

SENTENCIA: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD. 1ª. Inst. Nº. 2023-00091-00
RAD. 2ª. Inst. Nº. 2023-00091-01
ACCIONANTE: MARIBEL MURCIA RUIZ Agente oficiosa de ARIEL MURCIA AFANADOR
ACCIONADO: NUEVA EPS

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, marzo Treinta (30) de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por el accionado **NUEVA EPS** contra el fallo de tutela fechado de Veintiuno (21) de Febrero del dos mil veintitrés (2023), proferido por el **JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada por **MARIBEL MURCIA RUIZ** agente oficiosa de **ARIEL MURCIA AFANADOR** siendo vinculados de manera oficiosa la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, PROJECTION LIFE y IPS CONSORCIO COMUNEROS.

ANTECEDENTES

MARIBEL MURCIA RUIZ agente oficiosa de **ARIEL MURCIA AFANADOR** tutela la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida, dignidad humana, calidad de vida y mínimo vital por lo que en consecuencia solicita se ordene la accionada **NUEVA EPS** que:

“Que se ordene a Nueva EPS que sin más dilaciones presupuestales y/o administrativas proceda con el suministro de CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS, CAMA DOMICILIARIA Y COLCHON ANTIESCARAS, según lo ha venido solicitando al médico tratante, mes a mes, sin que a la fecha se preste este servicio requerido por el paciente ARIEL MURCIA AFANADOR, de 72 años, Sujeto de Especial Protección por parte del Estado Colombiano, para que reciba estos servicios domiciliarios dada su delicada condición de salud, para que tenga una mejor calidad de vida (ya presenta escaras en glúteo izquierdo, coxis y talones), para que reciba estos servicios domiciliarios de manera CONTINUA, OPORTUNA Y EFICAZ por las patologías diagnosticadas: ENFERMEDAD DE PARKINSON de 25 años de evolución (no coordina movimientos, no camina, pérdida de memoria). RIGIDEZ MOTORA DISARTRIA SEVERA DISFAGIA HIPOFONIA DEMENCIA SENIL INCONTINENCIA URINARIA.”

Como hechos que sustentan el petitum manifiesta la accionante que el señor ARIEL MURCIA AFANADOR tiene de 72 años por lo que es un Sujeto de Especial Protección por parte del Estado Colombiano. presenta múltiples diagnósticos como: ENFERMEDAD DE PARKINSON de 25 años de evolución (no coordina movimientos, no camina, pérdida de

memoria). RIGIDEZ MOTORA, DISFAGIA SEVERA, DISFAGIA, HIPOFONIA, DEMENCIA SENIL, INCONTINENCIA URINARIA. por lo que sé ha solicitado al médico domiciliario se ordene CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS, CAMA DOMICILIARIA Y COLCHON ANTIESCARAS (presenta escaras en glúteo izquierdo, coxis y talones), a lo que el médico tratante se ha negado a expedir las ordenes médicas, desconociendo la situación de salud del paciente. Además, que la enfermera que le hace curaciones en las escaras se queja la cama es muy bajita y por ergonomía no aguanta el tiempo que demora agachada haciendo la curación.

El paciente tiene un INDICE DE BARTHEL de 15 puntos hace 3 años, a la fecha su condición de salud se ha deteriorado notoriamente, ya no se alimenta por sí solo, tiene dependencia funcional total. Refiere que el medico domiciliario PEDRO JULIO ULISES BARRIOS le ordeno valoración por TRABAJO SOCIAL y MEDICINA INTERNA para viabilizar el cuidador domiciliario, pero los galenos no se manifestaron sobre este asunto.

Afirma que el agenciado no tiene rentas ni pensión, subsiste con el apoyo económico de los hijos, que no se tiene empleo estable, y además que no cuentan con los recursos económicos para el suministro de CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS, CAMA DOMICILIARIA y COLCHON ANTIESCARAS. Pone de presente que se paga arriendo, con el poco dinero que se recibe se deben asumir los pagos de servicios públicos, alimentos y necesidades básicas de la cotidianidad.

