

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00298-00

ACCIONANTE: NORMA VICTORIA RAMIREZ AMAYA en calidad de agente oficiosa de
CECILIA GALINDO DELGADO

ACCIONADA: CAPITAL SALUD E.P.S.-S.

VINCULADA: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **NORMA VICTORIA RAMÍREZ AMAYA** en calidad de agente oficiosa de **CECILIA GALINDO DELGADO**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **CAPITAL SALUD E.P.S.-S.**

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante que actúa como agente oficiosa de su suegra, la señora **CECILIA GALINDO DELGADO**, quien está afiliada al régimen subsidiado en **CAPITAL SALUD E.P.S.**

Que está diagnosticada con *Enfermedad de Huntington y Otras*, y también es paciente de gastrostomía.

Que la condición médica de la agenciada la tiene postrada en cama y presenta discapacidad física y mental degenerativa, por lo que no es capaz de valerse por sí misma.

Que no tiene dominio muscular de ninguna clase, no controla esfínteres, tiene demencia y a veces es agresiva.

Que la agenciada es soltera y tiene dos hijos, uno de ellos es cónyuge de la accionante y ve por la paciente, por ella y por su hijo de 9 meses de edad, pero el otro hijo vive en otra ciudad.

Que el 01 de marzo de 2022, ante la situación médica de la agenciada, sus condiciones de vida familiares y su entorno, el médico neurólogo domiciliario solicitó *CUIDADOS DE ENFERMERIA POR 8 HORAS AL DIA*.

Que el 03 de marzo de 2022 fue radicado en el PAU de la EPS la solicitud del servicio médico.

Que la EPS respondió que los cuidados básicos como baño, aseo y alimentación no requieren ser ejecutados por personal técnico, y que pueden ser soportadas por el núcleo familiar o cuidador primario.

Que la agenciada no tiene cuidador, que la accionante vive con ella en la misma casa pero le es imposible estar pendiente las 24 horas ya que tiene un hijo recién nacido, y su cónyuge debe salir a trabajar, pues es quien asume los gastos de arriendo, comida y servicios públicos.

Que su baja ilustración en cuidados y la presión de la enfermedad de la agenciada le ha ocasionado estrés, lo que atenta contra su salud física y mental.

Conforme a lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados, y se ordene a **CAPITAL SALUD E.P.S.-S.** suministrar de forma permanente los *Cuidados de Enfermería por 8 horas al día* a la señora **CECILIA GALINDO DELGADO**, así como todos aquellos servicios que requiera y fuesen ordenados por los médicos de manera integral.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

CAPITAL SALUD E.P.S.-S.:

La accionada allegó contestación el 02 de mayo de 2022, en la que manifiesta que la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** se encuentra afiliada en el régimen subsidiado y presenta múltiples comorbilidades, entre ellas, *Enfermedad Huntington*.

Que el médico domiciliario, en su autonomía profesional, puede cambiar ordenamientos médicos, teniendo en cuenta el estado clínico del paciente.

Que, de acuerdo con el concepto técnico del área de servicios domiciliarios de la EPS, la usuaria requiere asistencia para sus cuidados básicos (baño, aseo y alimentación) entre otras, los cuales no requieren ser ejecutados por personal técnico.

Que la I.P.S. VIVIR informó que, en visita domiciliaria del 28 de abril de 2022, el médico tratante no consideró pertinente la prescripción del servicio de enfermería, por cuanto la paciente no requiere el manejo de sondas o dispositivos médicos de atención.

Que el servicio solicitado por la accionante puede ser prestado por un cuidador y no se hace necesaria la presencia de un profesional en salud, por lo que se torna indispensable la intervención de su núcleo familiar conforme al principio de solidaridad.

Que a la paciente se le han prestado todos los servicios ordenados por los médicos tratantes.

Que no es procedente que se otorgue el tratamiento integral, en tanto que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS vaya a vulnerar o negar deliberadamente servicios a la usuaria en el futuro.

