



Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2022-00145-01
Accionante	MARÍA MARGARITA FERNÁNDEZ ROMERO (representación de su hija) ASHLEE XOCHYLTH BERTEL FERNÁNDEZ
Accionado	NUEVA EPS
Tema	<i>Confirmar la sentencia de primera instancia – se reconoce la atención domiciliaria en la modalidad de servicio de enfermería.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada¹, contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)², proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

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

“PRIMERO ordenar a la NUEVA EPS, que le cumpla con el tratamiento que han mandado los médicos tratantes de ASHLEE XOCHYLTH BERTEL FERNADEZ, de 13 años de edad, y que necesita para sobre llevar su enfermedad y tratar de darle un poco de dignidad a su vida.

SEGUNDO ordenar que la NUEVA EPS, autorice la asistencia de enfermería las 12 hora, como lo han solicitado los médicos, para que le e manejo a las asepsias, aspiraciones, se ocupe del botón de gastrostomía y aspiraciones de secreciones.

TERCERO ordenar a la NUEVA EPS, que autorice que se le dé a ASHLEE XOCHYLTH BERTEL FERNADEZ, el siguiente tratamiento médico general domiciliario una vez al mes, nutrición domiciliaria trimestral, terapia física, respiratoria, ocupacional y fonoaudiología.

3.2 Hechos⁴.

¹ Fols 43 – 48 Exp digital

² Fols 29 – 37 Exp digital

³ Fols 4 Exp digital

⁴ Fols 1 – 4 Exp digital



Como sustento a sus pretensiones, la accionante expuso los siguientes argumentos fácticos:

Manifestó la accionante, que su hija Ashlee Xochylth Bertel Fernández tiene 13 años de edad, y se encuentra afiliada como beneficiaria en servicios de salud a la Nueva EPS.

Expresó que, cuando la menor tenía cuatro meses de edad, fue diagnosticada con Síndrome de Moebius, el cual es un trastorno congénito de denervación craneal de poca frecuencia; caracterizado por generar parálisis facial completa o incompleta, en asocio con la parálisis bilateral del nervio, lo que finalmente produce trastorno de abducción, pérdida de la movilidad; es decir, desmejora las condiciones de vida.

Igualmente, que cuando la niña tenía dos meses de nacida, debido a las complicaciones presentadas, se le realizó una gastrostomía endoscópica percutánea, que es un procedimiento por medio del cual se implanta un tubo flexible que permite el traslado de alimentos desde la pared abdominal hasta el estómago; así como, el suministro de medicamentos.

Pese a la imposibilidad de respirar por sí sola, tuvo que adaptársele una traqueostomía, lo que requirió un orificio en la parte del cuello y la tráquea. Ello, con la finalidad de proporcionarle respiración.

Mencionó también, que en algunos casos la cánula insertada es temporal, no obstante, en otros, como el de Ashlee Bertel es permanente, para su curso de vida.

Ante lo dicho, la actora comentó que por las diferentes patologías que su hija presenta, el asistimiento de los profesionales en salud ha sido indispensable. Por ello, conforme Al Índice de Barthel, se ha determinado la dependencia total a un tercero.

Destacó que, en el año 2010 debió acudir a la acción de tutela, para que a la menor se le pudiese brindar una atención médica, donde finalmente se logró por parte de la EPS COMEVA la asignación del servicio de enfermería durante 12 horas, el cual estuvo vigente hasta la liquidación de la misma en fecha 25 de enero de 2022.

Dado a esto último, los usuarios del servicio fueron trasladados a la Nueva EPS, en la que se les informó que los procedimientos adelantados hasta la fecha, continuarían su curso, sin que se les afectara. Muy a pesar de ello, la misma, sin



tener en cuenta los requerimientos de los médicos tratantes, decidió suspender el servicio proporcionado por la anterior EPS.

Presentado lo anterior, la tutelante adujo haber realizado solicitud ante la EPS, pero que ésta, sólo autorizó el servicio de enfermería por 15 días, situación fue totalmente reprochada, ya que su hija requiere de un tratamiento permanente y no temporal, tal como fue concedido. Esto teniendo en cuenta que, la menor requiere de forma constante de asepsias y aspiraciones.

CONTESTACIÓN.

3.2.1 Nueva EPS⁵

En el informe rendido, señaló que ha procurado por garantizar la atención médica integral a la menor; a tal punto, que los servicios requeridos, tales como: (I) autorización de servicios N°. 176693275 paquete de traqueotomía mensual domiciliario con direccionamiento a la IPS - Centro médico Buenos Aires S.A.S., (II) autorización con N° 175917975 auxiliar de enfermería 12 horas diurnas a domicilio con direccionamiento a la IPS domiciliaria subsidiada - Centro médico Buenos Aires; han sido atendidos y trasladados al área técnica de salud.

