



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS.

Piedecuesta, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

1. ASUNTO A DECIDIR

El ciudadano **RAFAEL LOZANO DAZA** actuando como agente oficioso de su señora madre **CUSTODIA DAZA DE LOZANO** formuló acción de tutela contra **SANITAS EPS**, vinculado de oficio **LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER**, con el objeto de obtener el amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso el actor, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, que su señora madre **CUSTODIA DAZA DE LOZANO**, quien en la actualidad cuenta con 85 años, presenta diagnóstico de “hemiparesia derecha hipertensión-epoc”, encontrándose en estado de discapacidad y postración, sujeto de especial protección, vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), a través de la EPS **SANITAS**, Régimen Subsidiado, sin ingreso alguno distinto a un bono de \$80.000 por ser adulto mayor.

Informó el actor que sólo son dos hermanos, sin que cuenten con el tiempo ni recursos para asistir y atender adecuadamente a su señora madre, advirtiendo que su salario es el mínimo que no le alcanza para cubrir sus gastos y los de su núcleo familiar, requiriendo que la usuaria del sistema cuente con un cuidador cuyos servicios fueron negados por la EPS **SANITAS**.

1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos solicitó el agente oficioso que se tutelaran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la señora **CUSTODIA DAZA DE LOZANO**, y en consecuencia se le ordene a **SANITAS EPS** que designe cuidador o apoyo asistencial en los horarios de 6 am hasta las 6 pm a favor de la agenciada.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 15 de febrero del 2024, disponiéndose la notificación de la accionada, vinculándose de oficio a la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**, corriéndose traslado del libelo tutelar por el término de dos días con el fin que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones ejercieran sus



derechos de defensa y contradicción, dándose el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

1.4. Manifestaciones de la accionada.

➤ SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER

Informó que revisada la base de datos ADRES se evidencia que CUSTODIA DAZA DE LOZANO, tiene afiliación a SANITAS EPS en el municipio de Floridablanca, estando activa su afiliación al Régimen Subsidiado.

Expuso que los exámenes, pruebas y estudios médicos ordenados, así como los procedimientos quirúrgicos, suministros y medicamentos que se requieran, deben ser cubiertos por la EPS, y todas las entidades que participan en la logística de la atención en salud, como que ninguna entidad, puede desconocer lo que necesita el paciente, BAJO NINGUN CONCEPTO, siendo su obligación imperativa prestar los servicios de salud con idoneidad, oportunidad y calidad, dando cumplimiento a lo establecido por las normas constitucionales.

Finalmente, concluyó con que esa secretaría no ha vulnerado derecho fundamental alguno CUSTODIA DAZA DE LOZANO, solicitando sea excluida de cualquier tipo de responsabilidad frente a la acción de tutela de la referencia.

➤ SANITAS EPS

Señaló que la señora CUSTODIA DAZA DE LOZANO se encuentra afiliada al Sistema de Salud a través de la EPS sanitas S.A.S, Régimen Subsidiado.

Indicó que la agenciada presenta un diagnóstico de Z740- PROBLEMAS RELACIONADOS CON MOVILIDAD REDUCIDA, G819- HEMIPLEJIA. NO ESPECIFICADA, R15XINCONTINENCIA FECAL, R32X- INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, K590- CONSTIPACIÓN Y K297- GASTRITIS. NO ESPECIFICADA.

Informó que la agenciada fue valorada por medicina domiciliaria el 20/02/2024 por parte de la IPS CENTRO MEDICO BOLARQUI EPS SANITAS, Bucaramanga, el médico domiciliario determinó el siguiente manejo:

“Al examen físico sin hallazgos de relevancia o de peligro que ameriten atención por urgencias, con signos vitales en rangos de normalidad, por lo que se continuará con manejo de base, se solicita medicación y se continuará con insumo de pañal por nulo control de esfínteres, se dan recomendaciones generales y signos de alarma para consultar a urgencias, se renueva orden de neurología por vencimiento de orden previa. Se resuelven dudas durante consulta. Plan: 1. Continúa en PAD control en 3 meses. 2. Se solicita medicación e insumos necesarios. 3. Se continuará con pañal desechable talla L para 4 cambios al día. 4. Se dan recomendaciones generales y signos de alarma. 5. Se envía ordenes al correo: lozanosinuco2131@gmail.com”