Informa la accionante que se presentó derecho de petición a la NUEVA EPS solicitando le suministro de CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS, CAMA DOMICILIARIA Y COLCHON ANTIESCARAS y la respuesta fue negativa.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha Diez (10) de Febrero de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Cuarto Civil Municipal Local, dispuso admitir la presente acción tutelar en contra de la NUEVA EPS y ordenó vincular de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y a PROJECTION LIFE y IPS CONSORCIO COMUNEROS.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y DE LOS VINCULADOS

Las vinculadas, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y PROJECTION LIFE así como la accionada NUEVA EPS aportaron contestación de la acción constitucional de la que les fue corrido el traslado. Por su parte IPS CONSORCIO COMUNEROS guardó silencio frente al mismo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del Veintiuno (21) de Febrero dos mil veintitrés (2023), EL JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, CONCEDIÓ el amparo de los derechos fundamentales solicitados por el accionante MARIBEL MURCIA RUIZ agente oficiosa de ARIEL MURCIA AFANADOR a través de la presente acción de tutela en contra de NUEVA EPS toda vez que el a quo observa que:

“(…) en el presente caso se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia, como quiera que, si bien el médico tratante en la fórmula médica estipula atenciones domiciliarias por profesionales en salud, ajenos a las características del cuidador, es evidente que, se hace necesario el apoyo de un cuidador, toda vez que no puede ser asumida por el núcleo familiar.

Entonces, se clarifica que el primer nivel de solidaridad en el caso no se encuentra en condiciones de asumir el cuidado del agenciado, por lo que tal, y como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional, la EPS, debe en segundo grado de solidaridad, asumir dicho cuidado a través de los prestadores contratados por esta. Ahora bien, es posible que el mentado servicio médico no se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud PBS, según se desprende de la resolución 2481 de 2020.

Como se demostró, el servicio médico que requiere la agenciada se encuentra excluido del PBS, es decir, no se encuentra financiado por los recursos de la Unidad de Pago por Capitación y por tal razón debe el médico tratante solicitarlo por el MIPRES.

En cuanto a la prestación de servicios no financiados por UPC, la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad", indica en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Lo anterior quiere decir, que en ningún caso la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con los recursos de la UPC, cuando estos sean superiores a los techos máximos que establezca el Ministerio de Salud, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos.

De conformidad con lo explicado, claro se encuentra que la prestación de los servicios de salud se encuentra a cargo de las EPS, aun cuando estos se encuentren excluidos del PBS, en tal caso, las resoluciones 205 y 206 de 2020 del MINISTERIO DE SALUD se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Ahora bien, el accionante en el escrito de tutela pretende una CAMA HOSPITALARIA Y COLCHÓN ANTI ESCARAS, para el agenciado, sin embargo, en este punto debe aclararse en cuanto a la autorización de estos servicios, que de los elementos de prueba aportados a la acción de tutela no aportó orden médica que demostrara la necesidad de que la paciente necesitara este tipo de asistencia.

No obstante, el despacho al entrar a revisar los anexos en imagen aportados en el escrito de tutela, donde se evidencia que el agenciado padece de escaras en la región de glúteos, coxis y talones, lo cual evidenciaba la necesidad de acceder al colchón anti escaras, como la Corte lo ha recogido en las sentencias T-644 de 2015 y T-1060 de 2012, para así dignificar su existencia, particularmente por las siguientes razones: (i) El señor ARIEL MURCIA AFANADOR paciente de 73 años de edad, requería de curaciones diarias por las escaras que presentaba en la región de glúteos, coxis y talones, habiéndose ordenado por el médico tratante y posteriormente autorizado por la entidad accionada tres por semana, servicio que la IPS le está prestando al agenciado de manera domiciliar; (ii) su hijo, cumple las veces de cuidador, quien con cumple con la dificultad que ello le representaba funciones de “enfermero”, sin disponer de conocimientos técnicos para ello y, (iii)

tales curaciones se prestan solo tres veces por semana por parte de una persona con conocimientos técnicos en medicina y/o enfermería, que envía la IPS previamente autorizado por la NUEVA EPS.