Ante lo expuesto, la accionada solicitó denegar las pretensiones, ya que, a su juicio, no ha producido perjuicio irremediable alguno. De igual modo, rogó no acceder a la pretensión de tratamiento integral, toda vez, que, según sus argumentos, el criterio que determina los servicios necesitados en el caso *sub lite* es del médico tratante y no el de juez.

Por último, indicó que en caso de tutelar lo acá pretendido, se faculte a la entidad para cobrar ante el ADRES todos los gastos dinerarios que se generan a causa del cumplimiento del fallo.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, la salud y la seguridad social de la menor ASHLEE XOCHYLTH BERTEL FERNADEZ, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENESE al representante legal de NUEVA EPS, para que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia,

⁵ Fols 23 – 27 Exp digital

⁶ Fols 29 – 37 Exp digital



13-001-33-33-008-2022-00145-01

autorice servicio de enfermería domiciliaria por 12 horas diarias, tratamiento médico general domiciliario una vez al mes, nutrición domiciliaria trimestral, terapia física, respiratoria, ocupacional y fonoaudiología, en ña(sic) cantidad y con la periodicidad que determine el médico tratante.

TERCERO: *conmínese a NUEVA EPS para que en lo sucesivo entregue y preste, sin trabas, obstáculos y demoras todos los medicamentos y servicios médicos que llegare a necesitar el accionante en relación con su padecimiento" (...)*

En el estudio de la tutela, el A-quo sostuvo que la menor padece afectaciones graves a su salud, tal como consta en la orden prescrita por el médico tratante. También expuso, que la accionante carece de recursos económicos para sufragar los gastos que generan la atención en salud; así mismo, que la representada tiene 13 años de edad, lo que la hace sujeto de especial protección constitucional que requiere de cuidado y protección del Estado.

Por otra parte, mencionó que, si bien es cierto la NUEVA EPS comentó haber accedido a la autorización parcial de los servicios, también es cierto que no se evidenció prueba alguna que así lo reafirme.

En ese sentido, concluyó el Juzgado que la menor se encuentra desprovista de su tratamiento; en consecuencia, existe una clara vulneración de los derechos fundamentales. Por ello, ordenó a la accionada autorizar el servicio de enfermería domiciliaria por 12 horas diarias, tratamiento médico general domiciliario una vez al mes, nutrición domiciliaria trimestral, terapia física, respiratoria, ocupacional y fonoaudiología, en la cantidad y con la periodicidad que se requiera.

3.4. IMPUGNACIÓN⁷

La parte accionada, en escrito de fecha 1 de junio de 2022⁸, manifestó que, siempre ha procurado por ser garante de atenciones en salud, por lo que prueba lo dicho, reiterando las autorizaciones realizadas para la prestación de los servicios a la menor Ashlee Bertel.

Destacó también, que el servicio de cuidador fue proporcionado por el período de 15 días para entrenamiento, ya que por tratarse de actividades básicas que no requieren de conocimientos médicos; corresponden ser asumidas por los familiares del paciente; sin embargo, la señora María Fernández decidió rechazar el mismo, alegando que su requerimiento no era temporal, sino en forma permanente. Consecuentemente, señaló que, por versar la solicitud

⁷ Fols 43 – 48 Exp digital

⁸ Fols 41 Exp. Digital



sobre el servicio de cuidador, hace improcedente la misma, ya que, a su juicio, se encuentra excluido del PBS.

En síntesis, la parte impugnante solicitó revocar la providencia, atendiendo que no existe perjuicio irremediable, ya que la Nueva EPS ha garantizado los tratamientos que la usuaria ha requerido; tampoco ha existido negativa de la entidad ante el suministro de los medicamentos, tratamientos y valoraciones especializadas, terapias y atenciones domiciliarias. Por ende, solicitó declarar improcedente la acción por no cumplir con el lleno de los requisitos que permitan la viabilidad e inaplicación de las normas por concepto de servicios excluidos del PBS, más aún cuando en los argumentos acá esbozados, no se evidencia prueba que respalde tal solicitud.

