



Cartagena de Indias D. T. y C., tres (03) de julio de dos mil diecinueve (2019).

<b>Acción</b>	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-001-2019-00084-01
<b>Accionante</b>	SHIRLEY PORRAS CONTRERAS
<b>Accionado</b>	NUEVA E.P.S.
<b>Magistrado Ponente</b>	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
<b>Tema</b>	<i>Amparo del derecho fundamental a la salud y vida; reconocimiento de atención domiciliaria en la modalidad de servicio de enfermería</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019)<sup>1</sup>, dictado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por la señora SHIRLEY PORRAS CONTRERAS contra la NUEVA E.P.S.

### II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la presentó la señora SHIRLEY PORRAS CONTRERAS, identificada con cedula de ciudadanía N° 33.155.986, de Cartagena – Bolívar; a través de apoderado judicial.

### III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de la NUEVA E. P. S.

### IV.- ANTECEDENTES

#### 4.1.- Pretensiones<sup>2</sup>.

En ejercicio de la acción de tutela, la accionante, elevó las siguientes pretensiones:

<sup>1</sup>Fols. 102-112 cdno 1

<sup>2</sup>Fol. 4 Cdno 1



Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

"3.1 tutelar los derechos fundamentales **A LA VIDA DIGNA, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, y PETICIÓN**, del señor **Álvaro Porto Rodríguez**, notoriamente vulnerado por la **Entidad Promotora de Salud NUEVA EPS**, por las razones antes anotadas.

3.2 Ordenar a la **Entidad Promotora de Salud NUEVA EPS** que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo que en derecho corresponda, autorice el servicio de enfermería y/o cuidado en casa, por un término de veinticuatro (24) horas x 30 días, durante todos los años de vida que restan al Señor **Álvaro Porto Rodríguez**, a fin de garantizar su calidad de vida de la mejor manera posible."

#### 4.2.- Hechos<sup>3</sup>.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifiesta que, el Sr. **Álvaro Porto Rodríguez**, nació en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C., el día 24 de agosto de 1931; y que en la actualidad tiene 87 años de edad; indicando que, tiene como cónyuge y representante a la señora **Shirley Porras Contreras**.

Expresa que, el Sr. **Álvaro Porto Rodríguez** es un paciente que presenta un cuadro de tres (03) años de deterioro cognitivo, de evolución demencial, caracterizados por compromiso severo y deterioro completo de su funcionamiento global, alteración del comportamiento, función ejecutiva, lenguaje y memoria, alucinaciones, demencia vascular y alteraciones conductuales.

Aduce que, dentro de las características comportamentales, requiere ayuda completa para atender sus necesidades fisiológicas básicas, así como para sus desplazamientos; señala que, requiere supervisión y acompañamiento permanente; alude que tal situación se encuentra soportada en las correspondientes historias clínicas que se aportan.

Sostiene que, el Sr. **Álvaro Porto Rodríguez**, ha venido recibiendo cuidado en casa por el término de 24 horas diarias, durante los siete días de la semana,

<sup>3</sup>Fol 1-2 Cdo 1



treinta días al mes y por los 365 días del año; alegando que el mismo ha sido sufragado a la fecha por la póliza de vida y seguro vigente; mencionando que, por la ampliación y determinación de la misma, se causó en su totalidad.

Añade que, en busca de garantizarle la calidad de vida al Sr. Porto Rodríguez, su cónyuge recurrió a la Nueva EPS, para que dichos servicios continúen a través de esta, y en tal sentido presentó petición el 19 de marzo de 2019, adjuntando los respectivos soportes médicos que acreditan la condición del Sr. Álvaro Porto.

Concluye lo anterior, alegando que desde la fecha de la solicitud a la presentación de esta acción constitucional, han transcurrido más de 20 días, sin que haya posible obtener pronunciamiento de la entidad accionada; indicando que, no se cumplió el término para suministrar respuesta de fondo de acuerdo a lo solicitado, y dejando al azar el estado de salud del Sr. Porto Rodríguez.

