

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA

La accionante solicita que se disponga de una asistente médica para que ayude a su madre con las labores diarias que no puede realizar debido su incapacidad. A partir de la historia clínica de la señora [N] se puede establecer que el alzhéimer ha comprometido de manera importante sus funciones básicas y su independencia ya que no puede satisfacer sus necesidades fisiológicas, realizarse aseo personal ni alimentarse por sí misma, sumado a ello, presenta una dependencia al oxígeno lo que limita aún más sus posibilidades. Por estas razones es claro que precisa de un cuidador que le ayude y colabore en todas sus actividades, labor que ha venido desempeñando la accionante. La jurisprudencia constitucional en desarrollo del principio de solidaridad, ha indicado que el cuidado del adulto mayor enfermo recae en cabeza de la familia, a menos que sea una carga insoportable de llevar para los parientes (...) En este caso, la única persona con la que cuenta la paciente, es la accionante, para quien, el cuidado permanente y constante de su madre resulta difícil y desgastante ya que es una mujer de sesenta y cuatro (64) años de edad que está viendo disminuida su salud por el acompañamiento que le brinda. El cuidado que implica la enfermedad de la señora [N] no puede seguir siendo asumido únicamente por su hija, puesto que es un adulto mayor que no se encuentra en la capacidad de realizar actividades físicas tan dispendiosas como cargar a otra persona para realizarle la rutina de aseo diaria, entre otras.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 49 / LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 - ARTÍCULO 2 / LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 - ARTÍCULO 6 / LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 - ARTÍCULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prestación del servicio domiciliario de enfermería se puede consultar la sentencia T-096 de 2016 de la Corte Constitucional y la sentencia de tutela del 7 de abril de 2016, C.P. Martha Teresa Briceño, exp. 08001-23-33-000-2016-00812-01(AC), de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION A

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001 23 33 000 2016 00812 01 (AC)

Actor: ELIZABETH MARIA DE LEON ACTUANDO COMO AGENTE OFICIOSA DE NECTALINA MORENO

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL Y OTRO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS



Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por la accionante contra la sentencia del 26 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que concedió el amparo solicitado.

1. La acción de tutela

1.1. Pretensiones

La señora Elizabeth María De León de Vergara solicita lo siguiente:

Con fundamento en los hechos narrados, respetuosamente solicito que como consecuencia de la omisión de SALUD VIDA E.P.S. en prestarle los servicios que requiere la señora NECTALINA se ordene:

1. ENFERMERA PERMANENTE DE MANERA URGENTE Y LA ATENCION DOMICILIARIA INTEGRAL que requiera la señora NECTALINA MORENO DE LEON que se derive de su enfermedad.

2. ATENCION INTEGRAL con la infraestructura técnica, y el personal capacitado domiciliario, procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS; así como la entrega periódica de pañales, pues como ya lo mencione anteriormente, se le colocan tres al día todos los días, también solicitamos crema antipañalitis para evitar las quemaduras y escaras, así mismo guantes desechables y paños húmedos para el aseo personal; que por motivos de su enfermedad son requeridos para que la señora NECTALINA MORENO DE DE LEON, tenga mejor calidad de vida.

1.2. Hechos de la solicitud

La señora Elizabeth María De León de Vergara actuando como agente oficiosa de Nectalina Moreno de De León, presentó acción de tutela para lograr la protección de sus



derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social presuntamente vulnerados por el Ministerio de la Protección Social y Salud Vida E.P.S.

Manifiesta que la señora Nectalina Moreno de De León se encuentra afiliada a Salud Vida E.P.S. en el régimen subsidiado de salud, tiene setenta y ocho (78) años de edad y padece de alzhéimer desde hace dos (2) años, lo que le ha generado pérdida en la movilidad de las piernas y las manos y una disminución en la visión.

Adicionalmente no logra controlar esfínteres, sufre de hipertensión arterial y de enfermedad pulmonar crónica (EPOC), motivo por el cual su médico tratante le ordenó oxígeno por más de doce (12) horas al día, situaciones que la convierten en una persona totalmente dependiente que requiere de atención especial.

