

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

Socorro, enero veinticinco (25) de dos mil veintitrés (2023)

REF: ACCIÓN DE TUTELA propuesta por NIDIA ISABEL REYES PEDRAZA, como agente oficioso de su hijo RENSON JAVIER CASTRO REYES en contra de la NUEVA EPS. RADICADO 2023-001.

Como Juez constitucional, se entra a decidir la solicitud de amparo elevada dentro del trámite referenciado, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos:

Como supuestos de hecho del amparo impetrado, de forma sucinta el accionante señala lo siguiente:

Narró la promotora de la acción que su hijo tiene diagnóstico de ATAXIA DE FRIEDREICH desde los 17 años de edad, con dependencia funcional total (Barthel 20 punto) y que en valoración médica con el especialista de medicina interna el 2 de noviembre de 2022 le fue ordenada cuidadora 24 horas al día por siete días a la semana, orden que fue radicada en la Nueva EPS pero no fue autorizada.

Dice que su hijo tiene 43 años, es una persona con discapacidad múltiple, y oxígeno permanente, no puede moverse por sí solo, permanece en silla de ruedas, para sus actividades de cuidado personal requiere del apoyo de otra persona, presenta dificultada para respirar, escuchar y hablar.

Agrega que son una familia de escasos recursos económicos y que además tiene otro hijo con la misma enfermedad de ATAXIA DE FRIEDREICH, es madre cabeza de familia y subsiste con la venta de empanadas lo que no le permite pagar el cuidador que ordenó el médico, ya que son de un grupo familiar de extrema pobreza, igualmente solicita se le brinde a su hijo un tratamiento integral

1.2 Derechos conculcados y peticiones:

Conforme al escrito de tutela, la accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, y en consecuencia se ordene a la entidad accionada asignar un cuidador por 24 horas siete días a la semana y se le ordene a la NUEVA EPS le preste una atención integral.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Admisión y notificación:

Mediante auto de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023), se avocó su conocimiento en primera instancia, dándosele traslado a la NUEVA E.P.S. y a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER con el fin de que ejercieran el derecho de defensa que les asiste y presentaran las pruebas que quisieran hacer valer.

2.2. Respuesta de la entidad accionada

La NUEVA E.P.S. a través de la apoderada Natali Gutiérrez Calderón, dio respuesta a la demanda de tutela exponiendo que el usuario está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el sistema general de seguridad social en salud en el régimen subsidiado.

Respecto de las pretensiones del accionante indica que NUEVA EPS brinda a la paciente los servicios requeridos dentro de su competencia y conforme a sus prescripciones médicas dentro de la red de servicios contratada, a través de los médicos y especialistas adscritos a la red para cada especialidad, y acorde con las necesidades de estos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad.

En relación con el servicio de cuidador dice que este servicio no está incluido en el PLAN BASICO DE SALUD y requiere orden médica radicada vía MIPRES para su suministro, ya que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Y que este debe ser cubierto inicialmente por el núcleo familiar de acuerdo al deber que se tiene de ayuda y el afiliado deberá demostrar que no cuenta con el núcleo familiar que pueda suplir y apoyar en dichas necesidades básicas como son vestirse, bañarse y comer, situación que no logra demostrar la accionante pues su argumento se basa solo en la indicación médica sin que exponga la situación actual del núcleo familiar del accionante.

Alega que, no se evidencian ordenes medicas expedidas por los galenos donde se solicite la prestación del servicio (CUIDADOR) que la parte accionante reclama, este servicio no está incluido en el PLAN BASICO DE SALUD y requiere orden médica radicada vía MIPRES para su suministro, ya que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Concluye solicitando se deniegue por improcedente la presente acción de tutela, toda vez que el servicio de cuidador domiciliario para satisfacer sus actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diaria y que por su condición no puede realizar el paciente por sí solo, toda vez que son funciones que deben ser asumidas en primera medida por la familia, tras no estar contempladas en el ámbito de la salud, máxime que el servicio de cuidador domiciliario no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud – PBS., y que en caso que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, ADICIONAR en la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, en el sentido de que se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

La Secretaria de Salud Departamental de Santander, no dio respuesta a la demanda de tutela, ya que dentro del término de traslado guardo silencio

2.3. Pruebas recaudadas:

Durante el trámite de la acción se recaudaron las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la historia clínica de Renson Javier Castro Reyes
- Fotocopia del certificado de discapacidad de Renson Javier Castro Reyes
- Fotocopia del certificado del Sisben
- Fotocopia de las ordenes médicas

- Fotocopia de la negación del servicio por parte de la EPS

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se halla consagrada para permitirle a toda persona que considere violados sus derechos fundamentales de rango constitucional, reclamar ante los jueces la protección inmediata de estos derechos, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades, para que se le amparen a través de un procedimiento preferente, sumario e informal, ordenando que ellas actúen o se abstengan de hacerlo, dentro de la perspectiva de prevalencia de estos derechos.

