



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS DE CALI**

**SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 16
RAD. 760014003-009-2023-00009**

Santiago de Cali, 3 de febrero de 2023

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: EDUARDO LOZANO
AGENTE OFICIOSO: JENNY LOZANO ZAMBRANO
ACCIONADA: SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD - SOS
VINCULADA: MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
SUPERINTENDENCIA DE SALUD
ADRES

I.- OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Proveer acerca de la acción de tutela instaurada por la señora **JENNY LOZANO ZAMBRANO** como agente oficioso de **EDUARDO LOZANO**, actuando en nombre propio en contra de la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS** por la presunta vulneración al derecho fundamental a la salud, seguridad social y vida.

II.- ANTECEDENTES

La demanda y hechos relevantes.

- *“... Mi padre el señor Eduardo Lozano, es un adulto mayor que cuenta con 85 años actualmente.*

En el año 2015 fue diagnosticado con alzheimer, una enfermedad degenerativa que con el pasar de los últimos años, ha limitado su movilidad completamente y lo ha obligado a permanecer postrado en cama sin poder levantarse de esta por sí mismo, no control esfínteres por lo que debe utilizar pañales los cuales deber ser cambiados por otra persona, no tiene capacidad para realizar actividades cotidianas como ducharse, cepillar sus dientes, vestirse, caminar o comer alimentos sólidos debido a que olvidó masticar. Así mismo ya no recuerda a ninguna persona a su alrededor y no tiene noción de espacio tiempo.

...

Además del Alzheimer, mi padre tiene secuelas de un ACV, sufre de hipotiroidismo y toma medicamento para controlar su presión arterial.

Una de las secuelas que han dejado estas enfermedades cerebrovasculares, es que mi padre ha perdido el proceso de la deglución, por lo que su alimentación se basa en alimentos espesos. A raíz de esto, hemos solicitado (en diversas ocasiones a la EPS, enviar a un profesional en nutrición que realice una valoración y de ser necesario, enviar los suplementos alimentarios para que mi padre Eduardo no presente más afectaciones en su salud, pero no hemos tenido éxito.

Estado de salud de mis padres es delicado, y requiere de un cuidado continuo y permanente, pues como lo mencione anteriormente necesita ayuda para poder realizar sus necesidades básicas. A su vez, debido a su enfermedad, requiere de

terapia física integral para fortalecimiento muscular, mejorar movilidad y evitar mayor postración, terapia de fonoaudiología integral, manejo de secreciones, trastorno deglutorio, habla y leguaje, terapia ocupacional integral mejorar procesos de memoria, motricidad fina, funcionalidad e independencia de paciente y curación en la zona de los glúteos por escara.

Lo anterior se realiza a través de visitas domiciliarias por profesionales en la salud varias veces a la semana.

El 9 de diciembre de 2022, radiqué un derecho de petición ante la entidad accionada en esta tutela, solicitado el envío de una auxiliar de enfermería en el hogar de mis padres, para que desempeñe las labores del cuidado y manejo en un 100% de mi padre, así como la realización de terapias de forma diaria.

No fue sino hasta el 6 de enero del presente año, que las oficinas de la EPS S.O.S. me contestó de forma verbal, que según la valoración y auditoria de un médico, mi padre no necesitaba del servicio de una enfermera para su cuidado, cabe resaltar que dicha respuesta fue informada de manera presencial, pero la EPS acordó que me harían llegar la contestación de forma escrita a través de mi correo electrónico, pero hasta la fecha no me ha llegado.

La decisión de la EPS es totalmente contradictoria con el historial clínico que presenta mi padre y las valoraciones de diferentes profesionales, quienes han reconocido que mi padre depende totalmente de un cuidador y debe ingresar al programa integral domiciliario.

Actualmente quien está realizando los cuidados de mi padre, es mi mamá la señora Bertha Zambrano, quien también es una adulta mayor de 82 años, que no cuenta con la fuerza suficiente para realizarlos de manera eficaz y completa y tampoco comprende los cuidados específicos que debe realizarse.