Señala que como cuidadora de su madre está deteriorando su salud, puesto que tiene sesenta y cuatro (64) años de edad y desde hace más de un año presenta una patología en sus rodillas que conllevó a que fueran retirados los cartílagos por desprendimiento, cirugía de la que no se ha podido recuperar satisfactoriamente, por lo que cada vez es más difícil atender y trasladar a la señora Moreno de De León.

Finalmente manifiesta que el 25 de mayo de 2016, radicó un derecho de petición ante Salud Vida E.P.S. solicitando los servicios de cuidador permanente y atención domiciliaria integral con personal capacitado y el suministro de pañales, cremas antipañalitis y paños húmedos que requiere la paciente. Esa solicitud fue despachada desfavorablemente bajo el argumento de que la visita técnica realizada por el médico general dictaminó que no era necesario ordenar un cuidador o enfermera permanente.

1.3. Trámite en primera instancia

La acción de tutela fue admitida mediante auto de 3 de agosto de 2016, en el que además se ordenó notificar al Ministerio de la Protección Social y a Salud Vida E.P.S., para que dentro del término legal y en uso de su derecho de defensa, rindieran el respectivo informe.



1.4. Intervenciones

1.4.1. Informe de Salud Vida E.P.S.

El Gerente de la Regional del Atlántico de la E.P.S. manifestó que los insumos solicitados por la accionante están excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS, y por lo tanto, la Resolución 1479 de 2015 dispuso que debían ser financiados por las entidades territoriales, en este caso, por la Secretaría de Salud Distrital de Barranquilla, tal como lo ha asumido a través de la Resolución 0274 de 2015, por medio de la cual se adopta el procedimiento para el cobro y pago de servicios sin cobertura en el POS.

Indicó que no encuentra soporte en su sistema que autorice la entrega de los productos antes mencionados ya que estos siempre deben ser ordenados por un dictamen profesional y estar justificados.

En cuanto a la solicitud de enfermera domiciliaria sostuvo que, el médico domiciliario tratante realizó una visita el 27 de mayo de 2016 y constató que no existía la necesidad de ordenar dicho servicio y que él es quien tiene la potestad y el criterio científico para identificar las necesidades reales de la usuaria.

Además que la señora Moreno de De León cuenta con la asistencia domiciliaria prestada por House Care Medical y Medical Room Service desde el 16 de mayo de 2016, institución que realiza visitas para 20 terapias respiratorias de lunes a viernes, una valoración de nutrición y una consulta con medicina general al mes.

Finalmente solicitó que se declare improcedente la acción de tutela incoada ya que esa entidad no violó los derechos fundamentales de la usuaria.

1.4.2. Informe del Ministerio de la Protección Social



El Director Jurídico del Ministerio afirmó que no es responsable del agravio a la señora Moreno de De León, ya que según las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001 y 489 de 1998, en concordancia con el Decreto 2562 de 2012 y el Decreto Único del Sector Salud, sus funciones principales son formular, adoptar, dirigir, coordina, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud.

Solicitó la improcedencia de la acción ya que no le compete solucionar esos inconvenientes, sino a la E.P.S. a la cual se encuentre afiliada la usuaria encargada de hacerlo.

1.5. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 26 de agosto de 2016, concedió el amparo solicitado y ordenó a Salud Vida E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas hiciera la entrega de los elementos requeridos: pañales desechables en la cantidad requerida (tres (3) unidades diarias), guantes desechables, crema antipañalitis y paños húmedos periódicamente, exonerando de copagos y cuotas moderadoras a la accionante y autorizó a la entidad a efectuar el recobro al Fosyga de los sobrecostos en que pudiera incurrir. A su vez, negó el servicio domiciliario de enfermera permanente.

Indicó que, en efecto, la señora Moreno de De León está recibiendo tratamiento por parte de Salud Vida E.P.S., entidad que viene suministrando el servicio clínico domiciliario ordenado por el médico tratante. En aras de dar respuesta a la petición interpuesta por la actora, realizó una visita técnica a su casa que concluyó que no existe la necesidad de ordenar una enfermera permanente.

Por lo tanto, como el galeno que realizó la visita dictaminó que no era necesario ni urgente una enfermera permanente para atender a la usuaria, negó dicha pretensión, argumentando que ese servicio debió ser prescrito o convalidado por el doctor de la E.P.S. que por su conocimiento científico es el indicado para prescribir los tratamientos adecuados a cada patología.