#### **4.3.- Contestación de la NUEVA E.P.S.<sup>4</sup>**

La NUEVA E.P.S., a través de correo electrónico de fecha 26 de abril de 2019 presentó contestación a la acción de tutela en los siguientes términos:

La Empresa Promotora de Salud menciona que, en relación con la solicitud de cuidador primario, el usuario tiene un IBC superior a ocho (08) salarios mínimos, indicando que el mismo cuenta con capacidad de pago para el suministro del servicio NO PBS CUIDADOR requerido.

En ese orden de ideas, la accionada cita las Resoluciones 5928 y 5929 de 2016, por medio de las cuales se regula la prestación del servicio NO POS de cuidador primario.

Menciona que, el acto administrativo 5928 del 30 de noviembre de 2016, en su artículo 5, fija los requisitos adicionales para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador, expresando que los mismos se aplicaran, para el servicio de cuidador autorizado por la EPS o EOC. De esa forma, explica que, la norma restringe la posibilidad de recobro de servicios de cuidador en los casos en que

<sup>4</sup> Fols 39-45 del Cdno 1



Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

se demuestre que el afiliado o su núcleo familiar acumulen ingresos anuales superiores a 8 SMLMV, alegando que tal situación, ocurre con el Sr. Álvaro Porto Rodríguez.

Indicando que, no es posible acceder a la solicitud de suministrar el servicio de cuidador primario al Sr. Álvaro Porto, manifestando que, el mismo es una exclusión del PBS, y porque, de acuerdo a los lineamientos del Ministerio y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el mismo no reúne los requisitos para que el servicio sea garantizado por parte de la EPS.

Concluye, expresando que no se puede acceder a la solicitud incoada en la acción de tutela, por que trae como consecuencia directa que, la Entidad Promotora del Servicio de Salud, destine recursos propios de la salud, a la prestación de un servicio en el cual la concurrencia del Estado solo se manifiesta de manera residual, pues el afiliado y su familia deben concurrir de forma solidaria a sufragar los gastos.

#### **V.- FALLO IMPUGNADO<sup>5</sup>**

El Juzgado Décimo Primero del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

**"PRIMERO: CONCEDER** el amparo constitucional del derecho fundamental de petición del señor **ÁLVARO RODRÍGUEZ PORTO**, identificado con la C.C No 502.000

**SEGUNDO: ORDENAR,** a la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, notifique al peticionario el oficio de fecha 20 de marzo de 2019, en la dirección señalada en la petición.

**TERCERO: Negar las restantes pretensiones de la demanda."** (...)

Menciona el A quo que, en la acción constitucional se pretende que se le suministre al señor Álvaro Porto Rodríguez, de manera permanente el servicio de enfermería durante 24 horas al día.

<sup>5</sup> Ver nota No. 1



Expresa que, analizado el material probatorio y conforme a los hechos probados expuestos, encontró, que si bien la necesidad de un cuidador se encuentra avalada por un concepto médico, no se advierte que el señor Porto Rodríguez o su núcleo familiar se encuentran impedidos para asumir dicha carga, lo que a su juicio, constituye un requisito esencial para que la misma pueda ser trasladada al Estado y a la sociedad, tal como lo expone la Corte Constitucional.

En ese sentido, aduce que, en virtud de la certificación aportada por la Nueva EPS, se vislumbra que en el año 2019, el paciente obtiene ingresos mensuales por la suma de \$7.117.123; indicando que el expediente no existe prueba que acredite que, estos resulten insuficientes para atender las necesidades y asumir el costo que conlleva el servicio.

Aduce el Juez de Primera Instancia que, se destaca que en la solicitud de amparo se adujo una vulneración del derecho al mínimo vital, como tampoco se señaló ninguna circunstancia que permita inferir una vulneración de dicho derecho.

Explica que, no se encuentran acreditados los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que, de manera excepcional, el Estado asuma la carga de proveer el servicio de cuidador a los pacientes que lo requieran; motivo por el cual, niega las pretensiones.