3.1. Competencia:

Este despacho judicial es competente para tramitar y decidir la presente acción constitucional, en virtud de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017, teniendo en cuenta que la Nueva EPS es una sociedad de economía mixta del sector descentralizado por servicio del orden nacional.

3.2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

3.2.1 Legitimación por activa y la agencia oficiosa en el caso concreto:

El artículo 86 de la Constitución Política, así como la norma que desarrolla su contenido, a saber, el Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de presentación de la acción de tutela, para la protección de los derechos fundamentales *“por sí misma o por quien actúe a su nombre”*.

De esta manera, el artículo 10 del citado decreto establece que puede ser presentada: i) por sí misma o a través de apoderado; ii) por medio de agente oficioso, cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa; iii) por actuación del Ministerio Público.

Frente a la agencia oficiosa, se establece particularmente lo siguiente: *“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”*

En el presente caso, Nidia Isabel Reyes Pedraza actúa como agente oficioso de su hijo discapacitado, Renson Javier Castro Reyes, persona adulta de 43 años que presenta diagnóstico de ATAXIA DE FRIEDREICH desde los 17 años de edad, con dependencia funcional total (Barthel 20 punto), que le impide valerse por sí mismo y la hace totalmente dependiente de sus cuidadores, como se deriva de la lectura del escrito de tutela, así como de los anexos contenidos al mismo. Las anteriores circunstancias evidencian que la agencia oficiosa que se presenta en este caso, cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

3.2.2. Legitimación por pasiva:

La acción se interpuso contra la NUEVA EPS, que en los términos del artículo 1, en concordancia con el artículo 42 núm. 2 del Decreto 2591 de 1991 puede ser tenida como sujeto pasivo de esta acción constitucional.

3.2.3 Principio de Inmediatez:

En lo que respecta al cumplimiento del requisito de inmediatez, debe señalarse que con el mismo se procura que el amparo sea interpuesto oportunamente, y asegurar que se cumpla el objetivo de protección actual, inmediata y efectiva de garantías fundamentales, y para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez en estos casos, el juez de tutela debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto que expliquen razonablemente la aparente tardanza por parte del accionante en presentar la acción de tutela.

Para ello la Corte Constitucional ha establecido que el juzgador debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: *“(i) [Ante] La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras. (ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata. (iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la*

*que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.*¹

En el presente caso, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la accionante es actual, ya que requiere con urgencia un cuidador domiciliario y los tratamientos e insumos adecuados para la patología que sufre, ante lo cual el Juzgado concluye que se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez enunciados por la jurisprudencia, por lo cual se insiste es procedente el amparo constitucional.

3.2.4. Principio de subsidiariedad:

A la luz de lo establecido en el artículo 86 inciso tercero de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, es decir, tiene un carácter subsidiario frente a los demás mecanismos ordinarios de protección de derechos y garantías.

Frente a este principio, la Corte Constitucional, ha desarrollado los siguientes criterios para su análisis:

“(...) el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial, (ii) o dichos medios no son idóneos ni eficaces, o (iii) a pesar de que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable².

En efecto, en aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedencia, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

(i) Si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

¹ Sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterada en sentencias SU – 168 de 2017 y T – 038 de 2017.

² Ver Sentencias T-948 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-325 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable³, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal⁴.

Por estas razones, se advierte que, en este caso, no existen otros medios judiciales que sean eficaces para proteger sus derechos fundamentales, ya que requiere con urgencia un cuidador domiciliario y los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos para paliar sus enfermedades, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos a la salud, vida y seguridad social del señor Renson Javier Castro Reyes.

3.3. Problema Jurídico:

Con el fin de adoptar decisión de fondo dentro de la presente acción constitucional, se hace necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Nueva EPS, vulnera el derecho fundamental a la salud, vida, dignidad humana, al no autorizarle el servicio de cuidador domiciliario y practicarle un tratamiento integral para su patología de ATAXIA DE FRIEDREICH que sufre desde los 17 años de edad, con dependencia funcional total (Barthel 20 punto) del señor RENSON JAVIER CASTRO REYES?