Como hija, me es imposible realizar los cuidados específicos y continuos que requiere mi padre, pues no vivo con él y debido a mi trabajo, me la paso gran parte del día fuera de casa, trabajo que además no puedo dejar pues no podría suplir mis necesidades básicas ni las de mis hijos menores de edad.

No existen otras personas de nuestro núcleo familiar que puedan desempeñar dichos cuidados específicos, pues ello requiere de conocimiento para realizar todo su manejo y la permanencia total en la vivienda. Ni tampoco contamos con los recursos económicos para contratar a alguien externo.”

Por lo tanto, solicita se ordene a la entidad autorice el envío de un auxiliar de enfermería al domicilio del actor para que le realicen los cuidados específicos para su salud y bienestar.

II.-TRAMITE PROCESAL

El Juzgado mediante el auto interlocutorio No. 81 del 20 de enero de 2023, admitió la acción de tutela y requirió a la entidad accionada para que en el improrrogable término de dos (02) días procediera a ejercer su derecho a la defensa conforme a los hechos expuestos en el libelo demandatorio. Así mismo se vinculó al **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA DE SALUD y ADRES**, para lo de su cargo.

VI.-CONSIDERACIONES

- 1.-** Este despacho es competente para asumir y definir el trámite constitucional iniciado por la parte accionante.
- 2.-** El problema jurídico que se somete a consideración del despacho estriba en

determinar si hay vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante por parte de la entidad accionada.

3.- La acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley.

Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza de derechos fundamentales de quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual de la garantía constitucional afectada.

Contestación de la entidad accionada.

EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS

La apoderada de la EPS, en respuesta a la presente acción constitucional manifestó:

“... Se revisan los soportes adjuntos en el expediente de tutela, dentro de los cuales no se encuentran órdenes médicas que soliciten servicios domiciliarios como ENFERMERÍA

Con relación al servicio de enfermería, es importante resaltar que la auxiliar de enfermería es un personal de salud que apoya en el tratamiento del manejo médico (como por ejemplo para aplicación de medicamento por infusión intravenosa o soporte por ventilación mecánica) EL CUAL HASTA EL MOMENTO NO HA SIDO SOLICITADO POR EL MÉDICO TRATANTE. Durante una consulta por el servicio del prestador de atención domiciliaria se debe evaluar la necesidad de solicitud de auxiliar de enfermería por medio de un instrumento conocido como ESCALA DE PERTINENCIA DE ENFERMERÍA. La misma evalúa la condición clínica del paciente y determina la pertinencia y necesidad del apoyo de personal auxiliar de forma objetiva.

De esta manera, la Corte ha dejado plenamente establecido que el servicio de enfermería se trata de un servicio médico que requiere para su autorización obligatoriamente de orden médica por profesional tratante y que depende para ser suministrado de unos criterios técnicos –científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional por ser esta una función que resulta totalmente ajena¹.

...

Conviene agregar que el paciente se encuentra registrado en RPOGRAMA DOMICILIARIO y está recibiendo manejo INTEGRAL por parte de la EPS en su domicilio a través del prestador COMFANDI, quien presta los siguientes servicios entre ellos VISITA MÉDICA MENSUAL, TERAPIAS, ORDENAMIENTO DE MEDICAMENTOS, LABORATORIOS, EXÁMENES DIAGNÓSTICOS, INSUMOS, CAMA HOSPITALARIA entre otros.

...

Dentro de dicho PROGRAMA DE PACIENTE CRÓNICO el profesional determina la pertinencia de EDUCACIÓN AL CUIDADOR.

