



## JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

### I. OBJETO DE DECISIÓN

Procede el juzgado a tomar decisión en relación con el problema jurídico planteado por la presunta vulneración de los derechos a la vida digna, la igualdad, la vida independiente, la vida en comunidad, la autonomía, el trabajo y el libre desarrollo de la personalidad.

### II. ANTECEDENTES

#### 1.- De la tutela

La accionante fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

- Es una persona diagnosticada con Parálisis Cerebral Espástica con movimientos involuntarios, hernias discales lumbares y dispepsia, condiciones que la limitan significativamente en su capacidad funcional.
- Actualmente, carece de una red familiar de apoyo y depende exclusivamente del cuidado de su señora madre, una persona de edad avanzada, los ingresos económicos de ellas no les permite contratar asistencia para las actividades diarias, como el aseo personal, cambio de ropa, alimentación y traslados, entre otras tareas esenciales.
- Que, está afiliada a FAMISANAR EPS y desde que se retiró el servicio de enfermería, se encuentra frecuentemente postrada en cama, su señora madre no posee la fuerza suficiente para movilizarla, lo que la obliga a permanecer largo tiempo en esa posición; un informe del área de Trabajo Social de ROHI IPS, elaborado durante una visita domiciliaria para evaluar la idoneidad del cuidador primario, señala que la madre, OFELMINA RAMÍREZ, de 74 años de edad, enfrenta una sobrecarga considerable en su labor de cuidado.
- Que ha solicitado innumerables veces a FAMISANAR EPS la asignación de un asistente personal, empero, lamentablemente, la entidad le ha denegado este servicio, impactándole negativamente en su proyecto de vida, limitando su autonomía e integración en la comunidad, lo que le genera un sentimiento de aislamiento y descontento, siendo imperativo que cuente con la asistencia de un asistente personal para superar estos desafíos y llevar una vida digna, donde pueda participar activamente en la sociedad, aunque valora el cuidado brindado por su señora madre, no satisface las necesidades de autonomía e independencia.

#### 2.- Admisión y respuesta de las entidades accionadas y/o vinculadas.



La acción de tutela fue admitida mediante auto del 12 de marzo de 2023 (*archivo 06 del expediente electrónico*).

## 2.1.- El Ministerio del Interior

La accionada allegó respuesta en la cual solicitó se desvincule al Ministerio del Interior de la presente acción de tutela, por no haber sido la entidad pública que vulneró por acción u omisión los derechos que alega el accionante como vulnerados, considera que hay falta de legitimación material en la causa por pasiva. Los hechos propuestos por el accionante, suponen de una presunta vulneración a los derechos fundamentales, debido a la respuesta negativa dada por FAMISANAR EPS a sus solicitudes de asignación de un asistente personal.

## 2.2. La EPS Famisanar

En respuesta allegada, informó que con respecto al suministro de enfermería y como lo manifiesta el personal del área encargada, se permite informar que no se encuentra autorizado por cuanto *debe tenerse en cuenta que la accionante adjunta una historia clínica fechada el 27 de julio del 2023, transcurriendo un tiempo razonable para evidenciarse el vencimiento de la misma, asimismo se evidencia que no adjunta orden, dado que sólo se evidencia la historia clínica de la IPS ROHI.*

*Igualmente se vislumbra que a la fecha no existe orden médica que se constate nuevamente el ordenamiento de enfermería, igualmente se constata una visita realizada en el domicilio de la accionante para validar la necesidad del servicio, (...)*

*Conforme a lo anterior, se están generando los respectivos estudios del servicio requerido, por lo cual le solicitamos al H. Despacho otorgar un tiempo prudencial, dado que se está corroborando dicha situación y el plazo otorgado por el H. Despacho es muy corto para adelantar las búsquedas administrativas correspondientes.*

*Aunado a lo anterior, se observa que FAMISANAR EPS, si ha autorizado el plan integral de crónicos en diferentes fechas, siendo la última el 29 de febrero del 2024, a cargo de la IPS ROHI.* (Negritas y subrayados del texto original).

Igualmente, señala que cabe recalcar que FAMISANAR EPS ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor de la usuaria, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante, para el tratamiento de su patología, salvaguardando el derecho fundamental a la vida e integridad física del paciente, por lo cual, no le asiste razón a lo pregonado dentro de la acción constitucional de la referencia, dado que a la fecha se le han prestado todos los servicios requeridos para tratar su patología y sin existir de manera alguna una vulneración de derechos fundamentales.

## 2.3. El Ministerio de Salud y Protección Social



Indica que, la acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y de la Protección Social, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que, el Ministerio accionado no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, razón por la cual desconocen los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

En consecuencia, solicitan exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, 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.