El A quo, frente a la vulneración del derecho de petición, manifiesta que la entidad accionada emitió el 20 de marzo de 2019, respuesta a la solicitud radicada por la parte actora el 19 de marzo de 2019; mencionando que, la misma fue enviada por la entidad a través de un empresa de correo, siendo devuelta por esta, con la advertencia de que fue enviado a la dirección: "CALLE 5 N 13 37 APTO 602 EDIF MARRUS CASTILLOGRANDE", señalando que, es distinta a la establecida en la petición, la cual es, "barrio castillo grande, calle 5 No. 7-45, edificio puerta del mar apartamento 1202.

Concluye que, el derecho de petición no se garantizó, en la medida que la respuesta proferida por la accionada no fue comunicada; y por tal motivo se encuentra probada la vulneración del derecho fundamental de petición.



## VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN<sup>6</sup>

En el escrito de impugnación, la parte accionante, menciona que, si bien es cierto el señor Álvaro Porto Rodríguez, en su calidad de pensionado de Colpensiones, obtiene unos ingresos superiores a los \$ 7.000.000; tal monto se encuentra sujeto a los descuentos de ley; señalando que, pese a la condición del Sr. Porto Rodríguez, el mismo debe sufragar una estricta alimentación, servicios públicos, transporte, medicinas, empleada doméstica; aduciendo que, entre esos gastos deben incluirse los de manutención y sostenimiento de la señora Shirley.

Indica que, no se puede inadvertir que, el Sr. Porto Rodríguez; hace parte de aquellos considerados de especial protección constitucional; aduce que por su edad de 87 años recurre a la prestación de salud extrahospitalaria, con el fin de que se le pueda brindar solución a sus problemas de salud en el domicilio o residencia.

Alega que, no puede el Juez Constitucional olvidar que si bien la acción de tutela es un trámite cortó para el acceso a la justicia, se debieron realizar las labores propias de lo probado; en virtud de los presupuestos fácticos; expresando que, pese a las características que se detallaron, el Juez de primera instancia, pudo optar por una visita domiciliaria que corroborara lo dicho en el escrito de tutela.

Señala que, no puede perderse de vista, el historial clínico y médico del paciente, quien por primera vez recurrió a la EPS para obtener el servicio de enfermería y cuidado en casa; indicando que, anteriormente el mismo, era suplido por una póliza de seguro que lo amparaba.

Menciona que, el servicio de enfermería o cuidado en casa, no resulta ser un deseo, lujo o capricho; sino más bien un recurso o herramienta que ofrece el Sistema de Seguridad Social, con la finalidad de atender todas las necesidades básicas.

---

<sup>6</sup> Fols 114-117 Cdo no 1.

Concluye, solicitando se sirva a revocar el numeral tercero (03) del fallo de tutela de fecha 08 de mayo de 2019.

### **VII.-RECUESTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por auto de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)<sup>7</sup>, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió la impugnación, interpuesta por el accionante., en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 31 de mayo de 2019<sup>8</sup>, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el mismo día<sup>9</sup>.

### **VIII.-CONSIDERACIONES**

#### **8.1.-Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

#### **8.2.- Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico se circunscribe en:

*¿Existe vulneración por parte de la NUEVA E.P.S de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y vida digna del señor Álvaro Ismael Porto Rodríguez, el no reconocimiento del servicio de enfermería y/o cuidador las 24 horas del día, al accionante?*

Para arribar a la conclusión anterior, abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional (iii) Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (iv) Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan

<sup>7</sup> Fol. 119 Cdno 1.

<sup>8</sup> Fol. 3 Cdno 2,

<sup>9</sup> Fol. 5 Cdno 2.



Obligatorio de Salud; (v) La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador; y (vi) caso concreto.

### **8.3.- Tesis de la Sala**

La Sala Modificara el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha ocho (08) de marzo de dos mil diecinueve (2019), toda vez que, en el expediente se acredita que, el servicio de atención domiciliaria se encuentra prescrito por el galeno; para la atención de las necesidades que conlleva el padecimiento del señor Álvaro Ismael Porto Rodríguez.

