



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA Bucaramanga, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado No. 68001-4003-020-2022-00734-00

FALLO

Procede el Despacho a decidir la acción de Tutela interpuesta por la señora **LUZ MERY ARCINIEGAS DÍAZ**, en calidad de agente oficiosa de **ALIX BOHÓRQUEZ DE VARGAS**, contra **NUEVA EPS**, siendo vinculadas la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, consagrados en la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta los siguientes,

HECHOS:

Manifiesta la accionante que, la agenciada tiene 89 años de edad, se encuentra afiliada al Sistema General de seguridad social en salud en el régimen contributivo, a la **NUEVA EPS**, quien tiene dependencia funcional total de sus actividades diarias, con escala Barthel actual 0/100.

Afirma que, según especialista endocrinólogo, la agenciada tiene sonda nasogástrica por la cual se suministran medicamentos y alimentos, lo que demanda atención 24 horas por enfermera capacitada para que realice dicha labor, y las demás pertinentes con ocasión de sus diagnósticos médicos.

Indica que, a raíz de las patologías que padece la agenciada, asiste periódicamente a controles médicos, como también es asistida en su domicilio por médicos especialistas, y que, pese a los cuidados y medicamentos suministrados, su estado de salud ha ido en decaimiento.

De igual forma, refiere que la agenciada no puede realizar labores básicas diarias, y su condición de salud es de difícil cuidado, por lo que la negativa de la accionada de autorizar el suministro del servicio de auxiliar de enfermería, ha causado un grave perjuicio a la salud de la misma.

Afirma que el suministro de servicio de auxiliar de enfermería, fue recomendado por el galeno especialista endocrinólogo, Dr. **José Raúl Zaldivar Ochoa**, el 20 de septiembre de 2022, de conformidad con la historia clínica de la agenciada.



Manifiesta que, los cuidados médicos de la agenciada deben ser atendidos por un auxiliar de enfermería, y que la **NUEVA EPS** si bien es cierto en su oportunidad suministró dicho servicio, el mismo solo se realizó con el objetivo de capacitar a los miembros de la familia para los cuidados de la agenciada, quien ha sufrido las consecuencias por el desconocimiento y la falta de pericia en el manejo de insumos por parte de su núcleo familiar.

PETICIÓN

Solicita la accionante que se le amparen los derechos fundamentales invocados, los cuales considera le están siendo vulnerados por **NUEVA EPS**, y por consiguiente, se le ordene a esta entidad que ordene y autorice el servicio de auxiliar de enfermería 24 horas a la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**, y se le brinde la atención integral atendiendo a las patologías que padece.

TRÁMITE

Mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2022, se dispuso avocar el conocimiento de la Acción de Tutela, vinculando de oficio a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, en vista que podría resultar afectada con la decisión a proferir.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y VINCULADOS

1. **NUEVA EPS** manifiesta en su contestación que, la agenciada **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS** se encuentra en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General De Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario del Régimen Contributivo, categoría C.

Resalta que, el cotizante del grupo familiar de la agenciada, registra un ingreso mensual de aproximadamente \$6.000.000, por lo que se puede evidenciar que tiene el peculio suficiente para adquirir servicios de cuidador domiciliario y/o enfermera, como pretende el caso que nos ocupa.

Afirma que la acción de tutela en el presente caso se torna improcedente, pues no cumple con el requisito de subsidiariedad y eficacia, atendiendo a los criterios contenidos en la jurisprudencia constitucional.

Aunado a lo anterior, refiere que la Corte Constitucional ha indicado que, cuando el accionante o su grupo familiar cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del tratamiento, insumo o medicamento que se encuentre fuera del Plan de Beneficios, no es procedente utilizar la acción de tutela para dichos efectos, pues denota una transgresión al deber de solidaridad que exige que los ciudadanos contribuyan en la medida de sus posibilidades al equilibrio financiero del sistema de salud, y congestiona la administración de justicia, en detrimento de quienes merecen realmente, que la protección eficaz y oportuna de sus derechos fundamentales.