3.4. Análisis Jurídico:

En el caso en estudio la accionante expone que su hijo RENSON JAVIER CASTRO REYES, tiene 43 años y desde los 17 años padece de ATAXIA DE FRIEDREICH, con dependencia funcional total (Barthel 20 punto) y el médico tratante de la Nueva EPS emitió orden para que se le autorizara un cuidador domiciliario a su hijo, e igualmente

³ Para determinar la existencia de un perjuicio irremediable que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes características: (i) Que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) Que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes; (iii) Que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iv) Que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de aplazarse, se corra el riesgo de que esta sea ineficaz por inoportuna. Ver sentencias T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-702 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-494 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-232 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-527 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

⁴ Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

solicita de le preste un tratamiento integral, argumentado la carencia de recursos y que tiene otro hijo con la misma patología, por lo que él debe contar con un acompañante.

La Nueva EPS, en relación con el servicio de cuidador dice que este servicio no está incluido en el PLAN BASICO DE SALUD y requiere orden médica radicada vía MIPRES para su suministro, ya que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Y que este debe ser cubierto inicialmente por el núcleo familiar de acuerdo al deber que se tiene de ayuda y el afiliado deberá demostrar que no cuenta con el núcleo familiar que pueda suplir y apoyar en dichas necesidades básicas como son vestirse, bañarse y comer, situación que no logra demostrar la accionante pues su argumento se basa solo en la indicación médica sin que exponga la situación actual del núcleo familiar del accionante.

Alega que, no se evidencian ordenes medicas expedidas por los galenos donde se solicite la prestación del servicio (CUIDADOR) que la parte accionante reclama, este servicio no está incluido en el PLAN BASICO DE SALUD y requiere orden médica radicada vía MIPRES para su suministro, ya que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Así las cosas, para entrar a determinar la procedencia del amparo solicitado, se tendrá en cuenta el siguiente análisis de los conceptos jurídicos en cuestión.

3.4.1. El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional:

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, La Corte Constitucional ha expresado que la salud debe ser concebida 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”⁵, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como lo ha dicho la Corte Constitucional: *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”⁶*

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

3.4.2. Principio de Integralidad:

El derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad es un derecho constitucional fundamental autónomo, en razón a que esta parte de la población ha sido considerada como sujeto de especial protección constitucional que merece una protección reforzada en todos los ámbitos, debido a su condición de debilidad manifiesta.

Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles a las personas discapacitadas la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante o en atención a las patologías diagnosticadas, siempre en respeto de los principios de integralidad, oportunidad y continuidad

⁵ Ver sentencias T-355 de 2012 y T-201 de 2014.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-814 de 2008.

Este principio de integralidad tiene como fin garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente tener que interponer una acción de tutela cada vez que le sea prescrito un nuevo servicio por el médico tratante, por ello el Juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios que el médico tratante valore como necesarios y ordene para el restablecimiento de la salud del paciente, y la enfermedad por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, ya que implicaría la desviación del objetivo del tratamiento, prolongando el sufrimiento y menoscabando la salud del paciente, configurándose una vulneración al derecho a la salud y a la vida digna.

De ahí que, toda persona tiene el derecho de acceder integralmente a todos los servicios de salud que requiera, es decir, la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento de la patología así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente.

Lo anterior no implica un suministro indeterminado e irrestricto de cualquier procedimiento o insumo médico que el interesado considere que necesita, pues es el médico tratante quien establece cuales son los servicios necesarios e idóneos para el tratamiento de la patología de cada paciente. En este sentido, la jurisprudencia constitucional considera que es el médico tratante que se encuentre adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, el competente para establecer con base en criterios científicos y en su conocimiento del paciente, cuándo este requiere de los mismos; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

3.4.3. 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”*⁷ 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).

⁷ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

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.

De conformidad con la Resolución 3512 de 2019, el servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, 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 tratante 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 allí podemos ver, que es precisamente el médico tratante la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicios y este concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud en consideración a que por sus conocimientos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico asistenciales del paciente.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir el agenciado en su domicilio en la modalidad de enfermería, se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia, de ahí que no obrando dentro del plenario orden emitida por el médico tratante o verificación científica actual, ya que en la historia clínica del 2 de noviembre de 2022, solo obra orden de cuidador domiciliario por 24 horas por 7 días a la semana de forma permanente, por lo que no puede el Despacho en este momento entrar a impartir dicha orden siguiendo el criterio de la Corte Constitucional.

Ahora, 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.⁸ 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.⁹ iii) Se trata de un servicio

⁸ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹ 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.”

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,¹⁰

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.

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.¹¹

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:

En el caso en estudio se tiene que obra la orden médica del 2 de noviembre de 2022, en la que el médico tratante, doctor Alberto Jesús Reyes Correa, ordena cuidador domiciliario las 24 horas, siete días a la semana de forma permanente.