Por lo cual, la agenciada se encuentra activa en el Plan de Atención Domiciliaria (PAD), con control médico trimestral a través de la IPS CENTRO MEDICO BOLARQUI EPS SANITAS, señalando que el próximo control médico domiciliario será en mayo de



2024, advirtiendo que dicho plan de servicio de consultas domiciliarias se presta por el galeno tratante en la residencia con la participación activa del grupo familiar.

Adujó además que la usuaria actualmente no ostenta una condición médica que requiera de personal entrenado en salud como auxiliar de enfermería, no existiendo orden médica del servicio por parte de un prestador adscrito a EPS Sanitas S.A.S.

Frente al servicio de cuidador, indicó que “este no está cubierto de acuerdo a lo establecido en la Resolución 2808 de 2022”, no haciendo parte de las coberturas para la atención domiciliaria en el Plan de Beneficios en Salud.

Finalmente, aseguró que a la fecha no hay registro de servicios negados y/o pendientes de trámite por parte de la EPS Sanitas S.A.S, solicitando se niegue la acción, toda vez que esa compañía ha garantizado la prestación de los servicios requeridos ordenados por los tratantes. Subsidiariamente solicitó que se otorgue la facultad de recobro a EPS SANITAS de los servicios efectivamente prestados que no se encuentran cubiertos por la UPC y que excedan el presupuesto máximo asignado.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Acceso a los servicios y tecnologías en salud¹

a. Profesional en salud y la prescripción médica

1. *Para acceder a los servicios y tecnologías en salud, el usuario debe acudir el profesional en salud tratante quien dará la prescripción médica. Se trata del médico u odontólogo que atiende al usuario en medicina general, en odontología general o en urgencias, según los artículos 10 y 11 de la Resolución 3512 de 2019. La prescripción es el acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica. El artículo 39 de la Resolución 3512 de 2019 indica que la prescripción deberá emplear la denominación común internacional.*

2. *La normativa consagra que los servicios y tecnologías en salud deben ser prescritos (de acuerdo con unas reglas específicas) por el profesional de salud tratante.*

3. *Éste es una persona competente, enriquecida con educación continua e investigación y una evaluación oportuna, según el artículo 6 literal d) de la LeS. Los profesionales en salud gozan de autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes y no podrán ser presionados por otros actores, conforme al artículo 17 de la LeS.*

4. *La pregunta que surge es si el profesional en salud debe cumplir con algún requisito para poder prescribir los servicios o tecnologías en salud. Una lectura sistemática del artículo 11 de*

¹ Sentencia SU-580/20 Corte Constitucional.



la Resolución 3512 de 2019 y del artículo 5 inciso 1 de la Resolución 1885 de 2018 ofrecería algunos elementos. La primera disposición jurídica indica que toda persona deberá adscribirse, según su elección, en alguna de las IPS de la red de prestadores conformada por la EPS o la entidad que haga sus veces, para que de esta manera se pueda beneficiar de todas las actividades de promoción de la salud, de atención ambulatoria, de prevención de riesgos y de recuperación de la salud. La segunda disposición establece que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.

5. Lo anterior parece indicar que, en principio, el médico tratante es el profesional idóneo para definir el tratamiento, por contar con la capacitación adecuada, criterio científico y conocer la realidad clínica al paciente². Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que, excepcionalmente, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.³

La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador.⁴

“24. 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”^[33] 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).

25. 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.^[35] Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

26. 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.

27. En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.^[38] 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. 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

² C. Const., sentencia de tutela T-320 de 2009, reiterada en sentencia T-235 de 2018.

