



Barranquilla, octubre seis (06) del año dos mil veintiuno (2021).

PROCESO	TUTELA
RADICADO	08-001-31-05-011-2021-00325-00
ACCIONANTE	ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ
ACCIONADO	NUEVA E.P.S.

ASUNTO

Procede esta autoridad jurisdiccional a resolver en PRIMERA INSTANCIA la acción de tutela presentada por la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ mediante su agente oficioso la señora YOMAIRA MARTINEZ SAN JUAN contra de la NUEVA E.P.S., al considerar que se le está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida.

CAUSA FÁCTICA

1. Manifiesta la parte accionante que la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ es una señora de la tercera edad que se encuentra en un delicado estado de salud, padeciendo varias enfermedades, entre ellas: PARKINSON, ALZHEIMER, ARTROSIS, DIABETES, HIPERTENSION ARTERIAR E ISQUEMIA, por lo que necesita el suministro permanente de oxígeno por nasocanula a 5lts por 24 horas y asistencia de enfermería por 24 horas, tal y como lo ordenó su médico tratante.
2. Que la señora ALIX SAN JUAN es totalmente dependiente de terceros, pues realiza todas sus necesidades básicas de manera asistida, no puede moverse con naturalidad y pasa la mayor parte del tiempo acostada; que su hija en compañía de una cuidadora enviada por la accionada por 8 horas diarias atienden a la accionante, pero que por ser insuficientes, la médico tratante aumento el tiempo de la cuidadora a 24 horas diarias.
3. Que el día 06 de agosto de 2021 el médico tratante ordenó el suministro permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts por 24 horas y una cuidadora con asistencia de 24 horas a la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ, ya que la que tenia de 8 horas no era suficiente y no tenía un grupo familiar de apoyo para la atención completa que requiere la accionante.
4. Que se solicitó ante la Nueva E.P.S. el aumento a 24 horas en los servicios de enfermería y el suministro permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts por 24 horas para la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ, pero a la fecha no han cumplido lo ordenado por el médico tratante.
5. Que dichas solicitudes (pese a existir ordenes medicas) fue decidida por la NUEVA E.P.S de manera negativa, negándose aprobar el aumento a 24 horas del servicio de enfermera y el suministro de oxígeno permanente para el cuidado de mi mama, argumentando en su respuesta verbal que la solicitud no es aprobada porque dicha orden no fue emitida por un especialista sino por un médico general.

OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La presente acción tiene por objeto la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida de la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ, es decir, que le sea

aprobada la cuidadora de 24 horas y le sea suministrado de manera permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts por 24 horas, tal y como fue prescrito por su médico tratante.

SÍNTESIS PROCESAL

La presente acción de tutela fue impetrada por la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ mediante su agente oficioso la señora YOMAIRA MARTINEZ SAN JUAN contra de la NUEVA E.P.S., correspondiéndole a este despacho judicial el conocimiento de la misma, mediante reparto realizado por la Oficina Judicial el día 22 de septiembre de 2021. En consecuencia, la misma fue admitida el mismo día y se ordenó la notificación a la accionada, para que diera contestación sobre los hechos relatados por el actor en la Demanda de Tutela, en el término de 48 horas.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

1. NUEVA E.P.S.

El doctor LUIS ANTONIO VILLEGAS PEÑATE actuando en su calidad de apoderado de la Nueva E.P.S. manifiesta que se encuentran en revisión del caso con el área de salud para determinar las posibles demoras en el trámite del mismo, una vez se emita el concepto lo estarán remitiendo al despacho para complementar la presente respuesta junto con los respectivos soportes.

Así mismo, informa que se encuentran solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esta gestión que el accionante requiere, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad.

Por otro lado, expone que se hace preciso determinar si el servicio requerido por el paciente corresponde a la modalidad de enfermería o atención de cuidador, teniendo en cuenta que el servicio de atención domiciliaria, el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador, aunque son similares son completamente diferentes.

En ese sentido, manifiesta que 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el servicio solicitado por la parte accionante corresponde al servicio de CUIDADOR, es transcendental que el despacho analice y valore las pruebas pertinentes para verificar que el usuario cumpla con los requisitos que indiquen una "imposibilidad material" para los familiares del mismo.