Respecto al suministro de pañales desechables, guantes desechables, cremas antipañalitis y paños húmedos, señaló que si bien el médico tratante no determinó si la señora Moreno

de De León los requiere, debido a las enfermedades que padece y a su avanzada edad, evidenció la necesidad del suministro de esos productos periódicamente.

1.6. Impugnación

La parte accionante inconforme con la decisión procedió a impugnar el fallo de tutela de primera instancia proferido por Tribunal Administrativo del Atlántico. Indicó que no puede realizar, como la persona encargada del aseo personal y cuidado de la señora Moreno De León, las labores mínimas de ayuda que requiere como cargarla al baño cada vez que sea necesario, levantarla o acostarla, aunque tenga las mejores intenciones y la mayor voluntad, ya que no cuenta con la vitalidad de antes.

Sostuvo que en el momento en el que los médicos visitan a su madre no alcanzan a observar lo complicado que resulta y la complejidad que representa realizarle todos los días la rutina de aseo y aunque lo hace con el mayor esmero siente que se está desmejorando su salud.

Manifestó que ha tenido dos (2) cirugías de rodilla izquierda, tal como lo probó en el expediente y que es una persona de sesenta y cuatro (64) años de edad que no desconoce sus obligaciones como hija, pero que también debe propender por su salud.

Finalmente, expresó que lo que pretende es que se le dé una solución a la problemática de salud de ella y de su madre en su domicilio y contar con el apoyo de un auxiliar que le ayude con los cuidados que requiere esta última, según lo dispuesto en la Resolución 5521 de 2013.

2. Consideraciones

2.1. Competencia



Es competente esta Sala para revisar el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto establece que «Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente (...)».

2.2. Problema jurídico

Se trata de determinar si la sentencia de 26 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó el servicio domiciliario de enfermera permanente o cuidador que requiere la señora Nectalina Moreno deDe León, desprotegió sus derechos fundamentales.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial

2.3.1. De la procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que tiene su origen en el artículo 86 de la Constitución Política y se caracteriza por ser residual y subsidiaria. Dichos caracteres dan cuenta del ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas en ejercicio de esta acción, ya que el ordenamiento jurídico ha establecido diversas acciones ordinarias encaminadas igualmente a la defensa de los derechos que no se pueden pasar por alto.

Por ello el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia de la tutela que: «existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

La jurisprudencia de la Corte Constitucional^[1] ha reiterado que el juez de tutela debe analizar los asuntos que llegan a su conocimiento observando estrictamente el carácter subsidiario y residual de la acción. Ello quiere decir que sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios legales



existentes, ninguno resulte idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue conculcado.

También tiene lugar el amparo cuando a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el ciudadano acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probar. De no tener en cuenta estos parámetros se desconocería el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y actuaría el juez constitucional en contravía del sistema jurídico.

2.3.2. El derecho a la salud.

La Constitución Política de Colombia sitúa el derecho a la salud en el Capítulo II, dentro de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, o de segunda generación, catalogándolo como un derecho de carácter prestacional; y lo define en el artículo 49, como un servicio público a cargo del Estado, en sus facetas de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la Salud.

Actualmente se encuentra regulado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015^[2], donde en su artículo 2, lo presenta como un derecho de naturaleza autónoma e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

El artículo 6 ibídem, regula los principios que deben guiar la prestación del servicio de salud, a saber: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, entre otros, y, en su artículo 8 ibídem, hace especial referencia a la integralidad en la prestación de los servicios de salud, en el siguiente sentido:

Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por



el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado en torno a la concepción del derecho a la salud^[3], elevándolo a la categoría derecho fundamental en particulares eventos, dada su íntima relación con los derechos fundamentales a la vida y la dignidad humana, y además, porque en muchos casos se afecta de manera grave el mínimo vital de la persona^[4]; concepción a la que luego le agregó el carácter de derecho autónomo^[5], frente a sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, niñas y adolescentes^[6], personas de la tercera edad^[7], personas con discapacidad^[8], mujeres en estado de embarazo, desplazados^[9], entre otros.

La Corte ha sido enfática en señalar que aun cuando el derecho a la salud se ha elevado a la categoría de derecho fundamental, plausible de protección de manera autónoma por vía de tutela, este derecho tiene límites en su protección, al reconocer que no todos los aspectos cobijados por este derecho son tutelables, sino sólo aquellos que atentan de manera grave con la vida, la integridad personal, la dignidad y el mínimo vital de la persona^[10], circunstancias que el juez constitucional debe evaluar en cada caso.