Afirma que, a la agenciada se le han brindado los servicios requeridos dentro de la competencia de dicha entidad, y conforme a las prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada.

Precisó que dentro del contenido del escrito de tutela, no se observa vulneración o amenaza alguna a la agenciada ocasionada por actuación u omisión por parte de la **NUEVA EPS**, máxime cuando no existe un sustento que respalde el incumplimiento por parte de ésta última, respecto al cuidador domiciliario 12 horas, pues no existe orden médica reciente, aunado al hecho de que el cuidador es de carácter familiar como principio de solidaridad.

Dado lo anterior, solicita que se deniegue esta acción de tutela por improcedente, se deniegue la solicitud de atención integral y de manera subsidiaria y en caso de tutelar los derechos de la accionante, solicitan adicionar el fallo, facultando a **NUEVA EPS** para que recobre ante el **ADRES** todos aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del presente fallo y que sobre pasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de estos.

2. La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) - ADRES** una vez notificada de la presente acción constitucional, no atendió el requerimiento efectuado por este Despacho.

COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer de la presente Acción de Tutela, toda vez que se dan las condiciones de procedibilidad de la acción de que trata el Art. 5° del Decreto 2591 de 1991.

Agotado como se halla el trámite de la presente tutela y observando que no se vislumbra causal que invalide lo actuado, se procede a decidir.

CONSIDERACIONES

La Carta Política de 1991 consagró importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

La acción de tutela entonces se erige como el mecanismo oportuno con que cuentan todas las personas para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas -Art. 86 C.P.- o de los particulares, en los eventos enunciados en el Art. 42 del decreto 2591 de 1991.



Para establecer la procedibilidad o no de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional analizar cada caso en concreto con miras a determinar el grado de vulneración de los derechos fundamentales del actor, y la eficacia de los mecanismos de defensa con lo que cuenta y si es el caso, impartir la orden necesaria para que cese todo agravio.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los antecedentes reseñados, procede el Despacho a determinar sí:

¿La **NUEVA EPS** ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la señora **ALIX BOHÓRQUEZ DE VARGAS**, al negarse a suministrar el servicio de enfermería de 24 horas, con fundamento en que no existe orden médica?

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El derecho fundamental a la salud.

Hoy día el derecho fundamental a la salud, merece la especial protección constitucional, máxime cuando se trata de un derecho fundamental autónomo, como lo ha decantado la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-760/08. Al respecto, precisó:

“(...) 3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.¹La jurisprudencia ha

¹ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.”



señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo (...)”.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el amparo del derecho fundamental a la salud:

El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos, primero debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo.²

La jurisprudencia constitucional actual advierte que considerar el derecho a la Salud fundamental por su conexidad con la vida digna, le resta valor al mismo y, trae como consecuencia, que se entienda la salud como la mera supervivencia biológica, dejando de lado el concepto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que propende porque ésta implique condiciones físicas y psíquicas óptimas en el ser humano. Bajo esa concepción, la Honorable Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*.³

Lo anterior significa que la jurisprudencia ha dicho que el efectivo goce del derecho fundamental a la Salud, deslindeándolo de su conexidad con la vida y de su contenido prestacional, permite que las personas ejerzan otras garantías establecidas en la Constitución y, por tanto, es de vital importancia para garantizar una vida en condiciones dignas.

Ahora bien, lo anterior cobra una importancia especial cuando se trata de pacientes con enfermedades de gran impacto, en la medida en que éstas traen como consecuencia el progresivo deterioro de las funciones físicas y mentales de quien las padece e implica que la protección del derecho a la salud de éstas debe provenir desde todas las esferas del Estado, propendiendo por brindar una atención eficaz, oportuna, ágil y en condiciones de dignidad.

