



**JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE FACATATIVÁ
CUNDINAMARCA**

Calle 5 No. 1-12 piso 2. Tel.842-6053
jo1cctofac@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso: Acción de Tutela (2da instancia).
Accionante: Rosa María Guerrero de Poveda.
Accionada: Convida EPS
Radicado: 250994089001-2020-00053-01

Facatativá – Cundinamarca, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Procede el Juzgado a decidir la impugnación interpuesta por la parte accionante contra la providencia del 14 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bojacá – Cundinamarca, en la cual se resolvió lo siguiente:

PRIMERO: NO CONCEDER el amparo deprecado por el ciudadano DIEGO ALEXANDER POVEDA SANTANA como Agente de Oficio de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior NO TUTELAR los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA e IGUALDAD, de la ciudadana ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA.

TERCERO: El despacho dando aplicación de la perspectiva de Género y tenido en cuenta que ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, por tratarse de persona de la tercera edad la cual goza de la protección constitucional exige la consecuente obligación de desarrollar acciones afirmativas a su favor, por lo tanto con el presente fallo SE INSTA a la E.P.S. S CONVIDA efectuar valoración, a la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA.

Siendo esta decisión la que debe ser revisada, según el escrito de impugnación presentado.

I. ANTECEDENTES:

El señor DIEGO ALEXANDER POVEDA SANTANA en calidad de agente oficioso de ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA interpuso acción de tutela contra CONVIDA EPS, bajo los siguientes parámetros:

1. Hechos:

Los hechos de la acción de tutela se resumen de la siguiente forma:

1.1. La señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, de 81 años de edad, fue valorada por su médico tratante, de la siguiente manera:

“1. enfermedad crónica agudizada. 2. hipertensión arterial por hc.s/ paciente quien por enfermedad pulmonar crónica agudizada exacerbada quien requiere de oxígeno domiciliario permanente, requiere de manejo antibiótico, presenta desaturación sin tolerancia por lo que se le ordena gases arteriales, siendo una persona que requiere de un apoyo permanente para garantizar su dignidad humana y derecho a la salud”.

1.2. Manifiesta el accionante que la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA es una paciente crónica, y que su estado de salud es complejo, debido a que estas personas reportan índices de más desgaste en áreas como la función física, la fatiga, el dolor, la angustia emocional y la función social, lo cual está plenamente acreditado con el certificado del médico tratante.

1.3. Colige que la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA requiere de los servicios de cuidador domiciliario, toda vez que se trata de una persona de la tercera edad, la cual no se puede hacer valer por sí misma, no cuenta con recursos económicos y carece de un núcleo familiar consolidado; por estas razones, de conformidad con el principio de solidaridad constitucional y al ser un servicio que es parte del plan de beneficios de salud, solicita sea asignado por parte de la EPS.

1.4. Por último, expresa que, al ser el servicio de cuidador de carácter social no es de competencia del médico tratante definir su asignación, ni la EPS establecer si existe posibilidad o no de su asignación, y que dicha declaratoria es propia del juez constitucional mediante una orden de tutela y a cargo del sistema general de seguridad social en salud.

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

2.1. El día 01 de octubre de 2020 se presenta la acción constitucional al correo institucional del Juzgado Promiscuo Municipal de Bojacá – Cundinamarca, siendo admitida por auto de la misma fecha, otorgándose un término de dos (02) días para los informes correspondientes y el ejercicio del derecho de defensa. De igual modo se ordenó vincular a la SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA.

2.2. El día 02 de octubre de 2020, la entidad accionada CONVIDA EPS remitió vía correo electrónico el correspondiente informe; así mismo se recibió informe por parte de la SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA.

2.3. Se profirió la sentencia el 14 de octubre de 2020 y se notificó a las partes por medio electrónico. Dentro del término, la parte accionante por vía electrónica presentó escrito de impugnación, motivo por el cual se remitió para reparto ante los juzgados del circuito, correspondiendo a este despacho.

2.4. Mediante auto del 23 de octubre de 2020, se admitió la impugnación interpuesta, comunicando a las partes esta decisión.

Reunidos estos presupuestos procede el despacho a manifestar sus consideraciones y respectiva decisión.



III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y DECISIÓN:

1. Problema jurídico planteado

1.1. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, este Despacho debe establecer los siguientes problemas jurídicos:

1.2. Determinarse si, a partir de los hechos que se ponen en conocimiento, existe prueba que acredite la afectación o la amenaza de los derechos fundamentales de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA los cuales el señor DIEGO ALEXANDER POVEDA SANTANA estima vulnerados por parte de CONVIDA EPS, al no prescribir y brindar los servicios de un cuidador domiciliario.