Conforme a lo anterior, solicita negar la acción de tutela, por no ser pertinente el servicio de enfermería, ni el tratamiento integral; y al no existir vulneración del derecho fundamental.

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E:

La vinculada allegó contestación el 02 de mayo de 2022, en la que manifiesta que la agenciada es conocida con diagnósticos de *Enfermedad de Huntington, Hipotiroidismo Subclínico y Artrosis*.

Que en valoración por neurología el 01 de marzo de 2022, se encontró paciente con compromiso severo motor y se indicó cuidados de enfermería domiciliaria por 8 horas al día, dado que es totalmente dependiente para actividades de la vida diaria y autocuidado.

Que los servicios de salud domiciliarios no están habilitados ni ofertados en esa Subred, por lo que es competencia única y exclusiva de la EPS autorizar la prestación en otra IPS.

Por lo anterior, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La **E.P.S. CAPITAL SALUD** ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social de la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** al no

autorizarle el servicio médico de enfermería por 8 horas al día, ordenado por su médico tratante? ¿Están dadas las condiciones para ordenar el tratamiento integral, a partir de los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”*.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los

¹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de ***continuidad*** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que *“una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”*². La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación³.

² Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

³ Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

Por su parte, el principio de **oportunidad** se refiere a “*que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado*”⁴. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos⁵.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones⁶.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las EPS recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad “*no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico*”⁷, razón por la cual, el juez constitucional tiene que valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral⁸.

EL CONCEPTO CIENTÍFICO DEL MÉDICO TRATANTE ES EL PRINCIPAL CRITERIO PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios

⁴ Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

⁵ Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Sentencia T-121 de 2015.

⁷ Sentencia T-036 de 2017.

⁸ Sentencia T-092 de 2018.

médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana⁹.

Esto fue recogido por la Sentencia T-760 de 2008 en la regla: *“toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud”*¹⁰ pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante¹¹.

En esta línea, la Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente¹².

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio¹³.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico¹⁴.

⁹ Sentencias T-760 de 2008 y T-345 de 2013.

¹⁰ Sentencia T-760 de 2008 reiterada en las sentencias T-320 de 2009, T-346 de 2009, T-371 de 2010, T-410 de 2010, T-730 de 2010, T-953 de 2010, T-035 de 2011, T-091 de 2011, T-096 de 2011, T-160 y T-162 de 2011.

¹¹ Se ha entendido por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. La Corte en reiterada jurisprudencia ha hecho énfasis en que en los casos de atención en salud, se aplicará por regla general el procedimiento o tratamiento que haya prescrito en su momento el médico tratante, en atención a que éste *“es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado”*. Sentencias T-991 de 2002, T-921 de 2003, T-001 de 2005, T-007 de 2005 y la T-440 de 2005.

¹² Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional en las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-410 de 2010 y T-873 de 2011.

¹³ Sentencia T-616 de 2004.

¹⁴ Sentencia T-569 de 2005. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-059 de 1999, T-179 de 2000, T-1325 de 2001, T-256 de 2002, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-234 de 2007.

Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un juez podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos¹⁵.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico, o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante¹⁶ pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico¹⁷.

SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA, LA FIGURA DEL CUIDADOR Y EL DEBER DE SOLIDARIDAD

La reglamentación en materia de salud¹⁸ señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

La Resolución 244 de 2019 establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; por lo tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

Frente a la prestación de servicios domiciliarios, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos categorías diferentes de cara a la protección del derecho a la dignidad humana de los pacientes, a saber, los servicios de enfermería y los de cuidador. Los primeros, orientados a asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos dirigidos a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

¹⁵ Sentencias T-1325 de 2001, reiterada en la T-427 de 2005 y en la T-234 de 2007.

¹⁶ Sentencia T-234 de 2007 y T-1080 de 2007.

