

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

RAD. 680014105003-2024-00060-00

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA promovida **JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ y ANA JOSEFA PORTILLA** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

HECHOS Y PRETENSIONES.

JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ y ANA JOSEFA PORTILLA promovieron acción de tutela a través de agente oficioso contra ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S., en procura que, se tutelén sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y a la protección especial de las personas de la tercera edad; solicitó se ordene a la accionada el servicio de cuidador y/o enfermería por 24 horas y junta médica para valoración integral de las condiciones de salud como sujeto de especial protección constitucional.

Con tal fin señaló que es adulto mayor con 92 años de edad, que presenta un deficiente estado de salud, razón por la cual pertenece al programa de nefrología y adicionalmente presenta patologías de *“Desnutrición proteicocalorica moderada y alzhéimer, afecciones asociadas a sus riñones, hígado y sistema digestivo”*.

Relató que vive bajo el cuidado permanente de la señora ANA JOSEFA PORTILLA quien tiene 80 años de edad, no cuenta con la energía, fuerza, ni destreza para atender las necesidades básicas y que requiere de asistencia para comer, ir al baño y asearse, informando que es un paciente con dependencia total, que no distingue el día o la noche por lo que necesita cuidador permanente y/o servicio de enfermería 24 horas para garantizar la seguridad física, mental y emocional de ambos adultos mayores; quienes además no reciben pensión, no cuentan con ingresos propios ni persona alguna que asuma los cuidados necesarios para garantizar su seguridad e integridad, pues sus hijos residen en otros lugares.

Adiciona que, en el año 2020, se interpuso acción de tutela conocida por el Juzgado 7 Civil Municipal de Bucaramanga bajo el radicado 2020-00211, autoridad que concedió tratamiento integral por el diagnóstico *desnutrición proteico calórica moderada*, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bucaramanga.

2. REPLICA

2.1. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S.

Al recorrer el traslado dijo que el accionante *“JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ, se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S., en calidad de beneficiario, régimen contributivo, con IBC \$ 8.431.766”*.

Manifestó que, no existe orden médica para el servicio de enfermería ni cuidador; conceptos que describió para indicar sus diferencias y que el de cuidador no se encuentra cubierto por el Plan de Beneficios en Salud (PBS) de acuerdo con la Resolución 2366 de 2023, aunado a que, los llamados a responder por las necesidades del paciente son el grupo familiar primario, y no la EPS SANITAS S.A.S. como pretende el accionante.

Adicionalmente; refiere que, el accionante se encuentra en el PROGRAMA DE ATENCIÓN DOMICILIARIA en virtud del cual le brindan las atenciones médicas requeridas y que el 09 de febrero del año en curso, el médico de dicho programa determinó el siguiente plan de manejo:

“Plan

- 1. Continúa en PAD nuevo control en 1 mes con resultados*
- 2. se solicita hemograma uroanálisis*
- 3. Se solicita hierro 300 mg 1 cada día ácido fólico 1 mg cada día por 3 mes*
- 4. Se envía ordenes al correo: chiquera.portilla@gmail.com*

RECOMENDACIONES DE INTERVENCIONES: Paciente que requiere de asistencia en las actividades básicas de la vida cotidiana, tales como asistencia en alimentación, acompañamiento, ayuda para movilización y vigilancia, dichas atenciones pueden y deben ser desarrolladas por los familiares, todo esto contemplado bajo el principio de solidaridad familiar.

Se da educación al familiar acerca de ABC en la atención domiciliaria- prácticas de autocuidado, se explica durante la atención y adicionalmente se envía cartilla al correo electrónico suministrado. Se resuelven todas las dudas presentadas. Se adjunta a la presente respuesta la evolución Clínica del programa PAD, con fecha 09 de febrero de 2024”

Enfatizó en que el usuario no cuenta con criterio para servicio de enfermería o cuidador y reiteró que impera el criterio y la autonomía médica en el ejercicio de su profesión para determinar la terapéutica o requerimientos que tenga el usuario según el estadio clínico actual; así mismo los cuidados ABC del usuario, requieren de acompañamiento familiar y, no involucran entrenamiento especializado, por lo que es su deber asumirlos y no trasladarlos a la EPS.

Adujo que una orden como la pretendida implica una indebida destinación de recursos públicos, porque EPS SANITAS SAS no tiene la obligación legal ni constitucional de reconocer o suministrar servicios médicos que no han sido prescritos por parte de los profesionales de la salud; sin que le esté dado autorizar servicios no soportados en una prescripción médica, máxime cuando se trata de un servicio a cargo de los familiares del paciente.