De esta manera, habiéndose demostrado la existencia de escaras en la parte posterior del cuerpo del agenciado, se hace necesario por parte de la EPS otorgar un colchón anti escaras, mismo que no se encuentra excluido del PBS y que ha sido suministrado vía acción constitucional.

En tal sentido, como lo reclama la agente oficiosa, se hace necesario el suministro del colchón anti-escaras que, si bien no puede mejorar el estado de salud del agenciado, si brinda una mejor calidad de vida al mismo, dados los problemas de movilidad que presenta y las lesiones que ello le causa.(...)

IMPUGNACIÓN

La accionada **NUEVA EPS** impugnó el fallo proferido sustentándose en los siguientes argumentos:

“respecto de la salud y tratamiento que ha de seguir los pacientes, depende única y exclusivamente del criterio y autonomía médica, y no de los deseos del paciente o su familiar.

Vale la pena resaltar que la Corte Constitucional en varias oportunidades ha reiterado que el derecho al diagnóstico, es el componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Dicho diagnóstico corresponde al ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

ES IMPORTANTE RESALTAR QUE ES EL MÉDICO TRATANTE QUIEN DEFINE EL PLAN DE MANEJO MÁS IDONEO DE ACUERDO CON SU CRITERIO Y TENIENDO EN CUENTA LA MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA SIN OLVIDAR LA LEX ARTIS.

Ahora bien, el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicios, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al Juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar ha dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras de restablecer o mejorar su estado de salud.

Señor Juez, el Cuidador Domiciliario (permanente o principal) es la persona solicitada para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, que le permiten tener una calidad de vida digna (administración de comida, higiene personal, comunicación) y que por su condición no puede realizar por si solo a diferencia del auxiliar de enfermería que su servicio es más de carácter crónico, de un paciente que requiera asistencia técnica y como en el caso de marras, la usuaria requiere es cuidador domiciliario.

Por lo que solicita que “se **REVOQUE el fallo dado que **NO SE EVIDENCIA ORDEN MÉDICA DE TODAS LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE, LO HACE A SOLICITUD PROPIA Y POR ESTE MOTIVO HAY CARENCIA DEL OBJETO, PUES TODO SERVICIO DE SALUD DEBE ESTAR ORDENADO POR EL PROFESIONAL DE LA SALUD, QUIES EN LA PERSONA IDÓNEA PARA DETERMINAR SI EL PACIENTE REQUIERE O NO UN SERVICIO MÉDICO.”****

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación de la accionante resulta evidente frente a los derechos que se dice vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-.

2. Por ser considerado un servicio público, es inherente a la finalidad social del Estado el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional -Art. 365 de la C.N.-.

3. Bien, la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicio público, se presta bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, directamente por el estado, o por entidades privadas, sobre las cuales ejercerá vigilancia y control, debiendo garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, Art. 49 C.N.

3.1. Sobre el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-410 de 2010, ha dicho que:

“Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios [de salud] que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad”.
(Subrayado fuera de texto.)

Así mismo, ha señalado La Corte Constitucional que “se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a

quien está solicitándolo” En tal sentido, en la Sentencia T–760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) se sostuvo: “En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.”

Siguiendo el procedimiento dispuesto en sentencia T-760 del 2008:

“Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la E.P.S.: En especial, toda persona tiene derecho a que su E.P.S. autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante. Una E.P.S. irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio con base en el argumento de que el paciente no le ha presentado la solicitud al C.T.C. El médico tratante tiene la carga de iniciar el correspondiente trámite”. Procedimiento anterior que hoy recibe el nombre de MIPRES.