En la Sentencia T-854 de 2011, la Honorable Corte Constitucional determinó que *“el derecho a la salud toma relevancia especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna. Por tales razones, la*

² Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

³ Sentencias T-454 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-566 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); y T-894 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-020 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).



Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a ese derecho”⁴.

El postulado anterior ha sido reiterado en la Sentencia T-196 de 2014⁵ y T-094 de 2016⁶ entre otras.

Además de lo anterior, el ordenamiento jurídico nacional establece que el derecho a la salud debe prestarse de conformidad al principio de atención integral (literal c del artículo 156 de la Ley 100 de 1993) y para ello, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud están obligados a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁷.

Por ello, la Honorable Corte se ha pronunciado reiteradamente sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, diciendo que:

“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁸.

La integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto, razón por la cual el juez de tutela debe ordenar el suministro y la prestación de todos los servicios médicos que sean necesarios para restablecer la salud del paciente, para evitar que se tenga que acudir a la acción de tutela cada vez que se requiera de atención médica por una misma patología⁹, lo que conlleva a que las EPS no entorpezcan la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud¹⁰.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵ Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo

⁷ Artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

⁸ Ver sentencia T-760 de 2008 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Ver sentencia T-970 de 2008 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Ver sentencia T-388 de 2012 Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.



El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015

Sobre el presente tema se pronunció la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-001 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en la cual precisó:

“3.4. La ley estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2° reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo.

En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8° dice que:

“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 (...)”¹¹.

Con fundamento en el artículo 15° de la Ley 1751 de 2015, que a continuación se transcribe:

“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-

¹¹ “Sentencia T-399 de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.”



científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud. (...)”¹²

Se tiene entonces que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos; o que no cumplan con los criterios citados en la referida norma. En cumplimiento del parágrafo 1° del citado artículo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido la Resolución 5269 de 2017, que derogó la Resolución 6408 de 2016.

3.5. De esta manera, uno de los cambios introducidos fue la eliminación del Plan Obligatorio de Salud establecido inicialmente en la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPOS), por el nuevo Plan de Beneficios en Salud adoptado por la Resolución 5269 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo artículo 2° define como el conjunto de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral, que incluye actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades; actividades que son financiadas con los recursos provenientes del valor per cápita (Unidad de Pago por Capitación – UPC) que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las entidades promotoras de salud (EPS) por cada persona afiliada.

Entonces, bajo el nuevo régimen de la Ley Estatutaria en Salud, se desprende que el sistema de salud garantiza el acceso a todos los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, salvo los que expresamente estén excluidos, de conformidad con lo dictado en el artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud.

3.6. Como quiera que las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo, debido a la unificación del hoy llamado Plan de Beneficios en Salud a través de la expedición de diferentes Acuerdos proferidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud-CRES entre los

¹² “Mediante el boletín de prensa del 7 de febrero de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social informó sobre los avances en relación con la implementación de la Ley Estatutaria de Salud. (...)”. De esta manera, precisó que las novedades en materia de salud, a la fecha, son: (i) la eliminación de los comités técnico-científicos (CTC) y la puesta en marcha del aplicativo en línea Mi Prescripción (Mipres), mediante el cual el médico tratante elabora la prescripción y la envía a la EPS para que realice el suministro al paciente y este pueda reclamar los servicios o tecnologías así no se encuentren incluidos en el POS, sin necesidad de que la opinión del galeno esté sometida a otra instancia;. (<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ley-Estatutaria-de-Salud-la-implementacion.aspx>).”



años 2009 a 2012¹³, hoy en día, en aras del principio de equidad, existe un único e idéntico Plan de Beneficios en Salud para el régimen contributivo y subsidiado.

3.7. Con el objetivo de facilitar el acceso de los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías no cubiertas expresamente por el Plan de Beneficios, conforme a la reglamentación del artículo 5° de la citada ley estatutaria, se eliminó la figura del Comité Técnico Científico para dar paso a la plataforma tecnológica Mi Prescripción –MIPRES-, que es una herramienta diseñada para prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC)¹⁴.