Solicitó declarar improcedente la acción de amparo y eventualmente de concederse lo pedido, autorizar el recobro correspondiente ante el ADRES.

CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer del presente asunto, tal como lo señala el art. 1 del Decreto 1382 de 2000 y el art. 37 del Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, constituye un procedimiento preferente de naturaleza residual y subsidiario cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando se ven amenazados por las autoridades o particulares ya sea con sus actuaciones u omisiones, sin que se esté dispuesta para suplir el ordenamiento jurídico, puede ser invocado cuando no se cuente con otro mecanismo para el ejercicio de su defensa o cuando el medio judicial alternativo es claramente ineficaz para la defensa de los mismos, siendo en éste caso, un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable¹.

¹ Sentencia T-046 de 2019

Inicialmente debe indicarse que en lo que respecta a la legitimación en la causa, la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales o de manera excepcional por otra persona que actúe en su nombre, bien sea como apoderado judicial del afectado, o de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591, en ejercicio de la agencia oficiosa.

De acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional, la formas de acreditar la legitimación en la causa por activa en los procesos de amparo, son las siguientes: (i) la del ejercicio directo de la acción, (ii) la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) la de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo), y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso.

Sobre el principio de inmediatez, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de señalar que este constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela que permite cumplir con el propósito de la protección inmediata y por tanto efectiva de los derechos fundamentales, cuando estos resulten afectados por la acción u omisión de autoridades públicas o de los particulares en los eventos establecidos en la ley, precisando que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, pues solo arroja tal resultado la tardanza que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable.

Así mismo, debe señalarse que el requisito de la inmediatez, exige que el ejercicio de la acción de tutela debe ser oportuno, es decir, dentro de un término y plazo razonable, pues la acción de tutela, por su naturaleza propia, busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, de lo que deviene lógico que la petición debe ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales. (Sentencia T-327 de 2015).

Sentado lo anterior, previo a iniciar el estudio que corresponde, señala el despacho que aquí se encuentran satisfechos los requisitos de legitimación en la causa tanto por pasiva como por activa, el de inmediatez y el de subsidiaridad, tal y como pasa a verse.

En lo que a la legitimación en la causa por activa se refiere, debe indicarse que JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ, está legitimado plenamente para incoar la presente acción constitucional, pues a través de agente oficioso alude bajo gravedad de juramento que se entiende prestado con la presentación de la presente acción, que la entidad accionada está vulnerando sus derechos fundamentales a *"la vida digna y la salud"*; en el mismo sentido se acredita la legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la accionada ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S., a quien se le imputa la conculcación de los derechos fundamental deprecados, de ahí que la convocada acepta la afiliación del señor JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ en calidad de beneficiario y ser la entidad encargada de su aseguramiento, lo cual se confirma con el certificado expedido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, de este modo, resulta claro que la accionada está legitimada para actuar por pasiva.

En lo relacionado al requisito de la inmediatez, el Despacho estima que también se encuentra acreditado, pues, conforme a las documentales obrantes en el escrito de tutela, así como las traídas por la accionadas al descorrer traslado de la acción constitucional, se evidencia historia clínica de fecha 09 de febrero de 2024 en atención realizada al señor HIGUERA SANCHEZ, emitida por IPS CENTRO MEDICO BOLARQUI EPS SANITAS-BUCARAMANGA de la cual se extraen las patologías descritas en el escrito de tutela, por lo que se tiene que entre esta fecha y el momento de la presentación de esta acción constitucional (12 de febrero de 2024), no ha transcurrido un lapso que se pueda estimar como irrazonable para solicitar la protección de amparo.

Ahora, en lo que respecta a la subsidiaridad, si bien el Despacho reconoce que el conocimiento de conflictos como este, le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, lo cierto es que, tal y como está planteado el conflicto, la presente acción se torna como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales que aquí se invocan, más aún, al tratarse de una presunta vulneración de los derechos fundamentales de una persona adulta con diferentes patologías, lo cual, hace necesario la intervención del Juez constitucional en atención al grado de protección especial de esta población.

En el sub examine, el accionante pretende se tutelen sus derechos fundamentales y en tal sentido, se ordene a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S. autorizar y suministrar el servicio de cuidador y/o servicio de enfermería por 24 horas por los diagnósticos médicos que padece.

Para resolver es importante precisar que, la constitución política de Colombia, en el artículo 48 al referirse a la seguridad social, la describe como *“Un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

Es de resaltar la doble connotación del derecho a la salud, al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público, según la T-121-15 *“La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible”*.