En relación a la pretensión de tratamiento integral, indicó que no se debe acceder, debido a que el criterio médico es el factor determinante ante el requerimiento o no del servicio; mas no el del juez constitucional. Ahora bien, en caso de ser condenada la entidad, solicitó que se faculte para cobrar ante el ADRES todos los gastos dinerarios que se generan a causa del cumplimiento del fallo.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)⁹, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en fecha quince (15) de junio de dos mil veintidós¹⁰, por lo que se dispuso su admisión el mismo día.¹¹.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarreen nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

⁹ Fols 61 – 62 Exp digital

¹⁰ Fols 66 Exp digital

¹¹ Fols 67 Exp digital



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

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Vulnera la Nueva EPS los derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad y a la seguridad social de la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernandez, al no autorizar el servicio de atención domiciliaria en la modalidad de enfermería por 12 horas, al considerar que no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios de Salud?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, dado que la accionada como entidad prestadora de salud, debe garantizar las tecnologías y servicios, en especial cuando están incluidos en el PBS, como la atención domiciliaria en la modalidad de enfermería, que, si bien no representan una tecnología sanadora, si garantiza unas mejores condiciones de vida. Estos emolumentos cuentan con un protocolo para su prescripción, los cuales fueron acreditados por la actora; por lo tanto, se procede amparar el derecho a la salud, vida digna, igualdad y a la seguridad social que se encuentran vulnerados ante la negativa de la entidad de proporcionar el servicio a la representada, quien padece una enfermedad degenerativa que la imposibilita realizar sus actividades cotidianas de forma regular.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Derecho fundamental a la salud de los niños y niñas como sujetos de especial protección constitucional; (iii) Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (iv) El suministro domiciliario del servicio de enfermería en el Plan de Beneficios de Salud.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los



derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

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

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

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

5.4.2. Derecho fundamental a la salud de los niños y niñas como sujetos de especial protección constitucional.

La H. Corte Constitucional, concibe la salud como un servicio público y un derecho fundamental a cargo del Estado, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

En cuanto a la protección por parte del Estado, se tienen que los derechos de niños y niñas prevalecen sobre los derechos de los demás; es decir, la materialización del derecho fundamental a la salud, radica única y exclusivamente en cabeza del Estado, en virtud a la debilidad manifiesta en la que se encuentran los mismos.

Así mismo, se ha manifestado que, la acción de tutela como mecanismo constitucional tendiente a garantizar los derechos fundamentales, procede en



los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Conforme a lo anterior, el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes requiere mayor especial protección de acuerdo a las consignas de la Constitución Política de 1991.

Nótese así que, la especial protección constitucional para dichas personas, resulta fundamental y prevalente según lo emanado del artículo 44 superior, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia SU-508 de 2020, donde expresó:

“(...) los niños requieren de especial protección constitucional, debido a su condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión. El carácter de especial protección significa, por un lado, que los derechos de los niños deben interpretarse junto con el principio de dignidad y, por otro lado, que éstos gozan de una protección prevalente cuando se presentan conflictos con otros intereses.

115. En materia de salud, la jurisprudencia constitucional ha integrado el derecho a la salud con el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual consagra que la salud comprende el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación. Por ello, la Corte Constitucional ha ordenado reiteradamente a las EPS tomar las medidas tendientes a proteger y garantizar los derechos de esta población” (...)

En ese sentido, al tratarse de niños y las niñas, la acción de tutela es procedente en los casos en que: (i) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio o tecnología incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud; (ii) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del PBS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos.

5.4.3 Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas

Con base al principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional¹², ha manifestado que, el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación, por lo que debe ir encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona; motivo por el cual, se deben direccionar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciban

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



los cuidados médicos que buscan proporcionarle al paciente el mayor bienestar posible.

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

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

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 8 de la ley 1751 de 2015, es suministrable todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, siempre y cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en sentencia T- 673 de 2017, ha establecido que la prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, específicamente por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En ese sentido, cuando afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta de traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.

La Corporación, alega que la imposición de barreras administrativas a los usuarios desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud porque: (i) no pueden gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad); (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia); (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad).

Como consecuencia, se ha identificado los efectos materiales y nocivos en el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes causados por las barreras administrativas injustificadas y desproporcionadas impuestas por las EPS a los usuarios, los cuales se sintetizan a continuación:



- Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas de soportar una espera prolongada para ser atendida y recibir tratamiento.
- Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica.
- Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud el instante en que recibe la atención efectiva.
- Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.

Conforme a lo expuesto, la Corte ha reiterado que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e irrazonables, no puede trasladarse a los usuarios, pues dicha situación desconoce sus derechos, bajo el entendido de que pone en riesgo su condición física, psicológica e incluso podía afectar su vida.