4. Ahora, en lo atinente a la pretensión de que ordene a la NUEVA EPS, que, suministre, CUIDADOR DOMICILIARIO POR 12 HORAS DIURNAS a fin de que se atiendan las condiciones de salud del agenciado **ARIEL MURCIA AFANADOR**; El artículo 13 de la Constitución impone al Estado el deber de proteger de manera especial a aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. También deberá adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Asimismo, el artículo 47 de la Carta exige del Estado el desarrollo de una *“política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (...)”*. Estos mandatos constitucionales están llamados a integrar el concepto de salud que desarrolla el artículo 49 constitucional. De ahí que, por una parte, la salud —*como derecho en sí mismo*— deba garantizarse de manera universal atendiendo a criterios de diferenciación positiva; y de otra —*como servicio público*— deba ser entendido como la realización misma del Estado Social de Derecho tal y como lo definió la sentencia Sentencia T-016 de 2007.

Como complemento de lo anterior, las leyes estatutarias 1751 de 2015 y 1618 de 2013 incluyen disposiciones relevantes sobre el derecho a la rehabilitación. En ese sentido, el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015 señala que el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas y prevé como una de las prestaciones la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. Por su parte, la Ley 1618 de 2013 *“Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”* define la rehabilitación funcional como el *“proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes”*.

5. También concibe la rehabilitación integral como el *“mejoramiento de la calidad de vida y la plena integración de la persona con discapacidad al medio familiar, social y ocupacional, a través de procesos terapéuticos, educativos y formativos que se brindan acorde al tipo de discapacidad”*. El artículo 9° de la citada ley establece que todas las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral. Para este propósito la misma disposición ordena la definición de mecanismos para incluir estos servicios en el plan de beneficios. Al mismo tiempo, el artículo 10 determina que el Ministerio de Salud y Protección Social debe asegurar que el Sistema General de Salud garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todos los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad, necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad.

5.1. Estas obligaciones respecto de la habilitación y rehabilitación reiteran y refuerzan lo dispuesto en la legislación ordinaria. Por ejemplo, el artículo 4° de la Ley 361 de 1997 señala que es una obligación ineludible del Estado los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y rehabilitación adecuadas de las personas en situación de discapacidad (Sentencia C-458 de 2015). También, que los Ministerios de Trabajo, Salud y Educación Nacional deben establecer mecanismos para que las personas en situación de discapacidad cuenten con los programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, sin perjuicio de las obligaciones en materia de rehabilitación establecidas en el plan de beneficios en salud para las Empresas Promotoras de Salud.

5.2. Por último, la Resolución 3512 de 2019 es la normativa actualmente vigente sobre los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS). De acuerdo con el artículo 2° de la resolución mencionada, los servicios y tecnologías de salud que se incluyen *“están estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a dichos servicios y tecnologías”*.

6. En suma, las personas en situación de discapacidad tienen derecho a la rehabilitación integral como elemento del derecho a la salud. Este derecho se sustenta en el artículo 13 de la Constitución que prevé, por un lado, el deber estatal de proteger especialmente a personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta por sus condiciones económicas, físicas y mentales y, por otro lado, adoptar medidas a favor de grupos marginados. También se funda en el mandato del artículo 47 Superior de adoptar una *“política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (...)”*. Así mismo, la rehabilitación también se deriva de diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que reconocen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Estas normas que también integran el bloque de constitucionalidad señalan la obligación de adoptar medidas para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Esto incluye el deber de organizar, intensificar y ampliar servicios y programas de habilitación y rehabilitación en el ámbito de la salud. Igualmente, las Leyes Estatutarias 1751 de 2015 y 1618 de 2013 exigen la adopción de

políticas para asegurar el acceso a actividades de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Esta última comprende el “proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes”.