(...)”.

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

La atención domiciliaria es una “*modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia*”¹⁵ y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).¹⁶

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.¹⁷ Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

¹³ “Se trata del Acuerdo 04 de 2009 que unifica el POS para los niños de 0 a 12 años, Acuerdo 011 de 2010 que unifica el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años, Acuerdo 027 de 2011 que unifica el POS para los adultos de 60 y más años y Acuerdo 032 de 2012 que unifica el POS para los adultos entre 18 y 59 años.”

¹⁴ “Boletín de prensa No. 071 de 2017. Ministerio de Salud y Protección Social.”

¹⁵ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

¹⁶ El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.

¹⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.



El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,¹⁸ ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante¹⁹ y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

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

- i) Su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.²⁰
- ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.²¹
- iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,²² como se explica a continuación.

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.²³ En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,²⁴ pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

¹⁸ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Artículo 26 Resolución 3512 de 2019.

²⁰ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²¹ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”

²² Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²³ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.



Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.²⁵

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.

Acceso a medicamentos, procedimientos e insumos incluidos, no incluidos expresamente y expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 prevé que todos los habitantes del territorio nacional pueden acceder a un plan obligatorio de salud, fijando como objetivo *“permitir la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.”*

A partir de ello, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la **Resolución 5592 de 2015**, por medio de la cual se actualiza el Plan de Beneficios en Salud (PBS) **con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)**, y fija un conjunto de servicios y tecnologías que, como bien lo señala el artículo 2 de la mencionada resolución, *“se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en las condiciones previstas en esta resolución”*. Cuando por vía tutela se pretende exigir algún servicio o tecnología incluido en el PBS, se debe verificar previamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

²⁵ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



“(i) Se encuentre contemplado en el POS; (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio; (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente; (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.”¹⁶

Lo anterior no significa que aquellas tecnologías en salud que no son financiadas por la Unidad de Pago por Capacitación estén excluidas y en consecuencia deban ser negadas por parte de las EPS, para tal efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 1885 de 2018, mediante la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de dichas tecnologías. La mencionada Resolución dispone entre otras cosas lo siguiente:

Artículo 30. Parágrafo 1: *“En ningún caso la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, podrá significar una barrera de acceso a los usuarios, bien sea por el diligenciamiento de la herramienta tecnológica o por la prescripción realizada mediante el formulario de contingencia que el Ministerio de Salud y Protección Social expida para tal fin”. (Negrilla fuera del texto original)*

Artículo 31. *“Corresponde al hecho cierto de la entrega de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, por parte de las EPS y las EOC., las cuales deberán: i) verificar que al usuario se le suministre la prescripción efectuada por el profesional de la salud, ii) implementar los controles o mecanismos necesarios para evitar la duplicidad en la entrega, iii) garantizar el suministro efectivo de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios a los usuarios sin trámites adicionales y, iv) garantizar los controles de seguridad y efectividad de las prescripciones”. (Negrilla fuera del texto original)*

(...)

“Bajo ninguna circunstancia podrán: i) negarse sin justa causa el suministro de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios a los usuarios, ii) exigir al usuario nuevas prescripciones o invalidar la efectuada por el profesional de la salud cuando la IPS o los proveedores definidos para realizar el respectivo suministro sean distintos, iii) solicitar nuevas citas con los profesionales de la salud para realizar nuevas prescripciones de acuerdo a las anulaciones y iv) negar el suministro efectivo cuando la Junta de Profesionales ha dado aprobación, incluso fuera de los términos”. (Negrilla fuera del texto original).

Así, en aquellos casos en que los elementos no se encuentren cubiertos expresamente por el PBS con cargo a la UPC o cubiertos, pero no financiados por la UPC, las EPS están facultadas para activar el mecanismo previsto en la Resolución



1885 de 2018 con el fin de que la Administradora del Sistema de Salud -ADRES- reconozca los gastos en que incurrieron.