5.4.4 Suministro del servicio de atención domiciliaria en la modalidad de enfermería, incluido en el Plan de Beneficios de Salud

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

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

Al respecto del servicio de atención domiciliaria en la modalidad de enfermería, la Corte lo ha definido como aquel apoyo que sólo podría ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud, es decir, para la prestación del mismo, de debe cumplir con el lleno de ciertos requisitos



COMO: “(i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud; (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018 como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. **Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería 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;** y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS”¹³. (subrayado fuera del texto)

Así mismo, este concepto fue reiterado en Sentencia SU-508 de 2020 de la siguiente manera.

Servicio	Subregla
Servicio de enfermería	<ol style="list-style-type: none"> 1. Está incluido en el PBS. 2. Se constituye en una modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria. El servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y no sustituye el servicio de cuidador. 3. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. 4. Si no existe orden médica, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

Así las cosas, es claro que la figura en mención hace parte del Plan Obligatorio de Salud “PBS”, que no puede constituirse en barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que el suministro de este servicio implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera



- Captura de pantalla donde consta tarjeta de identidad de la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernandez¹⁴.
- Certificado de afiliación expedido por la Nueva EPS, que hace constar la vigencia del servicio prestado a la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernández, de fecha 14 de mayo de 2022¹⁵.
- Orden transcrita por el galeno, donde refiere las diversas patologías que aquejan a la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernández, de fecha 19 de junio de 2020¹⁶.
- Orden médica de fecha 19 de junio de 2020, donde se evidencia el requerimiento que el galeno hace en relación al servicio de atención domiciliaria para el manejo de las patologías de la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernández¹⁷.
- Captura de pantalla donde se observa calificación de dependencia funcional de la niña Ashlee Xochylth Bertel Fernandez, conforme al índice de Barthel¹⁸.
- Certificado de dependencia funcional a nombre de Ashlee Xochylth Bertel Fernández, de fecha 25 de marzo de 2022¹⁹.
- Captura de pantalla donde se evidencia escrito de negativa por parte de la señora María Margarita Fernández Romero, en relación al servicio domiciliario de entrenamiento a cuidador de 15 días, proporcionado por la Nueva EPS ²⁰.
- Capturas de pantalla donde se observa escrito de servicio domiciliario de rehabilitación a las patologías de la menor Ashlee Xochylth Bertel Fernández, de fechas 14, 16, 18, 19, 20 y 21 mayo de 2022²¹

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente caso la señora María Margarita Fernández Romero ejerciendo la representación de su hija Ashlee Xochylth Bertel Fernández, interpuso acción constitucional en la que solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la

¹⁴ Fol. 5 Exp. Digital

¹⁵ Fol. 6 Exp. Digital

¹⁶ Fol. 7 Exp. Digital

¹⁷ Fol. 8 Exp. Digital

¹⁸ Fol. 9 Exp. Digital

¹⁹ Fol. 10 Exp. Digital

²⁰ Fol. 50 – 51 Exp. Digital

²¹ Fols. 52- 57 Exp. Digital



salud, vida digna, igualdad y a la seguridad social presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, toda vez que niegan el suministro de servicio domiciliario de enfermería que requiere la joven dada a su estado de salud.

Mediante sentencia de fecha 26 de mayo de 2022, el A-quo resolvió tutelar los derechos deprecados por la actora al considerar que estaban siendo vulnerados por la accionada, puesto que la menor padece una enfermedad degenerativa que requiere de los servicios médicos para sobre llevar su problema de salud de forma digna, los cuales su madre no puede costear; en ese sentido, encontró que se cumplían con los presupuestos jurisprudenciales para amparar los derechos conculcados.

La parte accionada, presentó impugnación argumentando que en la decisión de primera instancia no se tuvo en cuenta lo diligente y garantista que ha sido en la prestación de los servicios requeridos por la paciente; por tanto, el juez al acceder a lo pretendido, se apartó de las disposiciones jurisprudenciales; por lo que, solicitó revocar la decisión y que se declare improcedente la tutela.

Bajo estos supuestos, le corresponde a esta Sala de decisión determinar si la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad y a la seguridad social, o si, por el contrario, no se cumplen los requisitos mínimos que dicta el precedente constitucional para acceder a la atención domiciliaria, en este caso el servicio de enfermería.

En el *sub lite*, de acuerdo a la jurisprudencia citada en el marco normativo, es decir, la SU-508 de 2020, nos encontramos dentro las reglas allí citadas en el sentido de que no es de recibo lo manifestado por la accionada de que el servicio de enfermería no está en el PBS. Tal argumento, no es cierto por lo plasmado en dicha jurisprudencia en donde se concluye que el servicio de enfermería hace parte de la atención domiciliaria, por ende, está dentro del Plan Básico de Salud.