En Historia Clínica se observa que se aplicaron dos escalas, la de entrenamiento a CUIDADOR, arroja 26 puntos, por lo cual se CONSIDERÓ PERTINENTE dicho servicio, mientras que la de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, arroja 1 punto, CONSIDERANDO NO PERTINENTE el servicio, pues el paciente NO CUMPLE con los criterios médicos para la asignación permanente de un profesional médico:

Plan : PACIENTE CON ENFERMEDAD NEURODEGENERATIVA CON SECUELAS DE ACV, HOSPITALIZACIÓN 7.12.22 AL 20.12.22 CLINICA VERSALLES POR NAC REQUIRIO MANEJO CON AMINOPENICILINA MÁS INHIBIDOR Y MACRÓLIDO, ADEMÁS EN EL MOMENTO USUARIO DE SONSAS NASOYEYUNAL. PACIENTE CON DEPENDENCIA TOTAL DE CUIDADOR ADULTO MAYOR (ESPOSA CON ALTA MORBILIDAD) QUIEN DEBE CONTINUAR EN PROGRAMA CRÓNICOS DOMICILIARIOS CON: -VISITA MÉDICA PRÓXIMA EN 1 MES AJUSTES DE MANEJO Y PRESCRIPCIONES. -TERAPIA FÍSICA INTEGRAL PARA FORTALECIMIENTO MUSCULAR, MEJORAR MOVILIDAD Y EVITAR MAYOR POSTRACIÓN. -SE SOLICITA CONTINUAR CON TERAPIA FONOAUDIOLÓGICA INTEGRAL MANEJO DE SECRECIONES, TRASTORNO DEGLUTORIO, HABLE Y LENGUAJE. -TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRAL MEJORAR PROCESOS DE MEMORIA, MOTRICIDAD FINA, FUNCIONALIDAD E INDEPENDENCIA DE PACIENTE. -SE SOLICITA CONTINUAR CON TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL MEJORAMIENTO MECÁNICA VENTILATORIA Y MANEJO DE SECRECIONES EN PACIENTE POSTRADO. -SE SOLICITA VALORACIÓN POR NUTRICIÓN CUBRIMIENTO DE REQUERIMIENTOS PROTEICO-CALÓRICOS NECESARIOS. ** -PENDIENTE VALORACIÓN CON DERMATOLOGÍA (ANTEC CARCINOMA PIEL). **SE SOLICITA VALORACIÓN POR TERAPIA ENTEROSTOMAL ULCERA PP SACRA. *VIGENTE FÓRMULA MEDICAMENTOS DE BASE POR 4 MESES (NOV 22). *VIGENTE FÓRMULA DE ÓXIDO DE ZINC 25/100 POTE 500 GR 2 POR MES. *VIGENTE MIPRES DE PAÑALES TALLA L CAMBIO 4 VECES AL DÍA POR 6 MESES. CONCILIACIÓN MEDICAMENTOS DE BASE X 3 MESES PARA: VALSARTÁN 160 MG VO CADA DÍA / LACTULOSA 1 SOBRE VO CADA 8 HORAS //QUETIAPINA 25 MG DAR MEDIA TABLETA EN LA NOCHE. SE SUGIERE ENTRENAMIENTO A CUIDADOR Y /O ASIGNACIÓN AUX ENFERMERÍA POR LO QUE SE DILIGENCIA ESCALA: -ENTRENAMIENTO A CUIDADOR 26 PUNTOS - ASIGNACIÓN AUX DE

Fecha Impresión: 23.12.2022 - Hora: 17:33:28 Página 6 de 13

Por ello, ante la formulación la EPS autorizó EDUCACIÓN A CUIDADOR POR PERSONAL DE ENFERMERÍA X 6 HORAS DIARIAS POR 3 DÍAS, el prestador nos envía los siguientes soportes de materialización:

