITOS HUMEDOS, PAPEL HIGIENICO E INSUMOS DE ASEO. Es importante señalar que la Corte Constitucional, indicó que la prestación de servicios en salud se concreta en la Ley 1751 que contempla un modelo de exclusión expresa cumpliendo lo señalado en la Sentencia C-313 de 2014. Esto significa que el legislador optó por la siguiente regla: todo servicio y tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el PBS. Además, la Corte reiteró que el derecho al diagnóstico, 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 requiere. Estos derechos al acceso a los servicios de salud denominados excluidos del Plan de beneficios en salud se encuentran compilados en la Sentencia SU-508 de 2020 que indicó: "que es posible conceder de forma excepcional el suministro de servicios de salud que han sido excluidos cuando sea claro que se requieren necesariamente, lo cual se establece de acuerdo con los siguientes cuatro presupuestos. Primero, que la ausencia del servicio excluido debe amenazar o vulnerar de forma clara los derechos a la vida, a la salud o a la integridad física o psicológica de la persona. Segundo, que no exista otro servicio de salud que garantice la salud de la persona con un nivel de efectividad igual o superior al que alcanzaría el servicio excluido. Tercero, que la persona carezca de los recursos suficientes para sufragar el costo del servicio de salud excluido que requeriría. Y cuarto, que la solicitud del servicio de salud excluido expresamente del Sistema de Salud, tenga sustento en la evidencia científica y médica aplicada al caso específico (esto es, que haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad Prestadora de Salud a la que se solicita el suministro o, en su defecto, al Sistema). Con base a lo anteriormente expuesto, solicito al señor Juez, que en su decisión DESVINCULE a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, ANTE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD IMPUTABLE A NUESTRO CARGO, al no existir de parte del ENTE TERRITORIAL violación alguna frente a los derechos a tutelar a favor de la accionante, siendo de cargo exclusivo de la "EAPB" SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S la prestación de los servicios de salud incluidos o excluidos del Plan de Beneficios en Salud y de la SUPERSALUD, las funciones de Inspección, Vigilancia y Control a las EAPB tanto dentro del Régimen Contributivo como en el Subsidiado".*

La apoderada de la E.P.S. Sura, expone que **"2. Señor juez, se trata de usuario de 80 años con antecedente de demencia tipo ALZHEIMER en seguimiento por el cuidado domiciliario Salud en Casa, con ultimo seguimiento el 19 de agosto 2023 (adjunta) donde se documenta evento de manejo temporal por infección de vías urinarias complicada y neumonía adquirida en la comunidad, se encontraba recibiendo pauta antibiótica y manejo por terapia física, respiratoria y fonoaudiológica, sin embargo, el día 17 de agosto por alertamiento fue direccionado al servicio de urgencias por cuadro clínico de deposiciones melánicas además de caída de hemoglobina en 4 puntos evidenciado en reporte de hemograma con sospecha de hemorragia de vías digestivas. 3. Ante seguimiento por el prestador domiciliario, el usuario reporta estar hospitalizado en Clínica Santa Barbara de la ciudad de Palmira. 4. Se solicitó el día de hoy (22 de agosto) copia de historia clínica actualizada a esta IPS (adjunta) la cual nos documenta antecedente de diabetes, hipertensión arterial y hemorragia gastrointestinal a estudio con múltiples antecedentes relevantes; requiere endoscopia de vías digestivas alta con programación hoy 22 de agosto dependiendo de resultado se determinara continuar manejo intrahospitalario dado al riesgo de deterioro clínico/muerte o manejo en casa. 5. De momento, continua en manejo medico hospitalario por medicina interna, con respecto a la pretensión, es importante aclarar que el usuario no cuenta con orden medica por ningún médico tratante para el servicio de CUIDADOR, además de que este corresponde a una exclusión del plan de beneficios de salud bajo la Resolución 2273 de 2021. 6. Por último, se aclara que la figura de Cuidador permanente no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud sino por parientes o familiares. 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 dando soportes físico y económico".**

El Director Técnico de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, resalta que, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus

funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. Además, que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones. Seguidamente hace un recuento de la actuación surtida y la normatividad que se aplica al caso, para afirmar que existe falta de legitimación en la causa por lo que implora exonerar al Ministerio, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que como se explicó todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación, sin embargo, en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitamos se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

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, el señor HOSMEL BARONA CABAL, presentó la acción de amparo con mediación de agente oficiosa, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, razón por la cual se estima legitimado 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. SURA, 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, se trata del estado de salud de una persona y 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. SURA, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el señor HOSMEL BARONA CABAL, al no autorizar los servicios de: *"CUIDADOR PERMANENTE Y PAÑALES DESECHABLES"*?

c. Tesis del despacho

Considera este Juzgado que, en el presente asunto el requerimiento del accionante *"SERVICIO CUIDADOR PERMANENTE"*, no cuenta con orden médica. 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 que sea un profesional en medicina el que dictamine la pertinencia de dicha solicitud.