El derecho fundamental a la salud ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*

Actualmente, no existe duda en cuanto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental, tal y como lo establece, tanto la jurisprudencia a partir de la sentencia T 760 de 2008 entre otras y actualmente la ley estatutaria 1751 de 2015 en su artículo 2º, así las cosas, tanto el artículo 1 como el 2 dispone que la salud es un derecho autónomo e irrenunciable y que comprende otros elementos como lo son el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Así mismo, y en lo que se refiere al derecho a la vida, debe recordarse que este constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones. (Sentencia T-534 de 1992). En el mismo sentido, también ha sostenido la Corte Constitucional que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana. (Sentencia T-860 de 1999).

De lo anterior se extrae que el derecho a la vida no hace énfasis únicamente a la relación a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad. Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano.

Ahora bien, respecto del suministro de servicios y tecnologías en salud, debe advertirse que la Ley Estatutaria de Salud modificó el POS denominándolo Plan de Beneficios en Salud. A través de este se garantiza mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud la

promoción, prevención, paliación y atención de la enfermedad, incluyendo la rehabilitación de sus secuelas.

Siguiendo el contenido del artículo 15 de la mencionada normativa, el legislador propuso un sistema de exclusiones explícitas, donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido.

Actualmente, los servicios y tecnologías en salud excluidos de financiación con recursos públicos de la salud se encuentran contenidos en la Resolución 2808 de 2022 del Ministerio de Salud y Protección Social. Por consiguiente, todo aquel servicio que no esté expresamente excluido en dicha resolución se entenderá incluido y deberá ser financiado.

Así las cosas, para acceder a los servicios y tecnologías en salud, el usuario deberá acudir al profesional de la salud tratante, quien otorgará una prescripción médica. La prescripción es el acto del médico tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología, o se remite al paciente a alguna especialidad médica.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional también ha reconocido que excepcionalmente, en los casos en que no exista prescripción médica, el Juez constitucional podrá ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, bajo la condición de que exista un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.

En este estadio es necesario resaltar que conforme las previsiones del artículo 46 de la Constitución Política de Colombia *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las **personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria**. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”*. (negrilla resalta el despacho)

De otro lado, sobre la protección constitucional de los adultos mayores, la sentencia T 015 de 2021 rememoró *“Esta Sala reitera la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional, tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta. Pero además es importante resaltar, en este caso que estamos en presencia de una persona de la tercera edad que supera los 100 años, por lo cual se trata de un adulto mayor entre los mayores, que son sujetos de especialísima protección constitucional y por lo tanto de acuerdo con el legislador estatutario “... su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.” Estos adultos mayores entre los mayores, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida”*.

De igual manera, la salud como derecho fundamental es objeto de protección y debe ser garantizado, sujetándose al criterio del médico tratante, pues es éste quien, con base en el conocimiento científico, la historia clínica del paciente y el criterio de necesidad del servicio quien se califica como idóneo para determinar si se requiere o no de determinada tecnología o insumo, así ha sido determinado por la Jurisprudencia Constitucional, verbigracia Sentencia T- 260/2020 en la que se señaló:

“(...) 50. Así las cosas, la salud es un derecho fundamental que debe protegerse y ser garantizado a todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social, quienes al necesitar del suministro de un servicio están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. Tal criterio debe estar basado en información científica, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. En efecto, cuando una persona acude a su EPS para que esta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio.

51. Así, la Corporación ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante. Es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud

que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios. Es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Decisión que debe ser, además, comunicada al usuario.² (...).”

Descendiendo al caso de autos, sea lo primero señalar, que el agenciado por quien se procura el amparo constitucional según soporta el documento de identidad arrimado al plenario, nació el 07 de marzo de 1931, por lo que a la fecha tiene 92 años de edad; igualmente, obra historia clínica en la que se evidencia que ha sido diagnosticado con “1. DEMENCIA EN ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, 2. INCONTINENCIA URINARIA, 3. CONSTIPACIÓN, 4. TROMBOCITOPENIA MODERADA 5. ANEMIA NORMOCÍTICA NORMOCRÓMICA LEVE, 6. HIPERLIPIDEMIA” (folio 42).