NOTA AUXILIAR DE ENFERMERÍA

Ingreso a domicilio a las 11:00 hago respectivo cambio de ropa, lavado de manos y uso de los implementos de protección personal. DX Alzheimer, Hipotiroidismo, incontinencia urinaria. DISPOSITIVO: Sonda Nasoyeyunal. Encuentro paciente masculino de 85 años con Cc 6040402 en cama, posición de cubito supino, con úlcera por presión en zona sacra, movilización motora nula, con atadura en manos desde su egreso de clínica por intento brusco de retiro de la sonda Nasoyeyunal, en miembros superiores zona de (codo) y miembro inferior zona (talón) protección con gasa para evitar úlcera por zona de presión. Se realiza educación al familiar (nuera) Angelica Paola Herrera serrano sobre cuidados que se deben de tener al iniciar la alimentación enterado por la sonda Nasoyeyunal. 11:30 se inicia baño de paciente en cama, con ayuda y supervisión de familiar, secado, hidratación de piel, limpieza en zona sacra (úlceras por presión), se deja nuevamente sellada con apósito. Cambio de tendido de cama al finalizar se deja paciente de cubito supino, en buen estado. 12:00 se realiza toma de signos vitales. 12:20 se realiza cambio de posición a cubito lateral derecho, paciente queda dormido. 13:30 se realiza cambio de posición a semi sentado para iniciar paso de alimentación enterado. 13:46 irrigación de sonda con 40cc de agua, venodilisis irrigador, se conecta y se deja pasando 250ml x 2 horas. Goteo 40gxmin. Paciente queda tranquilo y dormido. 15:46 finaliza alimentación, se desconecta equipo, se irriga sonda Nasoyeyunal con 40cc de agua, paciente queda de cubito supino, dormido. 16:18 se realiza limpieza de equipo dejando limpio. 16:40 se realiza toma de signos vitales. 17:09 finalizo turno dejando paciente en posición de cubito lateral izquierdo, dormido, con atadura en manos para evitar que extraiga sonda Nasoyeyunal, apósitos para evitar zonas de presión en codos y talón derecho, queda en compañía de familiares y en buen estado.

...

Por lo cual solicitamos declarar improcedente la presente acción de tutela, puesto que la EPS dio cumplimiento al ordenamiento médico de profesional de nuestra red.”

...

No existe negación de servicios, pues la acción de tutela busca obtener servicios sin pertinencia médica. Ante lo anterior es importante indicar que el profesional médico es el único profesional idóneo para determinar conforme a criterio científico la pertinencia de servicios médicos.

De este modo se logra evidenciar que no se constituye una negativa el no acceder a servicios a petición subjetiva de los usuarios, pues mi representada solo puede garantizar lo ordenado por médico adscrito a S.O.S y de conformidad a la normatividad vigente.”

Es así que solicita se declare que no existe negación de servicios por parte de la EPS SOS S.A. y en consecuencia solicita se declare improcedente la acción y que se nieguen los servicios que no cuentan con orden médica.

- ADRES

A través del jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, señaló frente a los hechos de tutela que:

“... De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, 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 esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su

red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

...

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Adicionalmente, se implora NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación. ..."

Es así que solicita, se niegue el amparo solicitado, así como el recobro a dicha entidad.

- SUPERINTENDENCIA DE SALUD

Por medio del Subdirector Técnico adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, indicó que los violación de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la entidad, pues aduce que los fundamentos facticos de la acción, se desprenden que el accionante requiere el servicio médico que son negados por tabas administrativas presentadas por la EPS, quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestaciones de los servicios requeridos en la tutela.

De igual manera, hace referencia que la SUPEIRTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no es superior jerárquico de los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud y frente al caso concreto.

Solicita, finalmente se declare la inexistencia de nexo de causalidad entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales incoadas por la parte accionante y la Superintendencia, así como la falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia se ordene su desvinculación.

- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

La representante judicial del Ministerio, en respuesta a la presente acción de tutela señalo que:

"... En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones, tal y como se sustentará más adelante.

...

Frente al SERVICIO DE ENFERMERÍA se encuentra definida en la Resolución 2808 de 2022 "por la cual se disponen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la unidad de pago por capitación (upc)". que regula el Plan Obligatorio de Salud, como un "conjunto de procesos a través de los cuales se materializa la prestación de servicios de salud a una persona en su domicilio o residencia, correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural" (artículo 8, numeral 6).

A partir de esta definición, el Artículo 25 hace una distinción entre lo que está cubierto y lo que no está cubierto en el POS. Esta distinción separa las intervenciones propiamente sectoriales, que son aquella en las que se requiere personal médico capacitado, de otras necesidades de acompañamiento que todas las personas con afectaciones en salud pueden requerir potencialmente pero que no son realmente servicios en salud, aunque bien pueden ser provistos por personal de enfermería.