Ahora en lo referente al suministro de *"PAÑALES DESECHABLES"*, es evidente según la historia clínica del paciente, aportada por la EPS SURA que padece de *"INCONTINENCIA FECAL"*, siendo en éste caso que la entrega de dichos insumos, implica la protección de unas condiciones de vida tolerables que le permitan a la persona existir con dignidad y por ende la EPS deberá suministrarlos en la forma y términos ordenadas por su galeno tratante.

d. Fundamentos jurisprudenciales

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

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 administrativos. 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 (...)"*.

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 para proteger una vida digna (...)"* 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 diagnóstico

El derecho al diagnóstico, 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 requiere. 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"*.

El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción. *"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"*.

El servicio de auxiliar de enfermería y los cuidadores¹

El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador.² En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de

¹ Sentencia T-260/20

² 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.

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;³ (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,⁴ como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

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.⁵ (ii) Esta figura es definida⁶ 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.⁷

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.⁸ 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 2019,⁹ 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.¹⁰

³ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ 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.

⁵ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶ 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”.

⁷ Esta postura se encuentra ampliamente explicada en la Sentencia T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸ 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.

⁹ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹⁰ 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.

e. Caso concreto:

En el asunto bajo examen, se tiene que el señor HOSMEL BARONA CABAL, de 80 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS SURA, y presenta un diagnóstico de: *N390-INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO; J189-NEUMONÍA, NO ESPECIFICADA; N40X-HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA; F001-DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DE COMIENZO TARDÍO (G30.1+); R15X-INCONTINENCIA FECAL; E119 DIABETES MELLITUS NOINSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN; I10X HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA); K922 HEMORRAGIA GASTROINTESTINAL, NOESPECIFICADA*, según se evidencia de su historia clínica.

Delanteramente, se 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" (...)*.

Ahora, frente a la solicitud: *SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE*, no cuenta con prescripción médica. 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 del 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 través de una nueva valoración médica del usuario y un trabajo social del núcleo familiar. En consecuencia, al no acreditarse los requisitos para demostrarse la imposibilidad material de asumir la responsabilidad solidaria como cuidador, 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 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.

En atención a la súplica de *"PAÑALES DESECHABLES"*, se constató que el actor padece de *INCONTINENCIA FECAL*, lo que de suyo, implica la protección de unas condiciones de vida tolerables que le permitan a la persona existir con dignidad, por lo tanto, toda situación que haga indigna la existencia y dificulte su calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal y como ocurre cuando una persona no puede controlar sus esfínteres y necesita de dichos elementos para hacer más llevadero su diario vivir y así no someterse a situaciones de insalubridad que podrían afectar su salud. Entonces, si bien el tutelante no ostenta una orden médica para tales insumos, lo cierto es que existen circunstancias excepcionales que ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del Juez Constitucional con miras a impartir un mandado en el sentido que corresponda. Dentro de esa gama de posibilidades se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas efectos y tratamientos que configuran hechos notorios¹¹, tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida de control de sus esfínteres, cuya solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional. Así las cosas, la llamada a suministrar tales elementos al adulto mayor accionante es la EPS SURA, con base en el principio universal de la dignidad humana. En ese sentido, dispuso¹² lo siguiente: *"(...) los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia (...)".*

Finalmente, al no haberse observado vulneración alguna de derechos por parte de las entidades, SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTABÁRBARA; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; 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* y a la dignidad humana del señor el señor HOSMEL BARONA CABAL, identificado con cédula de ciudadanía número 17.083.989, en la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. SURA, 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 HOSMEL BARONA CABAL, identificado con cédula de ciudadanía número 17.083.989, 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: *"CUIDADOR PERMANENTE"*, servicio que solo podrá ser negado si se evidencia que para las circunstancias actuales de salud del paciente y del trabajo socio-económico realizado por la EPS SURA, a su núcleo familiar, dicho pedimento resulta abiertamente innecesario para mejorar o mantener su condición de salud.

¹¹ T-790 de 2012.

¹² T-056 de 2015 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-096 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

TERCERO: ORDENAR a la E.P.S. SURA, 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, suministre al señor HOSMEL BARONA CABAL, identificado con cédula de ciudadanía número 17.083.989, los insumos "PAÑALES DESECHABLES". En la forma y términos ordenados por su médico tratante.

CUARTO: DESVINCÚLESE a las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; CLÍNICA DE ALTA COMPLEJIDAD SANTABÁRBARA; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; IPS GESENCRO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD - ADRES,

QUINTO: 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.

SEXTO: 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: **d3cf28a001042f7595d71d0d4d5f99b763082f6ff85c3f78e8aef795e3d6f1e3**

Documento generado en 28/08/2023 02:25:47 PM

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