### **8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se



pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **8.4.2.- Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional**

La Corte constitucional, en sentencia T -104 de fecha 20 de enero de 2017 Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, concibe la salud como un servicio público y un derecho fundamental a cargo del Estado, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende exigible por vía de la acción de tutela.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *"afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez"*<sup>10</sup>, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

La H. Corte constitucional en reiterados postulados ha manifestado que<sup>11</sup>, tratándose de la acción de tutela como mecanismo constitucional tendiente a garantizar los derechos fundamentales, procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



En ese sentido sintetiza la corte que al tratarse de personas mayores de edad, la acción de tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos.

#### **8.4.3. - Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas**

En base al principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional<sup>12</sup>, ha manifestado que, el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Por lo que debe ir encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, motivo por el cual, se deben direccionar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos que buscan proporcionarle al paciente el mayor bienestar posible.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación en postulado de la Sentencia T-617 de 2000 aduce que:

*" El desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución Política, si no la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas".*

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 de la ley 1751 de 2015<sup>13</sup>, es suministrable todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos

<sup>12</sup> Sentencia T-014 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, M.p Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>13</sup> ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

que requiera el paciente, siempre y cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana.

#### **8.4.4 Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud**

A la luz de la Corte Constitucional, la trascendencia del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

---

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.



Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que el suministro de insumos implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

#### **8.4.5 La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador<sup>14</sup>.**

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "Plan de Beneficios en Salud" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una "alternativa a la atención hospitalaria institucional" que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "servicio de enfermería" constituye una especie o clase de "atención domiciliaria" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión

<sup>14</sup> Sentencia T- 605 de veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por la H. Corte constitucional, bajo el proceso con radicado T-6.423.733.



Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, por lo que la Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de "servicio o tecnología complementaria" se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia



C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que 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)".

Manifiesta la H. Corte Constitucional que, 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.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, se ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

#### **8.4.6 El suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud<sup>15</sup>.**

La Resolución 5269 de 2017, se refiere a la atención domiciliaria como una "modalidad 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". De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos.

<sup>15</sup> Sentencia T-336 de 2018, proferida por la Corte constitucional, M.P GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, bajo el proceso con radicado T-6.700.493



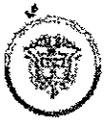
Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual debe ser asumido por las EPS, siempre que: (i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al primer presupuesto para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar 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". Así las cosas, el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial y que por la materia, están sujetas al respeto de la *lex artis*.

Conforme a lo anterior, los cuidados básicos de una persona que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud. Por lo general, la ley y la jurisprudencia han reconocido que en virtud del principio de solidaridad este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud, siempre que estas cargas no resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. En otras palabras, al deber de cuidado a cargo de las familias no puede atribuirse un alcance tal que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente.

En suma, las EPS están obligadas a suministrar la atención domiciliaria cuando el médico tratante así lo ha prescrito para atender las patologías que padece el paciente y la prestación del servicio no pretende suplir el apoyo y los cuidados básicos que, conforme a principios de razonabilidad y proporcionalidad, son atribuibles a la familia. De este modo, las EPS no están en la obligación de prestar la atención domiciliaria, cuando se presentan las siguientes circunstancias:



Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

"(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"

#### 8.5.-Caso concreto.

En el asunto bajo estudio, se tiene que, el accionante, en el escrito de impugnación, solicita que se revoque la decisión proferida por el A quo, en la sentencia de fecha ocho (08) de mayo de 2019; en la cual se decidió no amparar el derecho fundamental de la salud y a la vida del señor Álvaro Ismael Porto Rodríguez

#### 8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Poder especial otorgado por Shirley Porras Contreras en su calidad de cónyuge del señor Álvaro Porto Rodríguez, al Dr. Alfonso Lentino Rodelo.<sup>16</sup>
- Copia de la solicitud de servicios de enfermería ante la Nueva EPS.<sup>17</sup>
- Copia de remisión para "*valoración domiciliaria médica por control de crónicos*"; fechado el once (11) de diciembre de 2018, Expedida por la Nueva EPS<sup>18</sup>
- Copia de la historia clínica del señor Álvaro Porto Rodríguez, en la que consta el diagnóstico de "*historia familiar de otros trastornos mentales y del comportamiento; insuficiencia renal no especificada*"; en ese mismo documento se "*considera valoración domiciliaria medica por control de crónicos, hipertenso controlado, seguimiento por cardiología, nefrología, psiquiatría, neurología. Dependencia total. Realiza escala de Barthel.*" (visible a folios 12 a 14 cuaderno principal).
- Copia del índice de Barthel (visible de folio 15 a 16 del cuaderno 1).