Precisa esta disposición lo siguiente:

"(...) Artículo 25. Atención domiciliaria. La atención en la modalidad extramural domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC, en los casos que sea considerada pertinente por el profesional tratante, bajo las normas 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 y entidades adaptadas, a través de las IPS, serán responsables de garantizar las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, según lo dispuesto en las normas vigentes (...)"

Por otra parte, el servicio de cuidador, aunque sea prestado por un profesional de salud, como es un profesional o auxiliar de enfermería, no estaría financiado con los recursos destinados a la salud, como lo establece ella Ley 1751 de 2015 Estatutaria en Salud sobre determinantes sociales de la salud señala que deberán ser financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de la salud.

"Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.

Parágrafo. *Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud." (subrayado fuera del texto)*

Como puede verse, la atención domiciliaria cubierta en el PBS es aquella que (1) es una alternativa a la atención hospitalaria institucional, es decir, aplica en casos en los que, de no prestarse la atención domiciliaria la persona requeriría internación; (2) debe ser ordenada por un médico tratante que es el que debe evaluar la

pertinencia de suministrar los servicios en el domicilio o en una institución hospitalaria;(3) se refiere a intervenciones propias del sector salud; (4) por lo que excluye otras formas de acompañamiento en el domicilio que pueden necesitar quienes padecen una enfermedad.

Conforme a lo anterior es necesario que en el presente caso se distinga si lo que solicita el accionante es realmente una atención domiciliaria, en el sentido definido en la precitada resolución o un acompañamiento en el domicilio como una necesidad de carácter social. Las intervenciones como las descritas en el primer caso son comunes por ejemplo cuando se requiere limpieza de heridas o aplicación de medicamentos intravenosos, ante los cuales es necesario que el personal de salud realice un acto que tiene claramente naturaleza médica. En estos casos suele haber una orden médica en la que se explica la necesidad y el tiempo en que es requerida, como si se tratara de una hospitalización. ...”

Por lo tanto, solicita se exonere al Ministerio de Salud y Protección Social de toda responsabilidad que genera la presente acción de tutela.

V.-MARCO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

1º La naturaleza constitucional de la acción de tutela.

La acción de tutela es una figura consagrada en nuestra Constitución Política y está reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, concebida como un mecanismo de defensa y pro inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, con la finalidad de permitir que éstas puedan acudir en todo momento y lugar ante los jueces, para solicitar protección rápida de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es reiterada la Jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, al establecer que ésta acción sólo 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; busca ante todo brindar a cualquier persona sin mayores requisitos de orden formal, la protección inmediata y específica de sus derechos fundamentales; es un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional violado o amenazado; está concebida como una acción residual y subsidiaria, la cual no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de derechos.

2º Del derecho a la salud.

Esta posición del alto Tribunal fue analizada en la sentencia T-144 de 2008 donde se precisó:

Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional

fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

3° En cuanto a las personas con especial protección constitucional la Corte ha manifestado en sentencia T-116-11 lo siguiente:

“La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”.

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

*“La atención domiciliaria es una **“modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”**”¹ 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).²*

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.³ Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,⁴ 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 tratante⁵ y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

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

i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.⁶ 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

¹ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

² El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.

³ Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

⁴ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵ Artículo 26 Resolución 3512 de 2019.

⁶ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.⁷ iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,⁸ como se explica a continuación.

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.⁹ 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 2019,¹⁰ pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

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.¹¹

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.

Con los anteriores fundamentos legales y jurisprudenciales estudiados entra el Despacho a resolver el caso en concreto.

VI.- CASO EN CONCRETO

Como primera medida es de indicar que en el presente caso se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la presente acción fue promovida en un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de la presunta falta de respuesta a la petición del servicio de enfermería que indica la parte accionante fue radicado el 9 de diciembre de 2022 ante la entidad accionada, de otro lado, frente al segundo requisito se observa que no existe

⁷ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”

⁸ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

¹¹ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

otro medio eficaz que pueda salvaguardar de forma oportuna los derechos fundamentales incoados por la accionante.