1.3. Con miras a dar respuesta a los problemas planteados, este Juzgado hará referencia a los siguientes temas: **1) Derecho de salud del adulto mayor; y 2) Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio.** Una vez agotado el estudio de los asuntos propuestos, se procederá con la resolución del caso concreto.

2. Del derecho a la salud del adulto mayor

2.1. El derecho a la salud, la seguridad social y a la vida de los adultos mayores es fundamental por mandato expreso de la Constitución.

2.2. Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional ha concebido como sujetos de especial protección a los niños, los discapacitados y los adultos mayores, en ese sentido, la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante¹.

2.3. Así mismo, el Alto Tribunal ha referido sobre el particular que en el caso de las personas de la tercera edad, por ser sujetos de especial protección constitucional el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran; por tal motivo, el Estado, así como las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad. En ese orden de ideas, *cuando un adulto mayor padezca alguna enfermedad que aqueje su salud, y en razón de ello solicite la atención médica necesaria, pero esta sea negada con el argumento que la misma no se encuentra cubierta por el plan obligatorio de salud, gozará de protección constitucional puesto que su derecho a la salud es fundamental, y en consecuencia el servicio médico le deberá ser prestado inmediatamente*².



¹ Sentencia.T-022 de 2011

² Sentencia T-745 de 2009

2.4. Así las cosas, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a la prestación del servicio médico incluido o no dentro del POS, que implique un riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, como es el caso de los adultos mayores, debe ser considerado por el juez constitucional al momento de tutelar derechos fundamentales.

2.5. En conclusión, de acuerdo con los pronunciamientos de la H. la Corte Constitucional, *una vez reconocida la condición de sujetos de especial protección que ostentan los adultos mayores, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra el servicio de salud. Bajo este supuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas*³.

3. Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio

3.1. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia T-208 del 4 de abril de 2017, consideró:

"Por regla general, las entidades promotoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional en salud adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido resulta necesaria.

Específicamente, en el caso de pacientes cuyas enfermedades conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios, la Corte considera que a pesar de la ausencia de prescripción médica el suministro de algunos insumos resulta necesario."

3.2. De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle al accionante (paciente) el acceso a una prestación que necesita, dado que es evidente que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone -él o su núcleo familiar- carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

3.3. Bajo este entendimiento, la Corte, en sentencia T-073 de 2013, señaló:

"...el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le

³ Sentencia.T-022 de 2011



permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente".

3.4. En diversos pronunciamientos en sede de tutela y control abstracto, (sentencia C- 313 de 2014), la Corte explicó que, a propósito del derecho fundamental a la salud, se advierten situaciones en las cuales algunos requerimientos que -en el sentir de quien debe prestar el servicio- no parecieran aquejar la salud, sí inciden de manera significativa en el goce efectivo del derecho:

"En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normatividad vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios no incluidos en el PBS, surge una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando constituyen una barrera para su goce efectivo."

4. Caso concreto

4.1. En cuanto a la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y CUIDADOR, el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015); en relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "*Plan de Beneficios en Salud*" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)

4.2. Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una "*alternativa a la atención hospitalaria institucional*" que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado, es así, como se ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "*servicio de enfermería*" constituye una especie o clase de "*atención domiciliaria*" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

4.3. De conformidad con lo expuesto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión y así lo señalan, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016 que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

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



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

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

4.6. En este orden de ideas, se destaca que de conformidad con la interpretación dada por la Corte Constitucional a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

4.7. No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta institución ha otorgado a la atención de CUIDADOR, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren, ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos, entendiendo la familia como institución básica de la sociedad, que conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

4.8. 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, (EL CUIDADOR) 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**⁴.

4.9. Se resalta 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)

⁴ Sentencia T-065 de 2018



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.

4.10. Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado en cabeza de la EPS quien deba asumir la prestación de dicho servicio. Es así que, en lo relativo a la atención domiciliaria, se destaca que la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2018, concluyó:

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

4.11. En el caso bajo estudio, pretende la parte actora que se ordene a CONVIDA EPS, asignar de manera inmediata el servicio de cuidador domiciliario, en protección al derecho fundamental a la salud, dignidad humana e igualdad en favor de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA.

4.12. Revisadas las documentales aportadas con la presente acción constitucional, se puede evidenciar que la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA tiene 81 años de edad y se encuentra afiliada a CONVIDA EPS en el régimen subsidiado.