Para la Corte Constitucional, es procedente la intervención del juez de tutela para proteger al individuo que demande el suministro de servicios tendientes a satisfacer la salud. De este modo, niños, mujeres embarazadas, personas de la tercera edad y discapacitados, entre otros, en imposibilidad de asumir las onerosas cargas provenientes de su situación de debilidad, son acreedores directos de una tutela judicial capaz de detener la amenaza o vulneración de ese derecho fundamental.

Precisamente, la Corte ha sostenido que las personas de la tercera edad son acreedoras de esa particular protección, dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran y la etapa de su vida que atraviesan^[11]:



«Es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran».

2.4. Análisis de la Sala

La actora, en ejercicio de la acción de tutela pretende que se ordene a la Salud Vida E.P.S. que le suministre el servicio de enfermera domiciliaria permanente, así como el aprovisionamiento de pañales desechables, crema antipañalitis, guantes desechables y paños húmedos para la señora Nectalina Moreno de De León, adulto mayor afiliada al régimen subsidiado de salud. .

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante providencia de 26 de agosto de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la acción de tutela. Ordenó a Salud Vida E.P.S. que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas hiciera entrega de los elementos de aseo requeridos por la actora y negó el servicio domiciliario de enfermera permanente, ya que no fue prescrito por el médico tratante.

La accionante impugnó la decisión al considerar que los médicos visitan a su madre no alcanzan a observar lo complicado que resulta y la complejidad que representa realizarle todos los días la rutina de aseo a su madre y aunque lo hace con el mayor esmero siente que se está desmejorando su salud.

Manifestó que es una persona de sesenta y cuatro (64) años de edad que no desconoce sus obligaciones como hija, pero que también debe propender por su salud, que se ha visto desmejorada desde el momento en que asumió esa carga, hasta el punto de ser intervenida dos (2) veces de la rodilla izquierda. Por ello reitera la solicitud de que sea asignado un cuidador para su madre.



Del estudio del caso se puede advertir que la señora Nectalina Moreno de De León, está afectada por la enfermedad de Alzhéimer, la cual ha afectado sus facultades cognitivas y la ha incapacitado permanente para valerse por sí misma y realizar sus actividades diarias más básicas como su aseo personal, alimentarse, satisfacer de manera independiente sus necesidades fisiológicas, entre otras. Según su historia clínica, también padece de hipertensión arterial, glaucoma, desprendimiento de retina y enfermedad pulmonar crónica Epop que requiere de oxigenoterapia domiciliaria dieciséis (16) horas diarias.

Debido a esas patologías, requiere atención y cuidado permanente por otra persona, labor que lleva a cabo su hija Elizabeth Maria De León de Vergara, quien además también es una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional, que según afirma y lo corrobora su historia clínica, ha comenzado a padecer de fuertes lesiones en sus rodillas que la han obligado a someterse a dos (2) intervenciones quirúrgicas en el último año.

La Sala considera que el derecho a la salud se rige por el principio de integralidad, que: «no solo comprende la asistencia farmacológica e intrahospitalaria, sino todas las prestaciones requeridas para que una persona se recupere, sea reestablecida en su salud o le sean mitigadas sus dolencias y pueda sobrellevar la patología que sufre en condiciones dignas»^[12].

La accionante solicita que se disponga de una asistente médica para que ayude a su madre con las labores diarias que no puede realizar debido su incapacidad. A partir de la historia clínica de la señora Moreno de De León se puede establecer que el alzhéimer ha comprometido de manera importante sus funciones básicas y su independencia ya que no puede satisfacer sus necesidades fisiológicas, realizarse aseo personal ni alimentarse por sí misma, sumado a ello, presenta una dependencia al oxígeno lo que limita aún más sus posibilidades. Por estas razones es claro que precisa de un cuidador que le ayude y colabore en todas sus actividades, labor que ha venido desempeñando la accionante.

La jurisprudencia constitucional en desarrollo del principio de solidaridad, ha indicado que el cuidado del adulto mayor enfermo recae en cabeza de la familia, a menos que sea una carga insostenible de llevar para los parientes.