³ La sentencia T-196 de 2014 señaló que “Se debe verificar si el peticionario padece patologías que conlleven síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.”. Reiterado en T-056 de 2015, T-171 de 2016, T-014 de 2017 y T-178 de 2017, entre otras.

⁴ Sentencia T-015/21. Corte Constitucional.



enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante, como se explica a continuación.

28. *De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado. En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.*

29. *Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento 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.*

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

CASO EN CONCRETO

En el presente asunto, solicitó la actora se tutelaran los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su progenitora Custodia Daza de Lozano, y en consecuencia se ordene a SANITAS EPS que preste el servicio de cuidador o de asistencial domiciliar por 12 horas al día en los horarios de 6 am a 6 pm.

Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa por activa, dado a la edad y el estado de salud de la agenciada quien no puede actuar por sí misma para la protección de sus derechos fundamentales, por lo que oficiosamente lo hace su hijo RAFAEL LOZANO DAZA; y por pasiva, toda vez que la entidad accionada SANITAS EPS es la entidad encargada de la prestación de servicios de salud dada la afiliación dada a través del régimen subsidiado

Asimismo, la acción fue interpuesta en un término prudencial, atendiendo a que los servicios médicos requeridos se tratan de prestaciones de salud periódicas y en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca a la agenciada una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a los servicios solicitados.



Ahora bien, descendiendo al caso concreto, al examinar detenidamente las pruebas allegadas en la presente acción, se tiene que la ciudadana CUSTODIA DAZA DE LOZANO es una adulta mayor que sufre Hemiplejia, no especificada (G819), Derecho (a) asociado con Constipacion (K590), Gastritis, (K297), Incontinencia fecal (R15X), Incontinencia urinaria, (R32X), y problemas relacionados con movilidad reducida (Z740), lo cual hace que sus labores básicas se le dificulten y necesite de un apoyo diario.

Anudado a lo anterior, el accionante expresó en su solicitud de tutela que dicha dama sólo cuenta con un ingreso relacionado con el bono solidario del adulto mayor, por el equivalente a \$80.000 pesos mensuales, por lo que ha sido él y su hermana los únicos responsables de la agenciada en cuanto a lo demás requerimientos que conlleva su condición médica y sus limitaciones físicas.

En ese sentido, señaló que su hermana reside en una zona rural y que ninguno de los dos dispone del tiempo y de recursos económicos necesarios para brindarle el cuidado adecuado que su madre requiere, dado que sus ingresos son mínimos y deben hacerse cargo de sus propios hijos y familia.

La Honorable Corte Constitucional, ha sido enfática en precisar que las entidades que administran el servicio de salud se encuentran directamente vinculadas al criterio del médico tratante o en general, de los profesionales de la salud en su autonomía por ser quienes tienen el conocimiento científico y por su contacto con el enfermo, pues son ellos los que puede establecer el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad que padece; temas que han sido abordados principalmente en sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008. Sin embargo, el juez en materia de tutela, tiene como carga adicional analizar de manera detenida el expediente, a efectos de determinar si las condiciones de salud del paciente, pese a la inexistencia de orden del médico tratante, ameritan su intervención directa, en aras de preservar derechos fundamentales como la vida digna; o en su defecto, ordenar la realización de una valoración médica del paciente para que los galenos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad y la forma en que debe otorgarse lo implorado o la necesidad advertida por vía constitucional.

Por lo que en consecuencia, en virtud de dichos diagnósticos resulta necesario amparar su derecho fundamental a la vida digna y salud en su faceta de diagnóstico en cuanto que sea la entidad accionada SANITAS EPS, a través de los galenos tratantes, esto es, por un grupo interdisciplinario, quienes le realicen a la usuaria una valoración médica domiciliaria en aras de determinar la necesidad de este servicio de enfermería domiciliaria o de cuidador domiciliario ante la imposibilidad física y económica que refieren actualmente su núcleo familiar, aspecto que no fue controvertido.