Ahora bien, en los hechos de tutela se menciona que la presente acción es con el fin de que se ampare los derechos fundamentales a la salud y vida del accionante del señor **EDUARDO LOZANO** dado a los diagnósticos **“ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA, HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO, SECUELAS DE OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS, INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, OTROS TRASTORNOS DE LA INGESTIÓN DE ALIMENTOS y OTROS TRASTORNOS DE LA INGESTION DE ALMENTOS”** solicitando que la **SOS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD** autorice el envío de una auxiliar de enfermería al domicilio del tutelante para los cuidados específicos en beneficio de la salud, pues afirma que el 9 de diciembre radicó la petición en la EPS, misma que solo hasta el 6 de enero de los corrientes le informó de manera verbal que según valoración y auditoria médico se determinó que el señor Lozano no necesitaba del servicio de enfermera en casa.

De igual manera, la agente oficiosa como hija del accionante informa que debe trabajar para lograr el sustento de sus dos hijos y ayudar a sus padres, por lo que no puede brindar el cuidado personal que requiere el tutelante, que a la fecha es su madre de 82 años edad quien con gran dificultad se encarga del cuidado del señor Eduardo Lozano, exponiendo también su bienestar.

La entidad accionada manifiesta que no se encuentra ordenes médicas que soliciten servicios domiciliarios como ENFERMERIA, no obstante, advierte que el accionante se encuentra registrado en Programa domiciliario y está recibiendo manejo integral por parte de EPS en su domicilio a través del prestador COMFANDI, como visita médica mensual, terapias, ordenamiento de medicamentos, laboratorios, exámenes, diagnósticos, insumos, cama hospitalaria entre otros. Indica además que el profesional médico tratante determino la PERTINENCIA DEL CUIDADOR, pues refiere que en la historia clínica se puede observar que dicho médico aplicó dos escalas, al de entrenamiento a CUIDADOR que arrojó 26 puntos, mientras que el auxiliar a de enfermería arrojó 1 punto. Considerando en consecuencia que el servicio de enfermería no era pertinente, pues señala que el paciente no cumple con los criterios médicos para la asignación permanente de un profesional.

Plan : PACIENTE CON ENFERMEDAD NEURODEGENERATIVA CON SECUELAS DE ACV, HOSPITALIZACION 7.12.22 AL 20.12.22 CLINICA VERSALLES POR NAC REQUIRIO MANEJO CON AMINOPENICILINA MÁS INHIBIDOR Y MACRÓLIDO, ADEMAS EN EL MOMENTO USUARIO DE SONSA NASOYUNAL. PACIENTE CON DEPENDENCIA TOTAL DE CUIDADOR ADULTO MAYOR (ESPOSA CON ALTA MORBILIDAD) QUIEN DEBE CONTINUAUR EN PROGRAMA CRONICOS DOMICILIARIOS CON: -VISITA MEDICA PROXIMA EN 1 MES AJUSTES DE MANEJO Y PRESCRIPCIONES. -TERAPIA FISICA INTEGRAL PARA FORTALECIMIENTO MUSCULAR, MEJORAR MOVILIDAD Y EVITAR MAYOR POSTRACION. -SE SOLICITA CONTINUAR CON TERAPIA FONOAUDIOLOGIA INTEGRAL MANEJO DE SECRECIONES,TRASTORNO DEGLUTORIO, HABLA Y LENGUAJE. -TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRAL MEJORAR PROCESOS DE MEMORIA, MOTRICIDAD FINA, FUNCIONALIDAD E INDEPENDENCIA DE PACIENTE. -SE SOLICITA CONTINUAR CON TERAPIA RESPIRATORIA INTEGRAL MEJORAMIENTO MECANICA VENTILATORIA Y MANEJO DE SECRECIONES EN PACIENTE POSTRADO. -SE SOLICITA VALORACION POR NUTRICION CUBRIMIENTO DE REQUERIMIENTOS PROTEICO-CALORICOS NECESARIOS.** -PENDIENTE VALORACION CON DERMATOLOGIA (ANTEC CARCINOMA PIEL). **SE SOLICITA VALORACION POR TERAPIA ENTEROSTOMAL ULCERA PP SACRA. *VIGENTE FORMULA MEDICAMENTOS DE BASE POR 4 MESES (NOV 22). *VIGENTE FORMULA DE OXIDO DE ZINC 25/100 POTE 500 GR 2 POR MES. *VIGENTE MIPRES DE PAÑALES TALLA L CAMBIO 4 VECES AL DIA POR 6 MESES. CONCILIACION MEDICAMENTOS DE BASE X 3 MESES PARA: VALSARTÁN 160 MG VO CADA DÍA / LACTULOSA 1 SOBRE VO CADA 8 HORAS //QUETIAPINA 25 MG DAR MEDIA TABLETA EN LA NOCHE. SE SUGIERE ENTRENAMIENTO A CUIDADOR Y /O ASIGNACION AUX ENFERMERIA POR LO QUE SE DILIGENCIA ESCALA: - ENTRENAMIENTO A CUIDADOR 26 PUNTOS - ASIGNACION AUX DE