Al respecto en la sentencia T-096 de 2016 la Corte Constitucional sostuvo:

El artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013, que fija el P. O. S., establece el servicio de atención domiciliaria, como una «modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia». Se trata de un servicio cubierto por el propio P. O. S., siempre que así sea prescrito por el médico tratante, y se caracteriza por su estricta relación con la gestión de la salud (artículo 29 de la misma Resolución).

Una figura diferente es el cuidador de personas en situación de dependencia, que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación de dependencia. En la Sentencia T-154 de 2014, se indicó que los cuidadores poseen las siguientes características:

(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[31] de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado[32], y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, 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. El cuidador facilita, además, que en la mayor medida posible el paciente tenga y disfrute de los espacios que gozan la generalidad, como, por ejemplo, la realización de actividades manuales o lúdicas, de distracción y recreación, de deporte, etcétera.

Todo esto, por supuesto, dependiendo de las circunstancias en que se halle el sujeto, pues en algunos casos los servicios del cuidador se limitarán a la asistencia de la persona dependiente en

la mera realización de sus actividades y necesidades básicas. Por ejemplo, cuando aquella tiene limitada drásticamente la locomoción y debe permanecer en un solo sitio la mayoría del día o en aquellos eventos en que su condición prácticamente le impide realizar todo tipo de actividades físicas, caso en el cual el cuidador se encarga de ayudarlo en su aseo e higiene personal, a suministrarle los medicamentos que consume, a organizar y mantenerle adecuados los espacios físicos y el lugar que utiliza para descansar.

El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad.

Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si dan ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(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.

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si una de las anteriores condiciones no concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, no se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad[36].

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.

En este caso, la única persona con la que cuenta la paciente, es la accionante, para quien, el cuidado permanente y constante de su madre resulta difícil y desgastante ya que es una mujer de sesenta y cuatro (64) años de edad que está viendo disminuida su salud por el acompañamiento que le brinda.

El cuidado que implica la enfermedad de la señora Moreno de De León no puede seguir siendo asumido únicamente por su hija, puesto que es un adulto mayor que no se encuentra en la capacidad de realizar actividades físicas tan dispendiosas como cargar a otra persona para

realizarle la rutina de aseo diaria, entre otras. Por ello, Salud Vida E.P.S. como entidad prestadora de salud debe ser obligada a salvaguardar su derecho a la salud, como lo establece la providencia constitucional anotada.

3. Conclusión

En ese orden de ideas, y ya que la señora Elizabeth María de Leon de Vergara no cuenta con la capacidad física y económica para brindarle el cuidado que requiere la señora Moreno de De León, la Sala considera que la obligación de proporcionar el servicio de cuidador domiciliario debe ser asumida por Salud Vida E.P.S. En consecuencia, se le ordenará suministrar ese servicio, en turnos diarios de doce (12) horas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla

REVOCASE el numeral tercero la sentencia impugnada proferida el 26 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo de Atlántico, por las razones expuestas en este proveído. En su lugar se dispone:

ORDÉNASE a Salud Vida E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre a la señora Nectalina Moreno de De León, el servicio de cuidador a domicilio, en jornada de 12 horas diarias en el día, a fin de que la atienda y asista en todas sus necesidades básicas.

CONFÍRMASE en lo demás.



Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



^[1] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-030 de 2015, T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 211, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras

^[2] Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones

^[3] Dejando de lado la concepción primigenia, según la cual no era de aquellos derechos frente a los cuales se pudiera exigir su aplicación vía de tutela, así como la teoría de la conexidad, adoptada en un segundo momento, según la cual, la protección del derecho solo se debía dar cuando su afectación generaba directamente la vulneración de un derecho fundamental. Sentencia T-406 de 1992.

^[4] Sentencia T-597 de 1997

^[5] Sentencia T-736 de 2004

^[6] Sentencias T-893/10, T-170/10, T-893/10, T-197/11, T-765/11 y T-813/10.

^[7] Sentencias T-8733/07, T-372/08, T-756/09, T-050/10 y T-149/11.

^[8] Sentencias T-1093/08, T-893/10.

^[9] Sentencia T-138/06.

^[10] Sentencias T-760/08 y C-313/14.

^[11] Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2014 M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

^[12] Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 2014, M. P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.