

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., 21 de septiembre de 2022

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por **MARÍA ANTONIA PAIBA DE RAMÍREZ** en representación de su esposo **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** en contra de la **EPS-S CAPITAL SALUD**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social.

II. HECHOS

La accionante informó que su esposo de 83 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS CAPITAL SALUD en el régimen subsidiado y el mismo padece de la enfermedad de parkinson, hipertensión arterial sistémica, antecedentes de fractura de cadera derecha, incontinencia urinaria, estreñimiento crónico, úlcera por presión región sacra grado 1, dependencia funcional total y Barthel, ante las cuales su médico tratante ordenó consultas domiciliarias, dentro de las cuales indicó que “...debe mantenerse el servicio de auxiliar de enfermería de lunes a sábado 8 horas diarias para ayudar al cuidado del paciente y prevenir progresión de enfermedades actuales al no garantizarse los cuidados que el paciente requiere, adicionalmente se continua seguimiento por trabajo social, se le explica al paciente y familia quien refiere entender y aceptar”.

Indica que con ello, acudió a la Personería de Bogotá el 1º de septiembre de 2022 para solicitar la intervención ante la EPS CAPITAL SALUD y el 6 de septiembre de 2022 vía telefónica se contactaron con ella, indicándole verbalmente que la enfermera no podía ser suministrada por esa entidad porque

de acuerdo a los antecedentes de su esposo no ameritaba el servicio y además se hizo una auditoria en el que los médicos concluyeron que el usuario no requería de tal servicio y que la familia debía pagar un cuidador.

Aduce que ella cuenta con 85 años de edad y se encuentra a cargo de su esposo y pese a tener todo el interés por velar por sus derechos, acompañarlo y cubrir sus necesidades atendiendo su condición de adulta mayor se encuentra en imposibilidad de continuar asumiendo todo el tiempo de manera continua e interrumpida la atención dada la naturaleza de las enfermedades que padece las cuales son crónicas, degenerativas e irreversibles así como de alto impacto en su calidad de vida, siendo su cuadro clínico el que hizo que el médico tratante estableciera la necesidad de una enfermera 8 horas, valoración que tuvo que haber sido hecha de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de salud, por cuanto si bien ella lo acompaña todo el tiempo no puede brindarle lo que él requiere atendiendo las dificultades que tienen en el desempeño de sus actividades diarias.

Argumenta que su esposo y ella no tienen ingresos económicos para satisfacer sus necesidades básicas, es su única hija la que les suministra los recursos económicos para pago de arriendo, servicios, alimentación y demás gastos que demanda cubrir todo aquello que requiere, por lo tanto no cuentan con capacidad económica para sufragar los costos que demanda el servicio de salud, correspondiendo atender su cuadro clínico a la EPS accionada.

Por lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales de salud, vida digna y seguridad social vulnerados a su esposo y se ordene a la EPS CAPITAL SALUD, autorice y preste el servicio de enfermería domiciliaria por 8 horas de lunes a sábado a favor del señor **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 12 de septiembre de 2022, se admitió la acción constitucional y se ordenó correr traslado de la demanda a la **EPS-S CAPITAL SALUD** a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra y en igual

sentido se vincularon a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES-** y a **VIVIR IPS LTDA.**, para que informaran todas aquellas consideraciones que estimaran pertinentes respecto a los fundamentos de la parte demandante para instaurar la presente acción. Así mismo se ofició al **MINISTERIO DE SALUD** para que se enterara de la acción interpuesta y emitiera su concepto respecto a los hechos descritos en la acción de tutela.

Cada entidad se pronunció de la siguiente manera:

1.- La jefe del grupo de acciones constitucionales del **MINISTERIO DE SALUD** alega la falta de legitimación en la causa por la pasiva como quiera que los hechos y las pretensiones se encaminan básica y directamente en señalar la presunta responsabilidad de CAPITAL SALUD EPS ante la negativa de garantizar la prestación de los servicios de salud al usuario afiliado. Igualmente aclara que, actúa como ente rector en materia de salud, y le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, más de ninguna manera es el responsable directo de la prestación de servicios de salud.