<sup>16</sup> Fols. 7 Cdno 1

<sup>17</sup> Fols. 8-9 Cdno 1

<sup>18</sup> Fols. 11 Cdno 1



- Copia de radicación de solicitud de servicios, de fecha 31 de enero de 2019, proferida por la Nueva EPS; en la cual se le ordena por el término de 12 horas diurnas a domicilio a favor del señor Álvaro Porto Rodríguez. (visible a folio 18).
- Certificación de dependencia funcional, perteneciente al Sr. Álvaro Porto Rodríguez; en el que consta que presenta una dependencia funcional severa. (visible a folio 22 del expediente).
- Registro civil de matrimonio del Sr. Álvaro Ismael Porto Rodríguez, (visible a folio 24 del expediente).
- Copia de evaluación del paciente, expedida por el Centro médico Buenos Aires (visible a folios 34-35 ).
- Certificación de dependencia funcional; expedida por Centro médico Buenos Aires (visible a folio 37 del expediente).
- Respuesta de derecho de petición (visible a folios 46 -49 del expediente).
- Certificación por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud del Sr. Álvaro Ismael Porto Rodríguez, del periodo comprendido entre 01/08/2008 al 01/04/2019. (visible de folios 52 a 56 del expediente)

#### **8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

A este punto, se tiene que por intermedio de apoderado judicial, se promovió acción de tutela, la cual estaba dirigida a la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida, vida digna y derecho de petición del señor Álvaro Porto Rodríguez; la finalidad de la acción constitucional estaba encaminada al reconocimiento de servicio de enfermería y/o cuidado en casa, por el término de veinticuatro (24) horas del día por treinta días.

En ese sentido; mediante sentencia de 08 de mayo de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se pronunció acerca de la solicitud; aduciendo que, no se encontraban acreditados los supuestos que la jurisprudencia constitucional había establecido para que excepcionalmente se asuma la carga del servicio de cuidador a favor del Estado, motivo por el cual se concedió parcialmente el amparo solicitado, encontrándose vulnerado, el derecho fundamental de petición, frente a la solicitud por el accionante el 19 de marzo de 2019.



En ese orden de ideas, mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2019 radicado en el Juzgado de primera instancia el accionante presentó impugnación contra providencia de primera instancia, argumentado que si bien es cierto, el Sr. Porto Rodríguez, obtiene unos ingresos superiores a los 7 millones de pesos, los mismos están sujetos a los descuentos de ley; así mismo, menciona que, es obligación de la Nueva EPS, proporcionarle la atención domiciliaria en casa al Sr. Álvaro Ismael Porto, en razón a su estado de salud y a su especial protección constitucional.

Ahora bien, antes dar respuesta al problema jurídico, esta Corporación se pronunciara sobre la figura de atención domiciliaria; la cual se encuentra consagrada en el artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013, por medio del cual se establece que la atención domiciliaria "es una alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud".

Bajo el mismo entendido, la Resolución 5857 del 2018, plantea la figura de atención domiciliaria de la siguiente manera;

*"Artículo 26. Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada sólo para el ámbito de la salud.*

*Parágrafo. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes."*

Frente a este supuesto, la Corte Constitucional ha distinguido dos figuras que, hacen parte de la atención domiciliaria, la primera es el auxilio de enfermería que se presta por concepto de "servicio de enfermería" y el cual constituye una especie o clase de "atención domiciliaria" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan



imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente; y la segunda es la figura del cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

En ese orden de ideas; la Corte Constitucional manifiesta que<sup>19</sup>; la eps debe asumir la atención del servicio de enfermería cuando; *(i) medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad.*

Ahora bien, de folios 34 a 35 del expediente, obra evaluación médica de cuidado en casa, en la que se hace constar lo siguiente;

(...) " realizó visita médica en compañía de familiar y cuidadora particular, que refiere que el paciente se encuentra estable, presenta episodios de dificultad en la deglución, niega otros síntomas de importancia, actualmente paciente consiente, alerta , adecuada respuesta a interrogatorio, (..)