Con relación al requisito correspondiente a la carencia de recursos económicos del paciente o su núcleo familiar, destacan que el usuario hace parte del régimen contributivo, lo que quiere decir que no encuadra dentro de las presunciones de falta de capacidad económica tratadas ampliamente por la jurisprudencia como son: INSUFICIENCIA DE RECURSOS DE EL Y SU NÚCLEO FAMILIAR, Y/O PRESUNCIÓN DE LOS MISMOS CUANDO EL

USUARIO PERTENECE AL RÉGIMEN SUBSIDIADO O CLASIFICACIÓN EN EL NIVEL MÁS BAJO DEL SISBÉN.

PRUEBAS

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, así como las pruebas, en la contestación y anexos aportados.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991 este despacho es competente para conocer de la acción de Tutela que nos ocupa.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los presupuestos fácticos narrados corresponde a esta falladora determinar si la accionada ha vulnerado o no los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida de la accionante, al no autorizarle la cuidadora de 24 horas y suministrarle de manera permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts por 24 horas, tal y como fue prescrito por su médico tratante.

NATURALEZA DE LA ACCION DE TUTELA

La Constitución Nacional no solo consagró en forma expresa un conjunto de derechos considerados fundamentales, sino que, además, instituyó un mecanismo especial para proteger jurídicamente tales derechos. Dicho mecanismo es el de la ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Carta Magna establece la tutela como un instrumento jurídico de protección general a disposición de toda persona contra la violación o amenaza de sus derechos fundamentales, mediante las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública.

Por eso, la medida no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la posibilidad de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el competente, y en todo caso lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Acorde con las voces del artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actúe en nombre, la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

SERVICIO AUXILIAR DE ENFERMERÍA Y LOS CUIDADORES

Al respecto ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en varias sentencias, en las que ha expuesto las diferencias entre servicio de enfermería y cuidadores, en los siguientes términos:

“54. El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador.^[79] En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

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;^[80] (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,^[81] 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.

56. Con relación a los *cuidadores*, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (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.^[82] (ii) Esta figura es definida^[83] 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. Y (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 solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.^[84]

57. En efecto, esta Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.^[85] Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,^[86] pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

58. Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista

certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.^[87]

DEL CASO CONCRETO

Examinado el sub-lite, encuentra el despacho que la actora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ considera que la accionada está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, al no autorizarle la cuidadora de 24 horas y suministrarle de manera permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts por 24 horas.

Por su parte la Nueva E.P.S., al rendir el informe solicitado manifestó que nunca se le ha negado el servicio a la accionante señora ALIX DE MARTINEZ, que por el contrario su caso estaba siendo estudiado y que a su vez, se encontraban solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esta gestión que el accionante requiere, y que mientras ello se resuelve no debe ser tomado como indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad.

Así mismo, manifiestan que el servicio solicitado por la parte accionante corresponde al servicio de CUIDADOR, por lo que estiman que el despacho analice y valore las pruebas pertinentes para verificar que el usuario cumpla con los requisitos que indiquen una “imposibilidad material” para los familiares del mismo.

Que con relación al requisito correspondiente a la carencia de recursos económicos del paciente o su núcleo familiar, destacan que el usuario hace parte del régimen contributivo, lo que quiere decir que no encuadra dentro de las presunciones de falta de capacidad económica tratadas ampliamente por la jurisprudencia como son: INSUFICIENCIA DE RECURSOS DE EL Y SU NÚCLEO FAMILIAR, Y/O PRESUNCIÓN DE LOS MISMOS CUANDO EL USUARIO PERTENECE AL RÉGIMEN SUBSIDIADO O CLASIFICACIÓN EN EL NIVEL MÁS BAJO DEL SISBÉN.

En ese sentido, y luego de revisado el contenido de la misma acción de tutela, se pudo observar que: a) la señora ALEX SAN JUAN DE MARTINEZ es una adulta mayor que cuenta con 93 años de edad, b) padece de varias enfermedades como son PARKINSON, ALZHEIMER, ARTROSIS, DIABETES, HIPERTENSION ARTERIAL E ISQUEMIA por lo que requiere de oxígeno y de ayuda de un tercero para movilizarse y realizar cualquier actividad y c) existe orden médica por parte de su médico tratante en donde le ordena servicio de cuidador por 24 horas y paquete mensual de oxígeno.