2.- El apoderado General de la **EPS-S CAPITAL SALUD** informa que el paciente NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, activo en Régimen Subsidiado, en la EPS Capital salud en su novena década de vida con múltiples comorbilidades, entre ellas; trastorno cognitivo mayor; como es Enfermedad de Parkinson y en ultima valoración refiere medico domiciliario estable, sin signos de bajo gasto, no signos de dificultad respiratoria, no se evidencian criterios de enfermería como es LEV, traqueostomía, gastrostomía, manejo de heridas, alimentación enteral, que justifique enfermería.

Indica que los galenos tratantes del usuario no han generado ordenes médicas para el servicio de enfermería 8 horas solicitud, por lo que el paciente no cuenta con la orden médica, por lo que la EPS no puede suministrar dicho servicio,

y no puede ordenarlo los jueces en los fallos de tutela, ya que no tienen los conocimientos técnicos y científicos para determinar si un paciente requiere de un medicamento, insumo y/o procedimiento o no, con lo cual la EPS no ha vulnerado derecho alguno del afiliado.

Señala que en junta médica realizada al paciente se retira el servicio de enfermería por no pertinencia, ya que el señor Noel Ramírez no cuenta con criterios para la prestación de este servicio como son: traqueostomía, gastrostomía, aplicación de medicamentos endovenosos, ni ventilación mecánica domiciliaria, servicios en los cuales está indicada la presencia de auxiliar de enfermería y para lo cual recuerda el deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud.

3.- La Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** informa que en historia clínica aportada se observa paciente de 83 años con diagnóstico de enfermedad de Parkinson, hipertensión esencial, incontinencia urinaria con antecedente de fractura de cadera, alto riesgo biopsicosocial a quien el médico tratante ordenó auxiliar de enfermería de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., servicio incluido en el PBS, por lo cual se considera que la EPS accionada debe brindar el servicio solicitado sin dilaciones.

4.- El Apoderado de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-** alega la falta de legitimación en la causa por la pasiva como quiera que es función de la EPS, y no de la Administradora, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha entidad.

5.- La asesora jurídica de **VIVIR IPS S.A.S.**, informa que mediante concepto médico emitido por la coordinación del programa de atención domiciliaria de la institución, se indicó lo siguiente: *“Por medio del presente me permito certificar servicios actualmente activos para el paciente en mención. Paciente quien tuvo su última valoración médica el día 13 de septiembre del año en curso por el profesional*

*MIGUEL DURAN, quien ordenó el siguiente plan de manejo: “***VISITA DOMICILIARIA MENSUAL*** - SE RECOMIENDA Y SOLICITA AUXILIAR DE ENFERMERÍA 8 HORAS DIARIAS DE LUNES A SÁBADO (CUIDADOR POR OCHO HORAS PARA LA TOMA DE SIGNOS VITALES EN CONTEXTO DE PACIENTE CON RIESGO DE DESCOMPENSACIÓN, CAMBIO DE POSICIONES EN CONTEXTO DEL PACIENTE CON RIESGO DE PRESENTAR PUNTOS POR PRESIÓN, ESCARAS O ÚLCERAS EN PIEL, ADICIONALMENTE PARA LAS ACCIONES BÁSICAS DE LA VIDA, CON ÚNICO CUIDADOR NO APTO) TERAPIAS: - TERAPIA FONOAUDIOLÓGICA #8 SESIONES POR MES PARA MANEJO DE TRASTORNO DE LA DEGLUCIÓN - TERAPIA FÍSICA #8 SESIONES POR MES PARA MEJORAR DESACONDICIONAMIENTO FÍSICO”*
Con respecto al servicio de auxiliar de enfermería, se ordena ya que como se explica en historia el cuidador no es idóneo para suplir las necesidades básicas del paciente, sin embargo, no cuenta con criterios para el servicio de auxiliar sino para cuidador. Así mismo el servicio de auxiliar de enfermería se prestó durante un mes por autorización de la EPS en el mes de AGOSTO del presente año, para el mes de SEPTIEMBRE se envió solicitud de autorización, sin embargo, no se recibe autorización para continuar con dicho servicio dado que la pertinencia es para cuidador.”

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.1. Problema Jurídico

Compete establecer si en este caso la **EPS-S CAPITAL SALUD**, vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social al señor **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**, al no prestarle el servicio de auxiliar de enfermería 8 horas diarias de lunes a sábado.