¹⁷ En la Sentencia T-597 de 2001 se consideró que "(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)". Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-344 de 2002 y T- 1016 de 2006.

¹⁸ Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

De conformidad con la sentencia T-423 de 2019, el servicio domiciliario de **enfermería** es un servicio incluido en el PBS que debe ser brindado por la E.P.S. siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

*“i) que 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) que 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. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos”*

No obstante, la figura del **cuidador** no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en la mencionada resolución, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de esta figura, que ha sido entendida como un *“servicio o tecnología complementaria”*.¹⁹ Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció 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. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“aquel que brinda apoyo 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 lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador,

¹⁹ Conforme a lo señalado en la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019 indicó sus principales características en los siguientes términos:

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

Sobre el particular en la Sentencia T-096 de 2016 la Corte determinó que las funciones propias del cuidador *“no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”*.

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

Tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata²⁰.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia.

De ahí que la Sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

²⁰ Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

“(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 sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

Ahora, si bien la Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto, la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

“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 tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que éste requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

Corolario de lo anteriormente expuesto se tiene que, conforme lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la sentencia T-423 de 2019, las atenciones especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que i) en tratándose de la modalidad de **enfermería** debe mediar orden médica proferida por el profesional de la salud, pues el juez de tutela no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y ii) cuando las condiciones particulares del paciente lo exijan podrá acudir a la figura del **cuidador**, servicio que en principio debe ser garantizado por su núcleo familiar, salvo que el mismo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, caso en el cual es obligación del Estado suplir dicha falencia, incluso sin existir orden médica, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Adicionalmente, cabe destacar que recientemente en la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte Constitucional estableció las reglas jurisprudenciales para el amparo del derecho fundamental a la salud cuando se peticiona el servicio de enfermería.

Indicó la Corte, que dicho servicio se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud, se rige por la modalidad de atención domiciliaria, se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

En ese orden, de **contar con orden médica** que expresamente establezca la necesidad y pertinencia del servicio, corresponde al Juez de Tutela ordenar su suministro directamente; no obstante, **si no se acredita la existencia de una orden médica**, se podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de *diagnóstico* cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.

CASO CONCRETO

La señora **NORMA VICTORIA RAMIREZ AMAYA** presenta acción de tutela en calidad de agente oficiosa de su suegra **CECILIA GALINDO DELGADO** de 70 años de edad, quien no cuenta con las facultades para procurarse su propia defensa, en atención a su edad y su estado de salud.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente, que la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** está afiliada al Régimen Subsidiado en Salud, con la **E.P.S. CAPITAL SALUD**; y que ha sido diagnosticada con *Enfermedad de Huntington, Otras Coreas, Hipotiroidismo subclínico, Artrosis, Hipertensión esencial primaria, EPOC no especificada, Disfagia, Incontinencia fecal y urinaria, y Esquizofrenia no especificada*²¹.

En lo que respecta a la solicitud del servicio de **enfermería** por 8 horas, debe indicarse que, según se expuso en el marco normativo de esta sentencia, el servicio domiciliario de enfermería está incluido en el Plan de Beneficios en Salud y debe ser brindado por la E.P.S. siempre y cuando: **i)** medie el concepto del médico tratante en tal sentido y en consonancia 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.

²¹ Páginas 9 a 15 del archivo pdf "001. AcciónTutela", página 4 del archivo pdf "006. ContestaciónVinculada" y página 9 del archivo pdf "010. AtiendeRequerimientoVIVIRI.P.S."

Al respecto, se observa que fue aportada una orden médica del 01 de marzo de 2022, expedida por el neurólogo Gustavo Adolfo Barrios Vincos, adscrito a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**, en favor de la señora **CECILIA GALINDO DELGADO**, en los siguientes términos: *“SE SOLICITAN CUIDADOS DE ENFERMERÍA POR 8 HORAS AL DÍA. PACIENTE CON DIAGNÓSTICO DE ENFERMEDAD DE HUNTINGTON, TOTALMENTE DEPENDIENTE PARA ACTIVIDADES DE VIDA DIARIA Y AUTOCUIDADO Y USUARIA DE GASTROSTOMÍA DESDE DICIEMBRE DE 2021”*²².