A ello, la accionada contesta que se encuentran en trámites internos administrativos y que por ello la demora para la autorización y entrega del oxígeno, y que además respecto del cuidador, debe ser estudiado bien el caso por cuanto la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ se encuentra como beneficiario en el régimen contributivo, suponiendo con ello que puede costearse el cuidador.

Primeramente, tenemos que respecto del tema del cuidador la honorable Corte Constitucional en sentencia T 015 de 2021 ha manifestado lo siguiente:

“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”.

De ahí que se considere que la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ cumpla con los requisitos exigidos para la prestación del servicio de cuidador ya que se tiene la certeza de que existe la necesidad del servicio, esto por cuanto en su historia médica se indica que *“debe permanecer con acudiente para 24 horas para supervisión y manejo de descompensación”*, y que fue recetado por su médico tratante adscrito a la entidad.

Así mismo, se pudo comprobar que existe la imposibilidad material por parte del núcleo familiar de la accionante para costear un cuidador aun cuando se refleje que la misma pertenece al régimen contributivo, esto por cuanto el revisar las ordenes médicas y de pagos del copago se observó que la misma cancela un valor de \$ 3.500 pesos, lo que quiere decir que su cotizante se encuentra en un rango de ingresos de 1 a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo que válidamente se puede inferir que no cuentan con los recursos económicos necesarios para suplir el valor de un cuidador por 24 horas, teniendo en cuenta los múltiples padecimientos que aquejan a la accionante tales como PARKINSON, ALZHEIMER, ARTROSIS, DIABETES, HIPERTENSION ARTERIAL E ISQUEMIA y que debido a su avanzada edad (93 años) requiere de cuidados especiales, e inclusive en su alimentación, tal como se extrae de su historia clínica, lo que genera costos y gastos adicionales para su grupo familiar.

Por otro lado, respecto de la autorización y entrega del oxígeno y de las excusas de la accionada en cuanto a que se encuentran en trámites administrativos, la Corte honorable Corte Constitucional en sentencia T-673 de 2017, con Magistrado Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, ha manifestado 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 se 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 del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados”.

Así mismo, la sentencia T-124 de 2016, con Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, indica que:

“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos”.

Es por ello que la accionada, Nueva E.P.S., se encuentra flagrante ante la vulneración de los derechos fundamentales de la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ, pues la prestación del servicio a la salud de la misma no debe verse afectado por trámites internos o administrativos de la misma.

Sobre todo porque el principio de continuidad establece que el servicio a salud no podrá ser suspendido a los pacientes en ningún caso, por razones administrativas, o jurídicas, o económicas, por cuanto el Estado tiene la obligación constitucional de asegurar su prestación eficiente y permanente en cualquier tiempo y de esta manera respetar la confianza legítima de los usuarios.

En ese sentido, procederemos entonces a TUTELAR los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida vulnerados a la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ en contra de la NUEVA E.P.S.

En consecuencia, se ordenará al GERENTE y/o REPRESENTANTE LEGAL de la accionada NUEVA E.P.S. o a quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas seguidas a la notificación de esta decisión realice las gestiones tendientes para realizar la autorización y entrega permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts, así como la aprobación del servicio del cuidador por 24 horas, debiendo dar cuenta a éste Despacho del cumplimiento de lo aquí ordenado, so pena de incurrir en desacato.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida, reclamados por la señora ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ a través de agente oficioso, en contra de la NUEVA E.P.S., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al GERENTE y/o REPRESENTANTE LEGAL de la accionada NUEVA E.P.S. o a quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas seguidas a la notificación de esta decisión realice las gestiones tendientes para realizar la autorización y entrega permanente de oxígeno por nasocanula a 5 lts, así como la aprobación del servicio del cuidador por 24 horas, debiendo dar cuenta a éste Despacho del cumplimiento de lo aquí ordenado, so pena de incurrir en desacato.

ACCIÓN DE TUTELA No. 08-001-31-05-011-2021-00325-00
ACCIONANTE: ALIX SAN JUAN DE MARTINEZ
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

TERCERO: Notifíquese a las partes de la presente providencia por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Si el fallo no fuese impugnado remítase el expediente a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión de conformidad con el Art. 30 el decreto 2591/91.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROZELLY EDITH PATERNOSTRO HERRERA
JUEZ
T 2021-00325