Para ello se analizará en primer lugar la procedibilidad de la acción de tutela, el derecho fundamental a la salud, el servicio de auxiliar de enfermería y cuidador personal, y luego lo probado en el caso concreto.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que **MARÍA ANTONIA PAIBA DE RAMÍREZ** actúa en representación de su esposo **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** en defensa de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, por cuanto el mismo, por el estado de salud en que se encuentra no puede realizarlo de forma personal. Es así que la parte accionante está legitimada para actuar en la presente acción de tutela.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares en ciertos eventos en los que el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

En este evento la **EPS-S CAPITAL SALUD**, entidad particular que presta un servicio de salud, es a quien se le atribuye la violación de los derechos fundamentales de salud, vida digna y seguridad social, acción frente a la cual la parte accionante se encontraría en estado de indefensión para lograr obtener la prestación del servicio de salud que requiere el señor **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**, por la entidad en la que se encuentra afiliado, por lo tanto, es demandable en proceso de tutela.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 12 de septiembre de 2022, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que la entidad accionada no ha gestionado y coordinado lo pertinente para prestar el servicio de auxiliar de enfermería 8 horas diarias de lunes a sábado. En esa medida, **MARÍA ANTONIA PAIBA DE RAMÍREZ** cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que presentó la acción de tutela en vigencia de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su esposo **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela "*solo 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*". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida digna y seguridad social, pueden ser garantizados por medio de acción de tutela, especialmente cuando de la conducta vulneradora alegada se desprenda una afectación grave al titular de los derechos, como acontece en el presente caso, en el que se observa que el agenciado padece de las enfermedades de Parkinson, hipertensión arterial sistémica, antecedentes de fractura de cadera derecha, incontinencia urinaria, estreñimiento crónico, úlcera por presión región sacra grado 1, dependencia funcional total y Barthel, requiriendo su esposa autorización del servicio de auxiliar de enfermería 8 horas diarias de lunes a sábado, para asistir a su pareja en sus actividades diarias.

4.3 Derecho fundamental a la salud

En Sentencia T -178 de 2017, se establece que:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

4.4 El servicio de auxiliar de enfermería y cuidador personal

En este orden de ideas, se debe precisar que existe una diferencia entre auxiliar de enfermería – o enfermero – y cuidador personal, la cual fue explicada en la sentencia T 154 de 2014, la Corte Constitucional precisó:

“Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extrahospitalaria “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 de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”, la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”.

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal 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, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998 de la siguiente manera: "(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)".

En lineamiento con lo previamente dicho, la sentencia T-1079 de 2001 sostuvo que "la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes".

Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección.

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia.

En concordancia con lo arriba planteado, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013, en donde se afirmó lo siguiente:

"En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia."

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que

efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

Igualmente, en sentencia más reciente estableció la Corte Constitucional en su sentencia T-065 -18, **los requisitos excepcionales para otorgar un cuidador**, en los siguientes términos:

“A la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: “En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

*Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que **(i)** existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **(ii)** en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve **imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.*

*Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: **(i)** no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por **(a)** falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o **(b)** debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; **(ii)** resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y **(iii)** carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.*

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio”.

Respecto de los requisitos para que las EPS asuman la prestación del servicio de cuidador, la Corte Constitucional en sentencia T-260 de 2020, realizó el siguiente pronunciamiento:

“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.”

Finalmente, en cuanto al recobro, la Corte Constitucional en su sentencia T 208 de 2017, ha establecido:

“el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 3951 de 2016 previó un mecanismo para reconocer el cobro de los servicios sin cobertura y reguló el procedimiento para hacer efectivo el pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, prescritos por el profesional de la salud u ordenados mediante providencia judicial. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio no cubierto por el PBS o cubierto pero que no tienen cargo a la unidad de pago por capitación -UPC-.”

4.5 Caso Concreto

En el presente caso, **MARÍA ANTONIA PAIBA DE RAMÍREZ** en representación de su esposo **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** interpuso acción de tutela contra de la **EPS-S CAPITAL SALUD**, al no haberse suministrado el servicio de enfermería 8 horas diarias de lunes a sábado.