Así las cosas, como quiera que el derecho a la salud es un derecho fundamental de protección directa tal como lo dice nuestro máximo Tribunal constitucional en la plurimencionada sentencia, lo cual hace a la tutela procedente sin mayores análisis y en especial en este caso cuando se trata de una menor como Ashlee Xochylth Bertel Fernández , quien tiene 13²² años de edad, lo que la hace sujeto de especial protección, tal como se mencionó en el marco normativo de este proveído. Siendo así, permite flexibilizar este requisito que constituye la tutela en el medio idóneo para ventilar la posible afectación de sus derechos fundamentales, situación que la hace procedente

²² Se extrae de las valoraciones médicas Fol. 52 Exp. Digital.



de manera directa esta acción, por lo que puede haber un pronunciamiento de fondo sobre lo pretendido.

Dicho lo anterior, se procede con el estudio de prosperidad o no de la acción, teniendo en cuenta lo aportado en el plenario, para tal fin, encuentra esta Sala que estamos en el caso de la menor Ashlee Bertel que según valoraciones médicas de diferentes galenos, y en distintos momentos, tiene diagnóstico de: 1- síndrome de Moebius. 2- portadora de una traqueostomía y 3- gastrostomía. Igualmente, se observó calificación funcional conforme al índice de Barthel de resultado menor a 20 puntos, inclusive, un certificado de dependencia total, ya que como se mencionó en párrafos anteriores, existe imposibilidad para la realización de actividades de cuidado e higiene personal.

Debido a lo antes expuesto, la Sala encuentra desvirtuados los argumentos de la parte impugnante, ya que; primero, la actora solicita el servicio de atención domiciliaria en la modalidad de enfermería, mas no en la de cuidador, situación última que asumida por la Nueva EPS.

Sobre ambas figuras, al Corte²³ ha precisado su diferencia así:

“(...)55. En cuanto al servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud; (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018, como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería 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; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

(...) los cuidadores, (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas; (ii) Esta figura es definida 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 ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud; (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera



solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.

(...)

En segundo lugar, la parte accionada comenta haber remitido la solicitud de la actora al área encargada, no obstante, no aportó prueba fehaciente que así lo demostrase, por tanto, aun persiste la vulneración de los derechos enjuiciados.

Por otro lado, es menester aclarar, que la negativa de la accionante a recibir los servicios ofrecidos por la accionada, sólo se debió al cambio de atención domiciliaria que efectuó la Nueva EPS, ya que como se dijo en párrafos anteriores, la menor Ashlee requiere el servicio de enfermería, mas no el de cuidador, tal como había sido interpretado y concedido por su anterior EPS.

Con el objeto de seguir garantizando los derechos acá enjuiciados, deberá la accionada continuar la prestación de los servicios respecto a la atención de un médico general domiciliario mensual, nutrición domiciliaria trimestral y terapias físicas, respiratorias, fonoaudiológicas y ocupacionales requeridas por la joven; esto, conforme al título II de la Resolución 2292 de 2021, al estar cubiertos por la Unidad de pago por capitación "UPC". Así las cosas, es claro anotar que no se podrá ordenar el recobro de los servicios al ADRES, puesto que es competencia de la EPS prestarlos.

En consecuencia, esta Magistratura deduce que le asiste razón al A-quo, dado que en el expediente se encuentra probado que existe prescripción médica que ordena el suministro de atención domiciliaria en la modalidad de enfermería; de igual modo, en caso tal de no mediar dicha orden, de las valoraciones médicas se extrae su dependencia total de un tercero. Por otro lado, frente a la inconformidad del recurrente de un tratamiento integral, el mismo no es de recibo, puesto que el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 o Estatutaria de Salud lo contempla, así que la orden judicial lo que hace es reiterar a lo que está obligado a cumplir la accionada por mandato legal, especialmente, en este caso, dadas las circunstancias de salud de la menor, que como tal es un sujeto de especial protección constitucional y cuya vida digna debe ser protegida como derecho fundamental de una manera amplia para que pueda realmente hacer uso del mismo.

En ese sentido, esta Corporación CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, por las razones aquí mencionadas.



VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

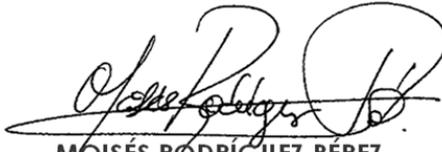
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

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

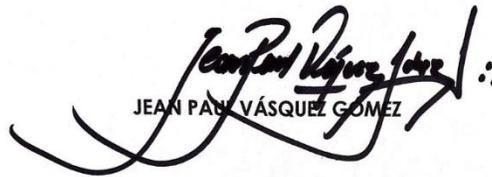
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 024 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