cha Impresión: 23.12.2022 - Hora: 17:33:28 Página 6 de 13

Aduce finalmente que el servicio de CUIDADOR, le corresponde asumir a la FAMILIA ya que son la red principal de apoyo de todo paciente, por lo que se autorizó educación a cuidador por personal de enfermería x 6 horas diarias por 3 días.

Ahora bien, en el asunto, es preciso significar que el señor EDUARDO LOZANO es un sujeto de especial protección constitucional por su edad y por su diagnóstico, por lo que merece una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva.

Recordemos que la H. Corte Constitucional, en lo que respecta a la condición de sujetos de especial protección, la ha definido como la que ostentan aquellas personas que, debido a condiciones particulares, a saber, físicas, psicológicas o sociales, merecen un amparo reforzado en aras de lograr una igualdad real y efectiva. Por esto, ha establecido que entre los grupos de especial protección se encuentran los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta se ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un **tratamiento preferencial** en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionado.(negrilla propia)

De la prueba documental obrante en el plenario, se evidenció que el paciente es un adulto mayor de 85 años con diferentes patologías, encontrándose postrado en cama con dependencia total de cuidador, siendo su cónyuge de 82 y/o 84 años de edad la que lo asiste, tal como se puede observar a continuación:

“PACIENTE CON ENFERMEDAD NEURODEGENERATIVA CON SECUELAS DE ACV **CON DEPENDENCIA TOTAL DE CUIDADOR** Y QUIEN DEBE INGRESAR A PROGRAMA INTEGRAL DOMICILIARIO CON: VISITA MEDICA CADA 2 MESES PARA VALORACION AJUSTES DE MANEJO Y PRESCRIPCIONES, TERAPIA FISICA INTEGRAL PARA FORTALECIMIENTO MUSCULAR, MEJORAR MOVILIDAD Y EVITAR MAYOR POSTRACION, TERAPIA DE FONOAUDIOLOGIA INTEGRAL, MANEJO DE SECRECIONES, TRASTORNO DEGLUTORIO, HABLA Y LENGUAJE, TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRAL MEJORAR PROCESOS DE MEMORIA, MOTRICIDAD FINA, FUNCIONALIDAD E INDEPENDENCIA DE PACIENTE SE SOLICITA VALORACION POR NUTRICIONISTA CUBRIMIENTO DE REQUERIMIENTOS PROTEICOCALORICOS NECESARIOS, EN PACIENTE CON DEMENCIA AVANZADA CONTRASTORNO DEGLUTORIO CON MUY POBRE INGESTA ALIMENTARIA YA LE ENTREGARON CAMA HOSPITALARIA CON BARANDAS SEDEJA FORMULACION CON ACIDO VALPROICO-VALCOTE ER 250 MG DIA, LEVOTIROXINA-EUTIROX 100 MCG DIA POR 6 MESES SE GENERA MIPRES POR PAÑALES **SE DIRECCIONA A EPS - SOS PARA CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE CUIDADOR YA QUE LA UNICA CUIDADORA ES SU ESPOSA DE 84 AÑOS POLIMORBIDA CON LIMITACION EN LA MOVILIDAD** SE ADVIERTE SOBRE SIGNOS DE ALARMA COMO EMPEORAMIENTO DE LOS HALLAZGOS PREVIAMENTE DETECTADOS O APARICIÓN DE NUEVA SINTOMATOLOGÍA DE TIPO DOLOR TORACICO, DIFICULTAD PARA RESPIRAR, VÓMITO, CONFUSIÓN, FIEBRE , SANGRADOS DE CUALQUIER TIPO, BROTE, DOLOR ABDOMINAL, DETERIORO DE SU CONDICION CLINICA PARA ACUDIR POR URGENCIAS EN FORMA OPORTUNA” (fragmento tomado historia clínica obrante en el expediente electrónico)