### **III-. CONSIDERACIONES**

#### **1-. Procedencia de la acción de tutela**

El artículo 86 de nuestra Carta Fundamental consagra la acción de tutela como un mecanismo procesal específico, directo, informal y sumario que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su vulneración; precisándose destacar su naturaleza subsidiaria y residual, dado que su procedencia se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo el asunto.

#### **2-. Problema jurídico**

¿Determinar si se ha presentado la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, la vida independiente, la vida en comunidad, la autonomía, el trabajo y el libre desarrollo de la personalidad de la accionante por parte de la accionada y si se hace necesario conceder el servicio de enfermería y o cuidador para atender sus patologías?

#### **3-. Sobre el Derecho a la salud.**

La Constitución Nacional en los artículos 48 y 49 consagra que la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio que se deben prestar en sujeción



a los principios de “*eficiencia, universalidad y solidaridad*”. Así, con base en las anteriores normas constitucionales la Ley 100 de 1993, en el numeral 9° del artículo 15 consagró como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud el de calidad, disponiendo que el sistema debe establecer “*mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional*”.

En la sentencia T-171 de 2018 se determinó la salud como un derecho fundamental que afecta igualmente la dignidad humana del usuario, así mismo la sentencia T-322 del 2018, indica que:

*“iii) Prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud*

*La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se dificulta su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y caprichoso de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.*

*Para la Sala, la exigencia de barreras administrativas desproporcionadas a los usuarios, tales como largos desplazamientos de su lugar de residencia al centro médico y el sometimiento a trámites administrativos excesivos; desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud debido a que:*

*“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”.*

#### **4-. Derecho a la vida digna**

El artículo 11 de la Constitución Política estipula que el derecho a la vida es inviolable, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que tal como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, se trata de un valor supremo que se estructura como presupuesto ontológico para el goce y la ejecución de los demás derechos fundamentales<sup>1</sup>.

Ahora, según lo ha señalado la Corte Constitucional, el derecho a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para

<sup>1</sup> Sentencia T-823 de 2002



el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales acordes con la naturaleza humana<sup>2</sup>.

En tal contexto, puede decirse que la protección otorgada por el Estado a este bien jurídico fundamental, no se agota con el compromiso de velar por la mera existencia de la persona, sino que involucra en su espectro garantizador, entre otros derechos, el de la salud y a la integridad personal (física y psíquica) como componentes imprescindibles para permitir el goce de una vida en condiciones de dignidad<sup>3</sup>.

### **5-. La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador**

La atención domiciliaria es una *“modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”*<sup>4</sup> y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).<sup>5</sup>

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.<sup>6</sup> Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: *i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud; ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS; iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante y, iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.*

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que:

<sup>2</sup> Sentencia T-282 de 2006

<sup>3</sup> Sentencia T-823 de 2002.

<sup>4</sup> Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

<sup>5</sup> El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019

<sup>6</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.



i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.<sup>7</sup> ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.<sup>8</sup> iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel **por ausencia o incapacidad de los familiares** y cuando exista orden del médico tratante.<sup>9</sup>(Resaltado y subrayas fuera de texto).

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: **(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y, (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.**<sup>10</sup> (Negrillas y subrayados propios)

## 6-. Análisis del caso concreto

La pretensión principal de la accionante, al interponer la presente acción de tutela, radica en que la EPS FAMISANAR le proporcione el servicio de asistente personal, con remuneración a cargo de la entidad, para que pueda recibir ayuda, apoyo y acompañamiento en las actividades cotidianas, garantizándole una vida digna, autónoma e independiente.

Lo anterior obedece a que la actora es una persona diagnosticada con *Parálisis Cerebral Espástica con movimientos involuntarios, hernias discales lumbares y dispepsia, condiciones que la limitan significativamente en su capacidad funcional.*

<sup>7</sup> Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>8</sup> Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018

<sup>9</sup> Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>10</sup> Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



Que, actualmente carece de una red familiar de apoyo y depende exclusivamente del cuidado de su señora madre, la cual cuenta con 74 años de edad, los ingresos económicos de ambas no les permite contratar enfermera o cuidadora para las actividades diarias.

En las pruebas aportadas al escrito tutelar se encuentran:

1. Cédula de ciudadanía de la accionante
2. Cédula de ciudadanía de la madre de la accionante Ofelmina Ramírez
3. Atención médica de Colsubsidio de fecha 10/11/2023 de la Sra. Ofelmina Ramírez
4. Atención médica de Colsubsidio de fecha 30/12/2021 de la Sra. Ofelmina Ramírez.
5. Epicrisis – resumen consulta de la accionante de fecha 27 de julio de 2023.
6. Certificación de Famisanar en la cual la accionante tiene la calidad de cotizante y la señora Ofelmina Ramírez la condición de beneficiaria.
7. Certificado de discapacidad de la accionante Aydee Montero Ramírez de fecha julio 12 de 2022
8. Formato de acta de reunión y comité de fecha 13 de diciembre de 2023.
9. Epicrisis – Resumen Consulta de fecha 14 de noviembre de 2023.