A modo de conclusión, el sistema de salud contempla tres escenarios cuando un servicio, procedimiento, medicamento o insumo sea requerido por un usuario, a saber: *“(i) que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC; (ii) que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; (iii) que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017.”*

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la agenciada **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**, de 89 años de edad, padece de insuficiencia respiratoria oxigenorequiriente, alzheimer, senil, cardiopatía dilatada, artrosis, hipocausia, trastorno afectivo bipolar, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño, trastorno deglutorio, incontinencia, trastorno de movilidad reducida, úlceras en miembros inferiores, entre otros, instaura la presente acción constitucional en contra de la **NUEVA EPS**, luego de que esta última se negara suministrar el servicio de enfermería 24 horas, requerido por las patologías que padece, y se brinde la atención integral en salud.

Respecto al servicio de enfermería que constituye la pretensión principal de la acción de tutela que se analiza, el Despacho encuentra necesario aclarar que, tal como lo indicó la EPS accionada, se trata de una prestación que requiere necesariamente de la orden o prescripción del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este exceda sus competencias y ámbitos de experticia al desconocer los criterios técnico-científicos que son tenidos en cuenta para determinar la necesidad de dicho servicio.

En el presente caso, efectivamente, no existe prueba que permita inferir que la accionante cuenta con una orden médica que autorice el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas.

Sin embargo, el despacho reconoce la situación de debilidad manifiesta de la agenciada, su estado de salud, y con ello la calidad de sujeto de especial protección constitucional, que hace necesario evaluar la posibilidad de que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**, para asegurar las condiciones de salud y dignidad humana.



De las pruebas aportadas por la accionante, es posible inferir que la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**, es un adulto mayor, que padece las patologías descritas en párrafos anteriores, que se encuentran directamente ligadas con el acompañamiento para el tratamiento de las mismas, su cuidado personal y su compañía durante el día, pues tiene dependencia total 0/100 en la escala de Barthel, lo cual implica que depende absolutamente de otras personas para desarrollar cualquier actividad diaria.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la historia clínica aportada al diligenciamiento, el galeno tratante ordenó en el mes de agosto de 2022, el suministro del servicio de auxiliar de enfermería por 4 horas al día, cinco (05) días a la semana, para el entrenamiento a familiares en cuidados y manejo de paciente durante distintas horas del día a su egreso hospitalario.

Con base en lo anterior, consideró el profesional de la salud que, el grupo familiar de la agenciada con el entrenamiento adecuado por parte de la auxiliar de enfermería, podía brindar los cuidados y manejo de la paciente, incluso los derivados del uso de la sonda nasogástrica, lo que denota que se trata de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, y que pueden ser brindados por el cuidador, que como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia.

Ahora bien, el Despacho verificará la concurrencia de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para determinar si por vía de tutela procede o no, ordenar a la EPS el suministro del servicio de cuidador a la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**.

En cuanto al primero de los requisitos, el despacho encuentra acreditado que la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS** tiene 89 años de edad, sufre de insuficiencia respiratoria oxigenorequiriente, alzheimer, senil, cardiopatía dilatada, artrosis, hipocausia, trastorno afectivo bipolar, trastorno de ansiedad, trastorno del sueño, trastorno deglutorio, incontinencia, trastorno de movilidad reducida, úlceras en miembros inferiores, entre otros, lo que la hace una persona de salud delicadas, que permiten tener certeza de la necesidad de atenciones especiales para ella, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal, manejo de sonda nasogástrica, tal como lo refirió la accionante en su escrito de tutela.