7. Sin embargo, si bien es cierto que de conformidad con la historia clínica allegada así como por las imágenes que ilustran al despacho sobre el estado de salud que enfrenta el señor **ARIEL MURCIA AFANADOR** puede constatar esta judicatura que son difíciles y precarias las condiciones con las que lidia el agenciado debido a sus padecimientos, no se evidencia orden específica del galeno tratante en la que se recomiende el servicio de cuidador o enfermero domiciliario a cargo de la EPS, por lo que dicha solicitud prima facie de constituiría improcedente; sin embargo, pese a que en este momento no se reúnen las condiciones para obtener aquel tipo de servicios al ser en la actualidad inexistente, no se constituye óbice para que mediante una valoración integral del estado actual de salud pueda analizarse el servicio que el agenciado requiere.

La anterior postura sigue la línea de pensamiento trazada por esta Sala, que en caso similar al presente expresó:

“(ii) En lo que atañe a la segunda pretensión, a juicio de la Colegiatura, es prematuro imponerle a la EPS, la obligación de garantizar el servicio de atención domiciliaria, porque se está requiriendo bajo la modalidad de servicio de auxiliar de enfermería, y en dicho evento, en el que al paciente se le deben prestar cuidados especializados en su domicilio, es indispensable una orden de un médico tratante que así lo disponga, sobre ello, explica la jurisprudencia¹ sobre:

...

*30. 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. (Destaca la Sala).***

En ese escenario, teniendo en cuenta que la accionante es una persona de especial protección debido a su edad, 83 años², las patologías que la aquejan, y en vista de la inexistencia de una orden médica para que se le brindaran cuidados médicos especializados en su domicilio, era menester garantizar su derecho al diagnóstico³, ordenándole a la Nueva EPS, disponer lo necesario para que un profesional de la salud la valorara y determinara si ella requiere o no, el servicio de auxiliar de enfermería en su domicilio, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, garantizar dicho servicio, durante el tiempo y de la manera como disponga el galeno.”⁴

1 Sentencia T-015/21

2 Pág. 1, Documento 02, C. 1.

3 Sobre tal prerrogativa, puede leerse, por ejemplo, la sentencia T-508/19.

4 Sentencia: TSP.ST2-0352-2021 del 21 de octubre de 2021, M.P.: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente: 66001312100120211007201

7.1. Aclarado lo anterior se procederá a analizar lo relativo a la entrega como tal de la atención domiciliaria en caso de que se logre establecer la viabilidad o no del suministro del cuidador o enfermero en domicilio para el paciente y en caso positivo, hacer entrega de la prestación clínicamente recomendada.

Sobre el servicio de enfermería domiciliaria la Corte Constitucional ha planteado lo siguiente:

“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.”⁵

Frente a la figura del cuidador en domicilio esa misma corporación ha expresado:

“Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando (i) existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y (ii) el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

...

Esa conclusión que se sustenta en que: (i) el hermano menor de la accionante, por su edad (11 años), no puede responsabilizarse de asumir la totalidad de cuidados requeridos. Además, no le es exigible que deba suspender su proceso educativo para el efecto; (ii) la abuela de la actora tiene actualmente 73 años de edad y, como producto de ésta, no tiene las facultades físicas para estar alzando y moviendo a una menor de 17 años, cuyo tamaño y peso no puede ser subestimado; y (iii) la ciudadana Martiza Robayo Criollo, madre de la menor accionante, tiene la condición de “madre cabeza de familia” y debe trabajar informalmente para procurar los recursos económicos del resto de su núcleo familiar, así como velar

por los cuidados de todos, motivo por el cual resulta insostenible exigirle que deje de proveer económicamente a su familia para dedicarse a garantizar la totalidad de cuidados que su hija requiere.”⁶

Aplicadas esas reglas jurisprudenciales al caso concreto, se infiere que la paciente tendría derecho a la autorización de uno u otro servicio como se pasa a explicar.

7.2. Si se parte de la base de que la entrega de las mencionadas prestaciones depende del concepto médico que se rinda, quiere decir que, si los galenos tratantes eventualmente estiman que la atención domiciliaria que se adecúa a las condiciones particulares del paciente, es el de enfermería, la demandada debe brindarlo sin exigir requisitos adicionales, al tratarse de una prestación incluida en el plan de salud.