4.13. Adicionalmente, y de la historia clínica allegada, se advierte que la paciente padece *"1. enfermedad crónica agudizada. 2. hipertensión arterial por hc.s/. Enfermedad pulmonar crónica. De igual modo requiere de oxígeno domiciliario permanente, requiere de manejo antibiótico, presenta desaturación sin tolerancia por lo que se le ordena gases arteriales.*

4.14. En atención a las solicitudes elevadas en la acción constitucional respecto de la autorización del servicio de cuidador domiciliario, observado el material probatorio allegado – *historia clínica de la paciente y observaciones*-, se advierte que no fue aportada fórmula o prescripción médica alguna, en la cual, el médico tratante de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, indicara la necesidad de tales servicios.

4.15. De igual modo, dentro de la diligencia de declaración practicada al señor DIEGO ALEXANDER POVEDA SANTANA, se evidencia lo siguiente: que el



accionante, quien obra como agente oficioso y nieto de la paciente, en la actualidad cuenta con un trabajo, y que la señora ROSA MARÍA eventualmente recibe los servicios de una cuidadora, la cual se desconoce su nombre; asimismo manifiesta que él la cuida algunos días, al igual que una prima suya. Adicionalmente se tiene noticia que se cuenta con otros familiares que viven en el municipio de Bojacá – un hijo -, que pueden asumir la responsabilidad del cuidado de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA.

4.16. Lo anterior sería óbice para no acceder a las pretensiones de la tutela, como quiera que se encuentra probado que aún cuenta con familiares de los cuales se les puede exigir la respectiva atención y cuidado de la paciente; no obstante, y a fin de salvaguardar los derechos de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, teniendo como base lo advertido en su historia clínica, y de lo manifestado por el accionante en el escrito de tutela en cuanto a que *“se trata de una persona de avanzada edad, la cual no puede valerse por sí misma, no puede realizar su cuidado personal, no puede realizar actividades básicas como el baño, cambio de ropa, alimentación, debido a que siempre requiere valerse de un tercero para que respalde, incluso varias ocasiones se ha dejado sola y ha sufrido de accidentes los cuales le han generado lesiones física”*, es evidente que depende de un tercero y requiere cuidados especiales, **situación ésta que ha de ser valorada por la respectiva EPS en aras de garantizar de manera integral su derecho a la salud y vida digna.**

4.17. Así las cosas, esta sede judicial concuerda con el fallo y los argumentos del A quo, en el punto de señalar que: *“...atendiendo que la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, se encuentra dentro de los sujetos de especial protección constitucional, como así lo ha definido la Honorable Corte Constitucional, se insta a la E.P.S. CONVIDA efectuar valoración integral a la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA”,* soportándose en las circunstancias de que *“En el presente caso no se evidencia esos hechos notorios, no se cuentan con los elementos que permitan demostrar probada la necesidad de lo que reclama el usuario, la asignación del servicio del cuidador o si lo requerido, por la paciente y más adecuado se encuentra dentro del POS. Máxime cuando de la historia aportada no puede evidenciarse el estado actual de la paciente, cuando se informa por parte del requiere de oxígeno y antibióticos, no pudiéndose determinar lo requerido acorde a su estado de salud”*.

4.18. No obstante, este Despacho modificará y ampliará la *ratio* de la decisión, procediéndose a amparar el derecho fundamental a la salud de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA y, en consecuencia, ordenándose al Representante Legal de CONVIDA EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice junta médica con diferentes galenos que valoren la historia clínica de la señora GUERRERO DE POVEDA y en tal sentido se determine la necesidad del servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario, y de ser el caso, señalar cuántas horas diarias deberá realizarse dicho acompañamiento, y de manera inmediata garantizarle el mismo.

Sin más consideraciones y por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE FACATATIVÁ CUNDINAMARCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución Política,



RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia impugnada, de fecha 14 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bojacá – Cundinamarca-, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud de la señora ROSA MARIA GUERRERO DE POVEDA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al Representante Legal de CONVIDA EPS que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia y sin dilación alguna, **REALICE JUNTA MÉDICA** con diferentes galenos que valoren la historia clínica de la señora GUERRERO DE POVEDA y en tal sentido se determine la necesidad del servicio de enfermería y/o cuidador domiciliario, y de ser el caso, señalar cuántas horas diarias deberá realizarse dicho acompañamiento, y de manera inmediata garantizarle el mismo.

CUARTO: En caso de autorizarse el servicio, **FACULTAR** a CONVIDA EPS, para repetir contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD "ADRES", por las sumas que tenga que desembolsar con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia, siempre que no se encuentren contemplados en el POS, por el monto que según las normas legales y reglamentarias no le corresponda asumir, observando para tal fin los requisitos previstos en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

QUINTO: NOTIFICAR este fallo en debida forma a las partes, por el medio más expedito.

SEXTO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIA MARIELA ORTIZ NÚÑEZ
Juez