(...) Presenta secuelas neurológicas y motora importantes dadas por patologías de bases y episodios de desorientación deambula solo con ayuda importante de terceros, paciente con episodios de (...) macroscópicas recurrentes asociados a cambio de sonda vesicular, sangrado ligado a patología prostáticas de base y estreches a la vía uretral con episodio intermitente de hipotensión "(...)

Atendiendo al diagnóstico anterior, la respuesta al problema planteado es positiva, motivo por el cual , es la obligación de la Empresa Prestadora del Servicio de Salud – Nueva EPS, dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 de la Resolución 5857 de 2018, como quiera que, el accionante requiere de atención especializada para el cambio de sonda vesicular, procedimiento que solo puede realizar personal con conocimiento científico; a tal fin de cumplir

<sup>19</sup> Ver cita N° 15.



Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

con los cuidados paliativos necesarios para la atención de las necesidades que conlleva los padecimientos acaecidos por el actor.

Así las cosas, la Sala en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional, en la sentencia T-036 de 2018; ordenará el cumplimiento de lo prescrito por el galeno a folio 18 del cuaderno principal, y le concederá al accionante por el término de 12 horas diarias, hasta nueva orden; el servicio de enfermería; como quiera que, el actor necesita procedimiento subcutáneo que requiere, la experticia del personal de salud.

Por lo antes expresado, esta Sala **Modificará** el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de primera instancia, al encontrar vulnerado el derecho fundamental de salud del accionante.

### 8.8. Conclusión

Colofón de lo anterior, se encuentra acreditada la necesidad del tutelante del servicio de enfermería, toda vez que, el no reconocimiento del mismo implica vulneración al derecho a la salud; toda vez que, el Sr. Porto Rodríguez, necesita cambio de sondas, mismo que solo lo pueden realizar personal con experiencia y conocimientos médicos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha ocho (08) de mayo de 2019, el cual quedara de la siguiente manera:

**TERCERO: AMPARAR** a los derechos fundamentales a la salud, vida y vida digna; del señor Álvaro Ismael Porto; y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR**, a la Nueva EPS autorizar el servicio de enfermería por el término de 12 horas diarias, hasta nueva orden.

**SEGUNDO: NOTIFIQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



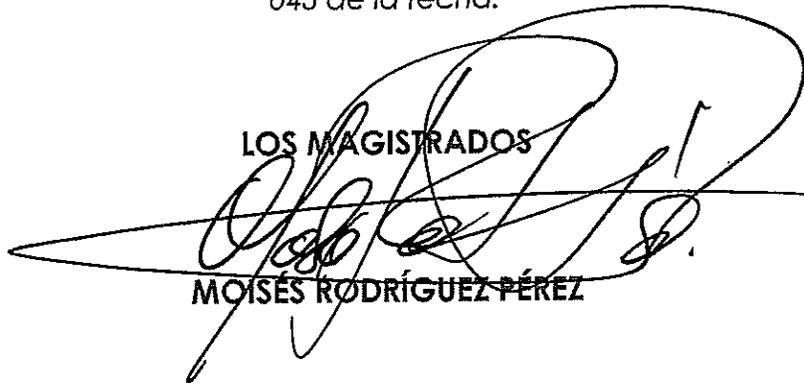
Radicado: 13-001-33-33-001-2019-00084-01

**TERCERO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

**CUARTO:** Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 043 de la fecha.*

LOS MAGISTRADOS  
  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA.
Radicado	13-001-33-33-001-2019-00084-01
Accionante	SHIRLEY PORRAS CONTRERAS
Accionado	NUEVA E.P.S.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Amparo del derecho fundamental a la salud y vida; reconocimiento de atención domiciliaria en la modalidad de servicio de enfermería