Al respecto se debe señalar que, conforme a la jurisprudencia antes citada en torno a la pertinencia en el servicio de **CUIDADOR**, la misma ha señalado que dicho servicio 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, señala que **EXCEPCIONALMENTE** la EPS podría estar obligada a prestar tal servicio cuando:

“Las EPS podrían estar obligadas a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante.

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.**

Ahora bien, en este caso puede observarse que es necesario que la EPS valore a través de un médico especialista nuevamente la pertinencia del servicio enfermería o cuidador, pues a todas luces es evidente que el cuidado del accionante lo brinda a la fecha su esposa adulta mayor, pues la hija hoy agente oficiosa ha señalado que no puede ausentarse de su trabajo en razón a que tiene a su cargo a sus dos hijos menores de edad; supuesto factico que si bien no allegó prueba sumaría al plenario, la entidad accionada guardó silencio al respecto y no controvertió ni la imposibilidad material del cuidador como tampoco desvirtuó la imposibilidad económica del accionante en proveer su propio cuidado.

Por lo anterior, es claro para esta dependencia judicial que ante la consideración del médico tratante para la valoración de la pertinencia en el servicio de CUIDADOR domiciliario, al ser este concepto de naturaleza eminentemente médico y que propende por atender las particularidades de determinadas patologías, debe necesariamente ser ordenado por el galeno tratante del beneficiario al régimen de salud, sin que pueda esta falladora constitucional abrogarse competencias que exceden su ámbito de experticia, por consiguiente, lo que se ordenará a la EPS accionada es que se realice una nueva valoración domiciliaria al accionante por parte de un médico especialista, a fin de que se establezca con claridad la necesidad del servicio de enfermería o cuidador domiciliario, este último bajo los presupuestos jurisprudenciales antes señalados, caso contrario, se desvirtúe dicha prestación a través del concepto científico del médico tratante que habrá de emitirse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales salud y vida en condiciones dignas, que le asisten al señor **EDUARDO LOZANO** según lo expuesto en el cuerpo motivo de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE al representante legal de la **SOS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD** para que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a realizar una VALORACIÓN DOMICILIARIA por parte de un médico especialista en el ramo y establezca, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria o cuidador domiciliario efectivamente debe ser proporcionado al accionante, con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de concluir en la pertinencia y necesidad del mismo, establezca las condiciones de modo y tiempo en que debe ser suministrado. De esta forma, si el galeno encuentra que el señor **EDUARDO LOZANO** en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria o cuidador domiciliario, este debe ser autorizado y suministrado por la EPS accionada en el término de las cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la emisión de la orden médica.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes esta providencia, por el medio más expedito (artículo 36 del Decreto 2591/91).

CUARTO: Sí no fuere impugnada la providencia dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, (artículo 31 del Decreto.2591/91).

QUINTO: Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional por secretaria archívese.

NOTIFÍQUESE

ANGELA MARÍA ESTUPINÁN ARAUJO
JUEZ