De otro lado el núcleo familiar de la paciente no cuenta con la capacidad económica ni física de prestar las atenciones, porque véase que del acervo probatorio se observa que

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

la única persona que lo acompaña y que vive bajo el mismo techo es su señora madre, quien es una mujer adulta mayor, madre cabeza de familia, que tiene que salir a trabajar vendiendo empanadas para lograr el sustento de ella y de sus hijos, por lo que le es imposible materialmente prestarle la ayuda necesaria a su hijo, y además tiene otro hijo con la misma patología y no tienen los recursos económicos para sufragar el servicio, ya que pertenece al régimen subsidiado, y se encuentran dentro del sisben en población de extrema pobreza, razón por la cual se cumplen los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional, para que le sea prestado este servicio a la actora.

Este Despacho, atendiendo la jurisprudencia constitucional en la materia, considera que las personas en condición de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta, y se resalta en este caso que estamos en presencia de una persona con dependencia total, que es sujeto de especialísima protección constitucional y por lo tanto de acuerdo con el legislador estatutario “... *su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.*”¹² Estas personas, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro.

Por ello este Despacho tutelaré los derechos del señor RENSON JAVIER CASTRO REYES y se ordenará a la Nueva EPS, que le preste al actor el servicio de cuidador domiciliario en jornada de 24 horas por siete días a la semana de forma permanente, tal y como lo ordenó el médico tratante, así como la prestación integral de todos los servicios que requiera para el manejo de su patología de ATAXIA DE FRIEDREICH.

Por último, en cuanto a la solicitud de la Nueva E.P.S. para que se ordene al ADRES, asumir todos los gastos en los que se incurra por procedimientos NO POS y que legalmente no le correspondan asumir con ocasión del cumplimiento de la sentencia, podemos decir que no puede la Entidad Prestadora de los Servicios de Salud, escudarse en tal circunstancia, ya que en estos eventos, se activa la protección constitucional de los servicios que, aunque estuvieran descartados del Plan de Beneficios en Salud, son indispensables para salvaguardar el ejercicio del derecho a la salud y una subsistencia en condiciones dignas, sin consideración a trámites administrativos de recobro, pues las controversias sobre los pagos entre entidades por la prestación del servicio, corresponde a un trámite administrativo que el paciente no tiene la obligación de soportar.

¹²Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015.

Es de precisar que de darse el evento de que la NUEVA E.P.S. tenga que prestar servicios que estén fuera del PBS, como se debe dar, le concierne entonces a esta E.P.S. gestionar el respectivo recobro directamente ante la respectiva entidad que deba asumir su costo, pues de ello, la H. Corte Constitucional ha precisado que la facultad para recobrar que tiene una EPS no surge de la jurisprudencia o de una decisión del Juez de tutela en cualquier instancia, sino de la ley y la reglamentación legal, razón por la cual, el Juez de Tutela no debe pronunciarse sobre este tema y son las entidades quienes deben realizar los trámites administrativos necesarios para tal efecto, sin supeditar la prestación del servicio de salud al mismo.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008 expresamente señaló que:

“No se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el FOSYGA o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.”

De ahí que, no existiendo ninguna premisa normativa que obligue al juez de instancia a facultar expresamente a la NUEVA EPS para realizar cobros respecto del suministro de servicios NO PBS o excluidos del mismo; no hay razones para abordar asuntos administrativo de contenido económico que no son objeto de una acción de tutela, debido a la especialidad que tiene el trámite constitucional, donde el análisis que se afronta, es específicamente en lo relacionado a la protección de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Socorro, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana del señor **RENSON JAVIER CASTRO REYES**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 13.761. 876 expedida en Suaita.

SEGUNDO: SE ORDENA a la **NUEVA E.P.S.**, para que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** días siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, autorice el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO EN JORNADA DE 24 HORAS AL DIA POR SIETE DÍAS A LA SEMANA DE MANERA PERMANENTE, para el señor

RENSON JAVIER CASTRO REYES, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

TERCERO: SE ORDENA A LA NUEVA EPS, se le preste al señor **RENSON JAVIER CASTRO REYES**, el tratamiento integral que requiere para el tratamiento de su patología de ATAXIA DE FRIEDREICH, con dependencia funcional total (Barthel 20 puntos), de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

CUARTO: DESVINCULAR de esta acción de tutela a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

QUINTO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación.

SEXTO: Por el medio más eficaz notifíquese la misma a las partes y, si no fuese recurrida remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Juez,

MARIA ALEJANDRA NIÑO ARDILA

Firmado Por:
María Alejandra Niño Ardila
Juez
Juzgado De Circuito
Penal 001
Socorro - 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: **61bdefc33154152e7e304f826d8501e0b9b41e3c24d817251c161def97daa65f**

Documento generado en 25/01/2023 03:52:23 PM

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