7.3. Ahora, si el concepto médico indica que lo más conveniente es el cuidador domiciliario, también se colman los presupuestos exigidos pues las pruebas allegadas acreditan que el demandante es una persona que requiere de la ayuda de terceros para poder realizar sus actividades cotidianas lo anterior considerando que producto de sus complicaciones de salud además de su edad constituyen los presupuestos mínimos para que sea amparado el agenciado como un sujeto de especial protección constitucional.

8. Al respecto es importante precisar que, de obtenerse el concepto médico que establezca que el agenciado requiere de atención domiciliaria vía enfermero o cuidador, la accionada deberá adelantar todas las gestiones administrativas necesarias para que de este modo pueda procederse a su oportuna autorización y suministro, más cuando se trata de una persona de especial protección como versa el caso objeto de estudio, que requiere incluso de acompañamiento permanente debido a sus padecimientos y como la tercera edad aparece riesgos de carácter especial relacionados con la salud de las personas, estas son consideradas por el Estado como de especial protección, dispensando para ellos, una protección integral en la salud. En tal sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que:

“El Estado social de derecho debe, por mandato constitucional, prodigar a las personas de la tercera edad un trato o protección especial y como desarrollo de este principio se tiene establecido la iusfundamentalidad del derecho a la salud de este grupo de personas que aunado al derecho a existir en condiciones dignas garantiza al mayor adulto el poder exigir al Estado que brinde las condiciones necesarias para el goce pleno de sus derechos de forma efectiva.” (lo subrayado y negritas son del juzgado)

9. Finalmente, en cuanto a la situación económica del núcleo familiar del actor, en la demanda se manifestó que no cuentan con los suficientes ingresos para acceder a aquel servicio de manera particular. Tales manifestaciones están resguardadas por el principio de la buena fe y por ello a la EPS le correspondía desvirtuarlas o aportar la información necesaria para demostrar lo contrario.

10. Por último en cuanto a la solicitud subsidiaria relacionada con autorizar el recobro ante la ADRES, no se accederá a la misma por cuanto desde la expedición de las Resoluciones 205 y 206 del 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protecciones Social, a través de las cuales se *“establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a*

la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo" y "Por la cual se fija el presupuesto máximo a transferir a cada una de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Entidades Obligadas a Compensar para la vigencia 2020", se eliminó el procedimiento de recobro ante la ADRES, en ese orden dicha solicitud no tiene asidero jurídico.

Así las cosas, y de conformidad a lo esbozado previamente, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela de fecha Veintiuno (21) de Febrero del dos mil veintitrés (2023) proferido por el **JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada por **MARIBEL MURCIA RUIZ** agente oficiosa de **ARIEL MURCIA AFANADOR** contra la **NUEVA E.P.S.** siendo vinculados de manera oficiosa la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y a PROJECTION LIFE y IPS CONSORCIO COMUNEROS por lo expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la providencia impugnada y en su lugar ordenar a la **NUEVA E.P.S.** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice una valoración integral del estado actual del señor **ARIEL MURCIA AFANADOR** a fin de establecer mediante un equipo interdisciplinario si requiere de atención domiciliaria vía enfermero o cuidador; en caso de que el concepto emitido concluya su necesidad, la accionada **NUEVA E.P.S** deberá en el término de Cinco (05) días realizar los trámites administrativos a fin de que se ponga a disposición del accionante el servicio de apoyo requerido.

TERCERO: Una vez vencido el plazo otorgado en el numeral anterior, la accionada **NUEVA E.P.S** deberá informar a este despacho las medidas adoptadas para el cabal cumplimiento de lo aquí ordenado.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado

QUINTO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CESAR TULIO MARTÍNEZ CENTENO
Juez

Firmado Por:
Cesar Tulio Martinez Centeno
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Barrancabermeja - 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: **82ead25716a3e4cdb6abfdb6d5808c46000304f6076c8e874f683c828633e4dc**

Documento generado en 30/03/2023 01:07:43 PM

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