A estas directrices se arriba, porque lo importante aquí es garantizar el resguardo de los derechos fundamentales del paciente, quien dada las enfermedades que padece resulta necesario para atender sus necesidades de salud, ya que, en razón a su diagnóstico, depende de terceras personas para el desarrollo de sus actividades básicas diarias.

Por lo expuesto, se le ordenará a SANITAS EPS que realice una valoración domiciliaria a la señora CUSTODIA DAZA DE LOZANO, por un equipo que, entre otros,



ha de estar conformado por un médico general y por un trabajador social, con el fin de definir si requiere del servicio de ENFERMERIA o CUIDADOR DOMICILIARIO, y, de ser así, se ordenará a SANITAS EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste esos servicios y las tecnologías que considere pertinente durante el tiempo y forma prescrita por ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

En caso de que se determine que lo que requiere la paciente es el servicio de cuidador, deberá determinar si el núcleo familiar de aquel se encuentra o no en la capacidad física y/o económica de prestarle el servicio en relación con las patologías que dieron origen a este asunto y en caso positivo, SANITAS EPS deberá asesorar y capacitar a los familiares que asumirán el rol de cuidador que se requiere según lo ordenado por el grupo interdisciplinario.

En el evento que dicho grupo técnico estime que el núcleo familiar del agenciado no puede proveerle tal asistencia, sin menoscabo de sus propias condiciones de existencia, se ordenará a SANITAS EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el servicio de cuidador domiciliario durante el tiempo y forma ordenada, y conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente como se indicó en líneas previas.

En cuanto a la solicitud de recobro, considera esta judicatura que no es procedente por vía de tutela conceder a NUEVA EPS la facultad de recobrar a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER o al ADRES, tal y como lo ha explicado reiterativamente la Corte Constitucional.

Asimismo, se advierte que no es procedente por vía de tutela conceder a SANITAS EPS la facultad de recobro o repetición ante la ADRES frente a los costos en que incurra en el cumplimiento a las ordenes aquí dadas, pues precisamente dicha EPS, de manera previa, recibió la suma asignada para el cubrimiento de servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), conforme a los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, o de otra forma, podrá hacerlo en los términos de ley y sin que sea necesaria orden expresa en éste proveído, por lo que no resulta necesario pronunciamiento al respecto por parte del juez constitucional.

Finalmente, se ordenará desvincular a LA SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER por no avizorarse responsabilidad en su contra.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE PIEDECUESTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD y a la VIDA DIGNA dignidad la ciudadana CUSTODIA DAZA DE LOZANO **EMILCE VARGAS DE CELIS**, identificada con la cédula de ciudadanía 28.295.065 por lo explicado en la parte motiva de esta Sentencia.



SEGUNDO: ORDENAR a SANITAS EPS. que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, realice **una valoración domiciliaria** a la señora **CUSTODIA DAZA DE LOZANO** por un equipo que, entre otros, ha de estar conformado por un médico general, y por un trabajador social, con el fin que se determine si requiere del servicio de cuidador domiciliario o enfermería, en cuyo caso positivo se ordenará a SANITAS EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el servicio de cuidador domiciliario permanente o enfermería conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

En caso de que se determine que lo que requiere la usuaria es el servicio de cuidador, deberá determinarse si el núcleo familiar de aquella se encuentra o no en la capacidad física y/o económica de prestarle el servicio en relación con las patologías que dieron origen a este asunto, y en caso positivo, SANITAS EPS deberá asesorar y capacitar al o los familiares que asumirán el rol de cuidador que se requiere según lo ordenado por el grupo interdisciplinario.

En el evento contrario, en el que dicho grupo técnico estime que el núcleo familiar de la agenciada no pueda proveerle tal asistencia sin menoscabo de sus propias condiciones de existencia, se ordena a SANITAS EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el servicio de cuidador, conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

TERCERO: DESVINCULAR del presente tramite a **LA SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER** según se explicó anteriormente.

QUINTO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Artículo 30 del decreto 2591 de 1991, el cual podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia.

SEXTO: Si esta decisión no fuere impugnada, remítase dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO
JUEZ.