Sin embargo, la **E.P.S CAPITAL SALUD**, en su contestación informó que lo requerido por la accionante no era procedente, toda vez que, en visita domiciliaria realizada a la paciente el día 28 de abril de 2022 por parte de la **I.P.S. VIVIR**, el médico tratante no consideró pertinente la prescripción del servicio de enfermería, al verificar que no requería ninguna ayuda técnica para la atención de sus patologías.

Al respecto, aportó un certificado emitido por la **I.P.S. VIVIR** el 29 de abril de 2022, en el que se señala lo siguiente²³:

“Paciente con cuadro crónico de patología de base usuaria de gastrostomía quien en últimas valoraciones se encuentra estable para su condición actual, que, por otra parte, cuenta con una red de apoyo inestable, pues cuenta con familiares con disponibilidad de brindar cuidados que sin embargo se limitan a hacerlo por negación del estado de la paciente.

Última visita domiciliaria realizada el día de ayer 28 de abril en donde no se evidencia necesidad de iniciar a la fecha con el servicio de auxiliar de enfermería o cuidador puesto que la paciente siendo conocida de acuerdo con las evoluciones médicas con el médico tratante ha visto mejoría aun sin descompensaciones que hayan requerido el servicio de enfermería puesto que familiar cuenta con conocimiento de manejo de gastrostomía, entre otros cuidados básicos y necesarios.

De igual forma, se deja claro en la historia clínica adjunta que “FAMILIAR SOLICITA VALORACION POR TRABAJO SOCIAL PARA CONSIDERAR INSTITUCIONALIZAR A PACIENTE”, por lo cual, una orden de enfermería sería contraproducente.”

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Auto del 09 de mayo de 2022, el Despacho ofició a **VIVIR I.P.S. S.A.S.**, para que aportara copia de la historia clínica de la valoración médica domiciliaria realizada el día 28 de abril de 2022 a la señora **CECILIA GALINDO DELGADO**; requerimiento que fue atendido ese mismo día, allegando la documental solicitada, junto con un certificado en el que se ratifica lo señalado el 29 de abril de 2022 y se reafirma que el plan de manejo de la paciente *“no contempla el inicio de prestación de servicio de enfermería”*²⁴.

²² Página 9 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

²³ Páginas 15 y 16 del archivo pdf “005. ContestaciónCapitalSalud”

²⁴ Páginas 3 y 4 del archivo pdf “010. AtiendeRequerimientoVIVIRI.P.S.”

De la lectura de dicha historia clínica²⁵, se desprende que la paciente presenta una escala de Barthel de 5/100, es decir, dependencia funcional severa, en tanto que requiere ayuda para alimentarse, bañarse, vestirse, arreglarse, usar el sanitario, para trasladarse del sillón a la cama y para movilizarse.

Así mismo, se avizora que en dicha oportunidad la médico tratante, Dra. Laura María Rivera Quintero renovó órdenes de medicamentos e insumos mensuales, de MIPRES de nutrición y pañales por 3 meses, así como también prescribió terapias físicas para evitar espasticidad y visita domiciliaria mensual, advirtió que estaba pendiente el cambio de sonda de gastrostomía y dio como recomendación general, realizar cambio de posición de la paciente cada dos horas para evitar úlceras y humectar adecuadamente la piel. Se vislumbra que el médico en el campo de *"Concepto médico"* registró: *"Paciente continúa manejo médico instaurado, se explica conducta médica a familiar quien refiere entender y aceptar"*, sin ninguna consideración adicional, salvo la siguiente: *"Familiar solicita valoración por trabajo social para considerar institucionalizar a paciente"*, por lo que en el plan de tratamiento también se ordenó valoración por trabajo social en el domicilio de la paciente.