DATOS DEL PACIENTE

NOMBRES Y APELLIDOS: JOSE TOMAS HIGUERA SANCHEZ IDENTIFICACIÓN: CC 1980327 SEXO: Masculino ETNIA: Otros

09/02/2024 11:06:16. E.P.S Sanitas - CENTRO MEDICO BOLARQUI EPS SANITAS, BUCARAMANGA
Datos del profesional de la salud: Enmanuel Ortiz Jiménez. Reg. Médico. 1095804946. Medicina General-Domiciliario PHD.

IDENTIFICACION DEL USUARIO

Historia Clínica Única Básica.
Admisión No. 101936343. No. de afiliación E.P.S SANITAS: 10-9260164-1-2
Fecha de Nacimiento: 07/03/1931 Edad del paciente: 92 años. Grupo poblacional: Adulto Mayor. Estado Civil: Casado (a). Ocupación:
Ama de casa.
Dirección: CR32 W#63-02 MONTE REDONDO Teléfono: 3145958491 Ciudad: BUCARAMANGA Vinculación:
Vinculado
Responsable: JOSE TOMAS HIGUERA SANCHEZ - Paciente Teléfono: 3145958491.
Acompañante: ana josefa portilla (Esposa) Teléfono:

MOTIVO CONSULTA, ENFERMEDAD ACTUAL

Información suministrada por: Paciente, JOSE TOMAS HIGUERA SANCHEZ.
Motivo de consulta: "Valoración por el medico del PAD en la casa".

Enfermedad Actual: Paciente masculino de 92 años con antecedente y diagnósticos de:

1. Demencia en enfermedad de Alzheimer
2. Incontinencia urinaria
3. Constipación
4. Alergia: Niega
5. TFG: 31.1 ML/min/1.73m² CKD EPI KDIGO G3B CREATININA: 1.98 MG/DL F:8/8/23 RAC 109.26 A2
6. Trombocitopenia moderada
7. Anemia normocitica normocromica leve
8. Hiperlipidemia
9. Alergia: Niega

Ahora, conforme a las pretensiones del escrito tutelar, en lo que corresponde a la atención domiciliaria pretendida, es pertinente traer a colación la diferencia entre **cuidador y el servicio de enfermería domiciliaria** previsto por la Jurisprudencia Constitucional y su procedencia a cargo de las EPS:

“(…) 54. El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador² 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.

55. 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.

(…) 56. Con relación a los cuidadores, la Sala resalta 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

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.

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”.

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, una 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, tal y como pasa a explicarse.⁷

57. En efecto, esta Corte ha entendido 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.

58. 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(...).

Así lo adocrinó el Alto Tribunal en sentencia T-260 – 2020 MP. DIANA FAJARDO RIVERA y lo reiteró en sentencia T-017 de 2021 MP. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta los elementos de prueba traídos al plenario, sea lo primero señalar, que el señor HIGUERA SANCHEZ Msegún se lee de la historia clínica del 09 de febrero de 2024 emitida por IPS CENTRO MEDICO BOLARQUI EPS SANITAS refiere en las recomendaciones generales del Plan de Manejo que el paciente requiere de asistencia en las actividades básicas de la vida cotidiana, tales como alimentación, acompañamiento, ayuda para movilización y vigilancia:

Plan
1. Continúa en PAD nuevo control en 1 mes con resultados
2. se solicita hemograma uroanalisis
3. Se solicita hierro 300 mg 1 cada día acd folico 1 mg cada día por 3 mes
4. Se envia ordenes al correo: chiguera.portilla@gmail.com, Domiciliario Modalidad: DOMICILIARIA.

PLAN DE MANEJO - RECOMENDACIONES GENERALES

Recomendación 1:

RECOMENDACIONES DE INTERVENCIONES: Paciente que requiere de asistencia en las actividades básicas de la vida cotidiana, tales como asistencia en alimentación, acompañamiento, ayuda para movilización y vigilancia, dichas atenciones pueden y deben ser desarrolladas por los familiares, todo esto contemplado bajo el principio de solidaridad familiar.

De acuerdo con la escala de riesgo de caída el señor HIGUERA SANCHEZ se encuentra en el nivel QUINTO (5) y en la interpretación de la Escala de Barthel se determinó: “Dependencia Severa”

ESCALAS DE RIESGO DE CAÍDA

1. Caídas Previas: No
2. Medicación: Ninguno.
3. Deficit Sensorial: Alteraciones Auditivas.
4. Deficit Sensorial: Alteraciones Visuales.
5. Deficit Sensorial: Extremidades.
6. Estado Mental: CONFUSO.
7. Desambulacion: Seguro con Ayuda.
8. Total Riesgo de Caídas: 5