Por lo anterior, no aparece en el plenario y no existe orden médica de la accionada FAMISANAR EPS, en la que estuviese prescrito por el médico tratante la necesidad imperiosa de que la accionante necesite el servicio de enfermera o cuidador(a) como lo solicita en su escrito inicial.

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

Por lo anterior, el servicio de enfermería asegura la condición necesaria para la atención especializada de un paciente, y en el caso que nos atañe, la accionante necesita es un cuidador, como ella misma lo manifiesta en su escrito introductorio, el cual es aquel que brinda el apoyo físico necesario para una persona desenvolverse en el día a día, ayudarla a realizar las actividades básicas requeridas en su vida, los cuidadores, en primera medida, deben ser los familiares y personas cercanas, porque el cuidador no es una persona calificada para este servicio, sino aquella que brinda un apoyo, no especializado, si entrenado según las circunstancias y requerimientos del paciente, para el desarrollo de actividades cotidianas (*vr. gr.* levantarse, caminar, bañarse etc.).



En el caso en concreto, en los anexos de tutela en la visita domiciliaria del 13 de diciembre de 2023, la accionante y su señora madre informan únicamente que el padre de la actora, el señor **Luis Alfonso Montero** responde económicamente por la paciente, pero no vive con ellas, le gira una cuota correspondiente a un salario mínimo, el cual lo distribuye en pago de la seguridad social, alimentación, pago de servicios, que la actora es artista y a veces pinta cuadros, lo que la ayuda con los gastos, el apartamento donde viven es del padre de la paciente, se desconoce si tienen ayuda de otros familiares o si reciben ayuda económica de otras personas, su señora madre tiene 72 años de edad, entre sus patologías presenta Hipotiroidismo, Colcistitis, Colelitiasis, Dislipidemia, Osteoporosis, pero se desconoce si realiza alguna actividad laboral, pero, especialmente, si se encuentra en incapacidad física de velar por los cuidados que requiere su hija.

A su vez, la EPS Famisanar en contestación allegada, indica que la accionante ha solicitado en varias ocasiones, como lo llama ella, que le asignen un asistente personal para sus cuidados diarios, basada en una historia clínica fechada el 27 de julio del 2023, la cual es evidente para la EPS el vencimiento de la misma; se vislumbra en el plenario que a la fecha no existe orden médica actualizada en que se constate nuevamente el ordenamiento de enfermería y/o cuidador, si se acredita una visita realizada en el domicilio de la accionante para validar la necesidad del servicio, pone de manifiesto que, actualmente se están generando los respectivos estudios por parte de la EPS para el servicio requerido, solicitándole a este Despacho un tiempo prudencial, dado que están corroborando las diferentes situaciones que vive la tutelante.

Bajo este panorama, en principio, no se cumple ninguna de las condiciones que la jurisprudencia ha señalado para que se otorgue y reconozca el servicio de enfermera domiciliaria o cuidador, en la forma peticionada en el escrito de tutela; no observándose negativa por parte de la EPS accionada en la prestación de los servicios de salud requeridos por la agenciada, por lo que se negará por improcedente la acción de tutela incoada.

Sin embargo, este Despacho en interés de protegerle los derechos a la salud y a la vida digna de la señora Aydee Moreno Martínez, procederá a requerir a la EPS FAMISANAR, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído y en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, ejecute todos los trámites pertinentes administrativos, sicosociales, trabajo social, medico, en aras de definir la necesidad o no el servicio de cuidador(a) que solicita la accionante, fundamentando su decisión en debida forma y notificándole a la parte actora de la decisión, fundándose en criterios médicos y en la mejor evidencia según las particularidades y condiciones de la paciente, conforme a la jurisprudencia citada.



En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

### RESUELVE

**Primero.- Negar** por improcedente la acción de tutela incoada por la señora **Aydee Montero Martínez**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Segundo.- REQUERIR** a la EPS FAMISANAR, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído y en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, ejecute todos los trámites pertinentes administrativos, sicosociales, trabajo social, médicos, en aras de definir la necesidad o no el servicio de cuidador(a) que solicita la accionante, fundamentando su decisión en debida forma y notificándole a la parte actora la misma, fundándose en criterios médicos y en la mejor evidencia según las particularidades y condiciones de la paciente, atendiendo la jurisprudencia citada.

**Tercero.- Desvincular** de la presente acción constitucional a la Nación Ministerio del Interior y Ministerio de Salud y Protección Social.

**Cuarto.- Informar** que contra la presente decisión procede el recurso de impugnación que deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, por cualquier medio, especialmente a través del correo electrónico [j40ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j40ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co).

**Quinto.-** En el evento de no ser impugnada esta decisión, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese a las partes por el medio más expedito y eficaz.

El Juez,

**DIDIER LÓPEZ QUICENO**