Es así que, por su parte la **EPS-S CAPITAL SALUD**, refiere que los galenos tratantes del señor **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** no han generado

ordenes médicas para el servicio de enfermería 8 horas solicitado, por lo que el paciente no cuenta con la orden médica y en esa medida la EPS no puede suministrar dicho servicio, aclarando que en junta médica realizada al mismo, se retira el servicio de enfermería por no pertinencia, ya que el paciente no cuenta con criterios para la prestación de este servicio como son: i) traqueostomía, ii) gastrostomía, iii) aplicación de medicamentos endovenosos, iv) ventilación mecánica domiciliaria, servicios en los cuales está indicada la presencia de auxiliar de enfermería y para lo cual recuerda el deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud.

Pues bien, de acuerdo a los documentos aportados en el presente trámite, se observa que el medico tratante del señor NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA adscrito a la EPS-S accionada y quien labora para VIVIR IPS S.A.S., de acuerdo a lo informado por esta institución médica, al valorar al mismo el día 13 de septiembre de 2022 ordenó el plan de manejo *“SE RECOMIENDA Y SOLICITA AUXILIAR DE ENFERMERÍA 8 HORAS DIARIAS DE LUNES A SÁBADO (CUIDADOR POR OCHO HORAS PARA LA TOMA DE SIGNOS VITALES EN CONTEXTO DE PACIENTE CON RIESGO DE DESCOMPENSACIÓN, CAMBIO DE POSICIONES EN CONTEXTO DEL PACIENTE CON RIESGO DE PRESENTAR PUNTOS POR PRESIÓN, ESCARAS O ÚLCERAS EN PIEL, ADICIONALMENTE PARA LAS ACCIONES BÁSICAS DE LA VIDA, CON ÚNICO CUIDADOR NO APTO)”*.

No obstante, dicha IPS aclara que *“Con respecto al servicio de auxiliar de enfermería, se ordena ya que como se explica en historia el cuidador no es idóneo para suplir las necesidades básicas del paciente, sin embargo, no cuenta con criterios para el servicio de auxiliar sino para cuidador. Así mismo el servicio de auxiliar de enfermería se prestó durante un mes por autorización de la EPS en el mes de AGOSTO del presente año, para el mes de SEPTIEMBRE se envió solicitud de autorización, sin embargo, no se recibe autorización para continuar con dicho servicio dado que la pertinencia es para cuidador.”*, motivo por el cual el servicio pertinente para entrar a estudiar en aras de ser concedido o no, corresponde al de cuidador, respecto del cual se verificará la concurrencia de cada uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que sea procedente ordenarlo por vía de acción de tutela conforme a la jurisprudencia antes citada.

En primer lugar, que ***exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador***, requisito frente al cual se encuentra que de la historia clínica emitida por VIVIR IPS S.A.S. se destaca que es un paciente de 83 años con “**Dependencia funcional total**” y presenta como diagnósticos:

- “1. ENFERMEDAD DE PARKINSON
2. HIPERTENSION ARTERIAL SISTÉMICA
3. ANTECEDENTE DE FRACTURA DE CADERA DERECHA
4. DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL. BARTHEL 0/100 PUNTOS
5. INCONTINENCIA URINARIA
6. ESTREÑIMIENTO CRÓNICO
7. ULCERA POR PRESION REGIÓN SACRA GRADO 1
8. ANTECEDENTE DE IRA POR COVID-19

De ello se desprende que si existe certeza desde el punto de vista médico de la necesidad del agenciado de recibir el servicio de cuidador teniendo en cuenta su edad y su delicado estado físico, todo lo cual es consistente con lo descrito por su esposa en el escrito de tutela, situación que derivó en que se consignara también en la historia clínica por parte del médico tratante la solicitud de un cuidador por ocho horas por tratarse de un paciente con riesgo de descompensación, cambio de posiciones en contexto del paciente con riesgo de presentar puntos por presión, escaras o úlceras en piel.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta lo expuesto por la agenciante en su escrito de tutela frente a la condición actual de su esposo, se concluye que el actor se encuentra en una indiscutible condición de dependencia y necesita la ayuda de una persona para transportarse, asearse, alimentarse, vestirse y en general atender sus necesidades básicas.