ESCALA DE BARTHEL

ESCALA DE BARTHEL

1. El paciente puede comer: Necesita ayuda para cortar los alimentos, extender la mantequilla, usar condimentos.
2. El paciente puede trasladarse en silla / cama: Necesita ayuda importante, pero puede estar sentado solo.
3. El paciente puede realizar su aseo personal: Necesita ayuda con el aseo personal.
4. El paciente puede usar el baño: Es dependiente.
5. El paciente puede ducharse: Es dependiente.
6. El paciente camina: Camina con ayuda de una persona.
7. El paciente sube o baja escaleras: Necesita ayuda.
8. El paciente puede vestirse: Es dependiente.
9. El paciente tiene control de la deposición: Incontinencia fecal ocasional o uso de pañal.
10. El paciente tiene control de la orina: Incontinencia urinaria ocasional o uso de pañal.
11. Total Barthel: 35/100.
12. Interpretación Barthel: Dependencia severa (De 21 a 39).

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.

En este sentido, conforme a la jurisprudencia antes citada, debe resaltar el Despacho que el servicio de cuidador en primer lugar, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente en atención al primer nivel de solidaridad; no obstante, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando exista **certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio cuidador** y el mismo no pueda ser asumido por el núcleo familiar del paciente al existir una imposibilidad material de hacerlo esto es, cuando el núcleo familiar no cuenta con capacidad física para 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, así como cuando el núcleo familiar carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

Conforme a lo dicho, en los fundamentos fácticos del escrito se evidencia que el agenciado vive bajo el cuidado permanente de su esposa, ANA JOSEFA PORTILLA – también agenciada – adulto mayor quien tiene 80 años de edad, no cuenta con la energía, fuerza, ni destreza para atender sus múltiples patologías y las consecuencias que ello deriva para sus necesidades básicas.

Evidenciándose de la historia clínica arrimada que su acompañante ha sido ANA JOSEFA PORTILLA persona que es quien se encarga de él de acuerdo con la historia clínica y el escrito de tutela, siendo la única persona que reside en el mismo inmueble y quien por sus condiciones físicas y su edad no tiene capacidad material para atender sus cuidados en debida forma como cuando se presenta una caída como la del 8 de febrero último evidenciada en la historia clínica o las tareas diarias para sus necesidades básicas; aunado a la ausencia de recursos económicos para sufragar directamente el servicio de enfermería y/o cuidador 24 horas, dado que, sus gastos son cubiertos por familiares que también tienen sus necesidades y que no residen en otros lugares.

También, se observa en documental obrante en el escrito de tutela (página 04) en el que consignó que: “21. La obligación de la familia en el cuidado no es absoluta, está sujeta a la capacidad física, emocional y económica de sus integrantes, quienes como hemos indicado: 1. No viven en la ciudad salvo mi abuela de 80 años; 2. Ella no puede físicamente encargarse de él, emocionalmente tampoco, pues se ha visto afectado su sueño mismo; 3. La familia no cuenta con los recursos para sufragar directamente un servicio de enfermería y/o cuidador 24 horas. (...)” (subraya el despacho).

Manifestación que corresponde a una negación indefinida y como lo indica la Jurisprudencia, la carga de la prueba de desvirtuarla recae en cabeza de la EPS enjuiciada; al respecto, la Sentencia T-178 de 2017, M.P ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO sostuvo:

“las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el PBS o, frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que, debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica...”

Ahora bien, la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S., al descorrer traslado de la acción constitucional indicó que: *“JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ, se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S., en calidad de beneficiario, régimen contributivo, con IBC \$ 8.431.766”*; sin embargo, no allega prueba alguna que sustente su afirmación; quedándose únicamente en una aseveración sin soporte que demuestre que contrario a lo manifestado en el escrito tutelar, los agenciados si cuentan con los recursos económicos propios para pagar el servicio pretendido.

Colofón de lo dicho, advierte el Despacho que, correspondía a la accionada ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S. desvirtuar las manifestaciones relativas a la imposibilidad material del núcleo familiar de la accionante de asumir el cuidado de la actora sin que la convocada hubiera realizado maniobra probatoria que acreditaría lo

contrario y desdibujara lo indicado en los fundamentos fácticos de la acción tutelar relativos a la carencia económica de los accionantes: JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ y ANA JOSEFA PORTILLA, la falta de capacidad económica por los hijos de los accionantes, máxime porque también se trata de un adulto mayor, hecho del cual se colige la dificultad anunciada con ocasión de las patologías de salud que aquejan a los promotores del medio de amparo.