De conformidad con lo expuesto, el Despacho advierte que, a pesar de que existe orden médica del 01 de marzo de 2022 frente al suministro del servicio de enfermería, lo cierto es que, según lo registrado por el neurólogo en la historia clínica, la justificación del servicio radica en que la paciente es *"totalmente dependiente para actividades de vida diaria y autocuidado"* y, en el acápite de Análisis y Plan de Manejo se señaló: *"Es muy importante considerar la posibilidad de institucionalización por la problemática social descrita en historias previas, pendiente nuevo control por trabajo social. Se solicitan cuidados de enfermería por 8 horas dadas las condiciones de la paciente"*.

Es decir, al momento de prescribir el servicio de enfermería, el médico tratante no señaló la necesidad que tiene la paciente de recibir atención especializada o ayuda técnica que requiera de conocimientos profesionales para el tratamiento de sus patologías, contrario a ello, surge evidente que lo decidido por el médico, va dirigido, puntualmente, a que se le brinde a la paciente el apoyo físico necesario para que pueda realizar las actividades básicas de su vida cotidiana y soporte en sus cuidados básicos como el cambiarla de posición y humectar su piel para evitar la aparición de úlceras.

Lo anterior se corrobora con la historia clínica del 28 de abril de 2022 allegada por la **I.P.S. VIVIR**, en la que consta la situación de dependencia total de la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** para su cuidado e higiene, pero nada se indica respecto de que requiera servicios

²⁵ Páginas 5 a 10 ibidem

especializados en su cuidado diario pues, aunque es usuaria de gastrostomía, en las certificaciones emitidas los días 29 de abril y 09 de mayo de 2022 se indica la no necesidad de contar con el servicio de auxiliar de enfermería “puesto que familiar cuenta con conocimiento de manejo de gastrostomía, entre otros cuidados básicos y necesarios”.

Aunado a ello, importa resaltar que, conforme a la historia clínica del 01 de marzo de 2022, la agenciada *“está recibiendo atención domiciliaria integral con medicina general, terapia física y del lenguaje domiciliaria”*; de manera que, no se evidencia cuáles son las circunstancias y necesidades específicas por las que requiera el servicio especializado de un profesional en enfermería diariamente y durante 8 horas.

En ese orden, si bien la accionante refiere que su suegra *necesita* el servicio de enfermería pues ella no tiene los conocimientos ni el tiempo suficiente para ayudarle con sus cuidados, lo cierto es que se encuentra acreditado que la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** no cuenta, a la fecha, con algún procedimiento diario o terapia permanente para cuya realización se requiera de conocimientos técnicos o científicos, y, por lo mismo, el médico neurólogo consideró pertinente ordenar el servicio de enfermería pero únicamente en lo que respecta a la ayuda o asistencia que la paciente demanda para las actividades del desarrollo de su vida cotidiana, siendo que, para tales fines no ha sido concebido ese servicio médico por el Sistema de Salud.

Bajo tal panorama es dable concluir que, de acuerdo con las manifestaciones de la accionante, la finalidad del servicio de enfermería no es la de recibir cuidados especiales que requieran conocimientos técnicos y especializados en torno al tratamiento prescrito a la agenciada, sino la búsqueda de un apoyo permanente que le permita realizar las actividades básicas necesarias, lo que se ha conocido legal y jurisprudencialmente como un *cuidador*.

Si bien es cierto la jurisprudencia ha señalado que la diferencia entre ambas figuras, enfermero y cuidador, radica en el principio de solidaridad que se pregona principalmente de los familiares del paciente, también lo es que en casos excepcionalísimos en los cuales éstos no tienen la capacidad física, psíquica, emocional o financiera para asumir dicha carga se hace necesario trasladar dicha obligación al Estado, por lo que, eventualmente, el Juez puede ordenar a la E.P.S. suministrar este servicio, aún sin mediar orden médica, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Bajo ese entendido, tal como se indicó en el marco normativo, la *imposibilidad material* se acredita cuando el núcleo familiar: (i) no cuenta 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 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.