En relación con el segundo de los requisitos, esto es la “imposibilidad material” por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, el despacho considera que el núcleo familiar de la señora **BOHORQUEZ DE VARGAS**, compuesto por sus 10 hijos adultos, cuentan en estos momentos con la capacidad física y el tiempo necesario, para ser capacitados y brindar los cuidados requeridos diariamente a la señora **BOHORQUEZ DE VARGAS**. En primer lugar, y atendiendo a la información suministrada en informe de llamada obrante en el



expediente digital, la agenciada vive con una de sus hijas, quien en actualmente es pensionada, soltera y es quien se encuentra a cargo de los cuidados de su señora madre, con quien comparten vivienda en un apartamento ubicado en el barrio cañaveral, del municipio de Floridablanca, Santander.

En relación con la exigencia de **carencia de recursos económicos** para sufragar el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas, se tiene que el núcleo familiar, se encuentra compuesto por sus 10 hijos adultos, que desarrollan diversas actividades económicas, siendo de conocimiento de este despacho, la actividad económica ejercida por su hijo menor *Henry Vargas*, quien es funcionario de la DIAN, quien percibe por su trabajo un salario aproximado de \$4.800.000 pesos, y su hija *Mary Vargas*, quien es pensionada de Colpensiones, y percibe una mesada de \$1.300.000 pesos, quienes junto a sus ocho hijos restantes, suministran una cuota mensual con la cual se suplen los gastos de vivienda ubicada en el barrio cañaveral, que según la estratificación de dicho municipio, corresponde a estrato 5, más los gastos de alimentación y demás de la agenciada, luego este requisito no se cumple cabalmente. En esta cuota, se puede incluir un rubro destinado a contratar una persona que pueda apoyar a la hija con la que vive la señora **ALIX**, para que no le quede exclusivamente a ella esta labor, o pueden diseñar un sistema de turnos para atender a su mamá, o pueden encontrar en familia, una solución que le brinde la adecuada atención y amor a su mamá.

En consecuencia, al no acreditarse los requisitos para demostrarse la imposibilidad material de asumir la responsabilidad solidaria como cuidador, no es posible ordenar a la EPS que supla tal servicio.

En este orden de ideas, es claro que: (1) no se demostró la existencia de una orden médica o verificación científica de la necesidad actual del servicio de enfermería 24 horas; y (2) tampoco se acreditó el cumplimiento de los tres requisitos necesarios para poder acceder, excepcionalmente, a la posibilidad de que el juez de tutela ordene a la EPS asumir el servicio de cuidador frente a la imposibilidad material de los parientes del paciente.

No debe perderse de vista que, es a la familia a quien corresponde en primera medida, asumir el cuidado de los adultos mayores que la conforman, pues es cuestión de retribución, amor y solidaridad, brindar a nuestros padres y abuelos, todos los cuidados y atenciones que ellos nos dieron cuando éramos niños, y ahora es el turno de nosotros como adultos, de entrar a cuidar a nuestros ancianos, y sólo excepcionalmente, como ya se anotó, es posible delegar esa función en la EPS, cuando la familia cumpla con los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional ya reseñados, que se refieren a la imposibilidad material y económica para atender a una persona que, por su condición de salud, requiere cuidados más específicos, y no basta la opinión o el cansancio de la familia para que esa labor se le endilgue a la EPS.



Es por ello que se negará el amparo solicitado, porque no se acreditó la necesidad del servicio requerido ni que haya sido ordenado y negado por la EPS accionada, ni que, habiéndose ordenado, la familia esté imposibilitada para prestar los cuidados básicos a la señora **ALIX BOHORQUEZ DE VARGAS**, de tal forma que no se puede hablar de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA:

PRIMERO: **NEGAR** el amparo solicitado por la señora **LUZ MERY ARCINIEGAS DÍAZ**, en calidad de agente oficiosa de **ALIX MARÍA BOHORQUEZ DE VARGAS**, respecto de **NUEVA EPS**, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 notifíquese esta providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito a la accionante, como a la accionada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

ASQ

Firmado Por:
Nathalia Rodríguez Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 020
Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8b427effe29f446847894aad999f9e6401b283fe2c78c35b8fd604fe6ff67903**

Documento generado en 20/01/2023 12:29:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>