En tal sentido, se tiene por cierto que el agenciado dada su dependencia generada por las múltiples patologías que padece conforme lo soporta la historia clínica, no puede asumir su propio cuidado; también que, su núcleo familiar primario tiene imposibilidad material para asumir el mismo, habida consideración que está integrado solo por su esposa, un adulto de 80 años de edad que por su especial condición no tiene capacidad física para atender las necesidades básicas de su consorte, quienes además son considerados sujetos de protección constitucional.

Ahora, no es objeto de discusión según diagnóstico médico y escala de Barthel, que el señor HIGUERA SANCHEZ tiene dependencia funcional severa, así mismo que de acuerdo con el concepto del médico tratante requiere ***“asistencia en las actividades básicas de la vida cotidiana, tales como asistencia en alimentación, acompañamiento, ayuda para movilización y vigilancia, dichas atenciones pueden y deben ser desarrolladas por los familiares, todo esto contemplado bajo el principio de solidaridad familiar.”***, (negrilla del despacho) razón por la cual, sin mayor esfuerzo, advierte esta Célula Judicial indicio razonable relativo a la necesidad que se presenta en cuanto a que la EPS enjuiciada asuma el servicio de cuidador y/o enfermero domiciliario requerido por la tutelante.

Sin embargo, en el caso de autos, se echa de menos el concepto de los galenos tratantes conforme a la calificación de la paciente, teniendo en cuenta sus patologías, en el que se establezca la necesidad **de un cuidador en los términos en que se solicita o del servicio de enfermería domiciliaria** de acuerdo con lo considerado por los profesionales de la salud encargados de su atención, por lo que no habiéndose arrimado orden médica vigente que determine la necesidad de uno u otro servicio, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas del señor JOSE TOMAS HIGUERA SÁNCHEZ se ordenará a ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo a través de su médico tratante adscrito a su red de prestadores **REALICE VALORACIÓN MÉDICA** a JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ a fin de **determinar si con ocasión de sus condiciones requiere del servicio de enfermería domiciliaria o cuidador, o ambos**, debiendo especificar la cantidad de horas diarias en que el mismo deberá suministrarse conforme a criterios asistenciales y médicos indicados por los galenos tratantes, y en caso de así ordenarse, proceder inmediatamente a su suministro sin dilación alguna.

Considera el Despacho además aclarar que, bajo lo aquí discurrido, la orden está dirigida a una **VALORACIÓN MÉDICA y NO SOCIO-ECONOMICA**, dado que como antes quedó dicho, la EPS SANITAS SAS no se encargó de asumir su responsabilidad probatoria en el curso de la acción de amparo, y, por tanto, los requisitos de capacidad material y económica del núcleo familiar quedan exentos de dicha valoración.

Finalmente, frente a la solicitud de recobro como petición subsidiaria elevada por la EPS, se advierte que no es la tutela el mecanismo para tramitar el mismo, puesto que la acción constitucional se circunscribe a la protección de los derechos fundamentales del accionante o agenciado, situación distinta a los trámites administrativos entre entidades del sistema que operan, de ser el caso, por virtud de ley.

En estricto sentido dijo la Corte:

“...no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la

EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC...”.

En sentencia T-122 de 2021, indicó la Corte Constitucional:

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

En mérito de lo expuesto, el Juzgado **Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por Mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, y los derechos fundamentales del adulto mayor del señor **JOSE TOMÁS HIGUERA SANCHEZ**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A.S.** que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de la presente decisión, a través de los médicos tratantes adscritos a su red de prestadores **REALICE VALORACION MÉDICA** para **determinar si con ocasión de sus condiciones requiere del servicio de enfermería domiciliaria o cuidador, o ambos**, debiendo especificar la cantidad de horas diarias en que el mismo deberá suministrarse conforme a criterios asistenciales y médicos indicados por los galenos tratantes, y en caso de así ordenarse, proceder inmediatamente a su suministro sin dilación alguna.

Precisando que, la orden está dirigida a una **VALORACIÓN MÉDICA y NO SOCIO-ECONOMICA**, dado que como antes quedó dicho, la EPS SANITAS SAS no se encargó de asumir su responsabilidad probatoria en el curso de la acción de amparo, y, por tanto, los requisitos de capacidad material y económica del núcleo familiar quedan exentos de dicha valoración.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a las partes, de conformidad con lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVÍESE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y en caso de no ser seleccionada, **ARCHÍVESE** previa las anotaciones secretariales del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LENIX YADIRA PLATA LIEVANO
JUEZ