Hechas las anteriores precisiones, considera el Despacho que, además de que no está acreditada la necesidad de la agenciada de recibir la atención de enfermería, tampoco se dan los presupuestos para concluir la imposibilidad material de su núcleo familiar en procurar su cuidado, por las razones que pasan a exponerse.

Respecto del primer supuesto, debe indicarse que, según se desprende de las historias clínicas del 01 de marzo y 28 de abril de 2022, la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** cuenta con una red de apoyo familiar compuesta por su hijo y su nuera con los que vive; además, según se indicó en el hecho tercero, tiene un segundo hijo quien vive en otra ciudad.

Si bien la accionante manifestó que su cónyuge trabaja todo el día para sufragar los gastos del hogar y que ella no puede dispensar a la paciente los cuidados que requiere, debido a su poca ilustración y por tener a cargo a su hijo de 9 meses, lo cierto es que no se aportó ninguna prueba, siquiera sumaria, que corrobore tales afirmaciones y, en consecuencia, que acrediten que ambas personas se encuentran imposibilitadas para asumir el cuidado de la familiar. Misma situación se presenta respecto del segundo hijo que tiene la agenciada, pues además de no probarse su identidad, parentesco ni ubicación, tampoco se encuentra acreditado que éste no pueda contribuir de alguna manera alguna a suplir las necesidades que requiere su progenitora.

En relación con el segundo requisito, no está tampoco demostrado que sea imposible brindar a los hijos de la agenciada o a la accionante, la capacitación necesaria para brindar la atención y el cuidado para el desarrollo de las actividades cotidianas o el manejo de las patologías.

Finalmente, respecto de la ausencia de los recursos económicos para asumir el costo del servicio, se tiene que las partes al unísono informaron que la agenciada está afiliada en el Régimen Subsidiado, circunstancia de la cual se infiere que no cuenta con los medios para cubrir sus gastos de subsistencia y las atenciones en salud. No obstante, en el escrito de tutela nada se dijo sobre la situación económica de sus dos hijos, en quienes recae el deber de solidaridad, cuidado y protección, y tampoco se aportó prueba alguna que demuestre que no cuentan con el sustento económico necesario para brindarle a su madre el cuidado que necesita a través de una tercera persona, en caso de no poderlo asumir ellos directamente.

Por lo anterior, el Despacho no encuentra que la señora **CECILIA GALINDO DELGADO** y su entorno familiar cumplan con las características para que el deber de cuidado y atención,

derivado del principio de solidaridad e inherente a su entorno cercano, sea trasladado al Estado, razón por la cual, no se accederá a la petición del servicio de enfermería domiciliaria por 8 horas.

Finalmente, frente a la pretensión dirigida a que se ordene a la accionada suministrar a favor de la agenciada el **tratamiento integral** para el manejo de sus patologías, es de señalar que tal petición tampoco está llamada a prosperar.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente²⁶, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de tratamiento integral, se estaría presumiendo la mala fe de la EPS, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del artículo 83 de la Constitución²⁷.

En el caso concreto, ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos diferentes de los ya otorgados por parte de **CAPITAL SALUD E.P.S.-S.**, de manera que no es posible conceder el amparo y ordenar el suministro de un tratamiento integral a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados por la accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de la señora **CECILIA GALINDO DELGADO**, invocados por la señora **NORMA VICTORIA RAMÍREZ AMAYA**, en contra de **CAPITAL SALUD E.P.S.-S.**, frente a la solicitud de servicio de enfermería domiciliaria por 8 horas, por las razones expuestas en esta providencia.

²⁶ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

²⁷ Sentencia T-092 de 2018.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de tratamiento integral, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