En cuanto al segundo requisito, se debe verificar que ***la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo***. Este requisito también se encuentra

verificado dado que la misma Corte Constitucional estableció que dicha imposibilidad se presenta al darse por lo menos uno de los siguientes supuestos:

(a) el familiar 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; y, en este caso, la esposa del acusado y quien interpone la acción de tutela es también una persona adulta mayor con 85 años de edad y respecto de la cual el médico tratante determinó en la historia clínica que se estudia lo siguiente: "...por el momento considero continuar con manejo médico instaurado, adicionalmente en quien en visita anterior se había documentado riesgo biopsicosocial dado que el cuidador actual también es adulto mayor que no puede garantizar el cuidado del paciente por lo que se considera que debe mantenerse el servicio (...) de lunes a sábados 8 horas diarias para ayudar el cuidado del paciente y prevenir progresión de enfermedades actuales al no garantizarse los cuidados que el paciente requiere..."

Es de aclarar en este punto que el servicio de enfermería domiciliaria se venía prestando por la EPS accionada durante el mes de agosto de 2022, pero por decisión de la junta médica se ordenó retirar este servicio, no obstante, es el médico tratante el que al valorar al señor NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA solicita y ordena el servicio de auxiliar de enfermería, el cual como ya se explicó corresponde al servicio de cuidador atendiendo lo indicado por VIVIR IPS S.A.S. cuando aclaró que la pertinencia del servicio ordenado es para cuidador.

(b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente, circunstancia que también se presente pues la imposibilidad de la cónyuge no se deriva de su falta de entrenamiento sino de su edad y capacidad física, que no puede ser superada con la capacitación adecuada.

c) la familia carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, criterio que también está presente puesto que es evidente que la agente oficiosa y su esposo, no cuentan con una fuente estable de recursos debido a que no pueden laborar ya que se trata de dos

adultos mayores y no pueden costear dicho servicio, demostrándose la imposibilidad de contratar a un tercero para que le brinde las atenciones que requiere, además que subsisten de la ayuda económica que le suministra su única hija.

En consecuencia, se considera que en el presente caso, están configurados los requisitos para que la obligación de procurar los cuidados básicos del paciente se traslade al Estado, puesto que **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** requiere ser atendido y cuidado por el termino ordenado por el médico tratante, siendo la entidad encargada para realizar la autorización y suministro de dicho servicio de cuidador la **EPS-S CAPITAL SALUD**.

Por lo expuesto, y, como producto de las especiales condiciones que circunscriben el caso en concreto, se ordenará al representante legal de la **EPS-S CAPITAL SALUD** y/o quién haga sus veces, que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio de cuidador a domicilio 8 horas al día de lunes a sábados, a fin de atender todas las necesidades básicas que **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** no puede satisfacer autónomamente debido a sus patologías, por el término que dure el tratamiento dentro de las enfermedades *“1. ENFERMEDAD DE PARKINSON 2. HIPERTENSION ARTERIAL SISTÉMICA 3. ANTECEDENTE DE FRACTURA DE CADERA DERECHA 4. DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL. BARTHEL 0/100 PUNTOS 5. INCONTINENCIA URINARIA 6. ESTREÑIMIENTO CRÓNICO 7. ULCERA POR PRESION REGIÓN SACRA GRADO 1 y 8. ANTECEDENTE DE IRA POR COVID-19.”*

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales incoados por **MARÍA ANTONIA PAIBA DE RAMÍREZ** en representación de su esposo **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA**.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la **EPS-S CAPITAL SALUD** y/o quién haga sus veces, que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio de cuidador a domicilio 8 horas al día de lunes a sábados, a fin de atender todas las necesidades básicas que **NOEL ANTONIO RAMÍREZ HERRERA** no puede satisfacer autónomamente debido a sus patologías, por el término que dure el tratamiento dentro de las enfermedades *"1. ENFERMEDAD DE PARKINSON 2. HIPERTENSION ARTERIAL SISTÉMICA 3. ANTECEDENTE DE FRACTURA DE CADERA DERECHA 4. DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL. BARTHEL 0/100 PUNTOS 5. INCONTINENCIA URINARIA 6. ESTREÑIMIENTO CRÓNICO 7. ULCERA POR PRESION REGIÓN SACRA GRADO 1 y 8. ANTECEDENTE DE IRA POR COVID-19."*

SEGUNDOO: NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BOGOTÁ**

Firmado Por:
Catalina Rios Penuela
Juez
Juzgado Municipal
Penal 028 De Conocimiento
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **653590c482bb20bc6ef924337c47eeb5665f42561bfa56d6fdbb1ae930e1b26c**

Documento generado en 21/09/2022 01:45:29 PM

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