

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

**Consejo Superior de la Judicatura
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
Bucaramanga - Santander**



Bucaramanga, 10 de marzo de 2021

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Se resuelve la impugnación presentada por la **NUEVA E.P.S.**, en calidad de accionada, contra el fallo de primera instancia proferido el 11 de febrero de 2021 por el **JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA**.

ANTECEDENTES

I. PETICIÓN FORMULADA

NUEVA E.P.S. impugnó el fallo de tutela de primera instancia, pues considera que el *a quo* incurrió en error al ordenar el servicio de cuidador domiciliario por 12 horas, toda vez que no se observa en el sistema de salud radicación de orden médica para lo correspondiente, por tal motivo solicita revocar el fallo de primera instancia y de manera subsidiaria, en el caso de mantener la orden, facultar a la entidad para ejercer el recobro ante la ADRES.

II. FUNDAMENTO FÁCTICO

Manifestó la accionante en el escrito de tutela, que su hijo nació el 19 de enero en Saravena, Arauca, y se encuentra afiliado en el régimen subsidiado de salud a través de nueva E.p.s. Refirió que su descendiente presentó obstrucción de vía aérea por cuerpo extraño que le generó asfixia, por lo que lo trasladó al centro hospitalario Fortul San Francisco, donde estabilizaron sus signos vitales y lo remitieron al Hospital de Saravena, Arauca.

Allí, los médicos tratantes encontraron el cuerpo extraño que causó la obstrucción y prescribieron la práctica del procedimiento médico denominado Vibromboscopia, no obstante, no se contaba con la instrumentalización, por lo que el 29 de junio de 2020 fue enviado a la clínica Medical Duarte, donde tampoco se le realizó el tratamiento por las mismas razones.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

El 24 de julio de 2020, el niño fue trasladado al Hospital Internacional de Colombia (HIC), lugar en donde los especialistas lo indujeron al coma y, el 9 de agosto fue dado de alta. El 13 de septiembre de 2020 se realizó teleconsulta para valoración por trabajo social de conformidad a la prescripción médica, a fin de dictaminar si el agenciado requería asistencia domiciliaria, en esa ocasión, la trabajadora social manifestó que no era pertinente, pues contaba con un núcleo familiar extenso, ya que aún se encontraban residenciados en Saravena, Arauca.

Señaló que los gastos en transporte afectaban su mínimo vital, pues es madre cabeza de familia y actualmente se encuentra desempleada, por tal motivo procedió a domiciliarse en la municipalidad de Floridablanca, junto con sus tres hijos. El 12 de diciembre de 2020, recibió visita médica en su residencia por parte de un médico general, en donde se ordenó atención por cuidador enfermero auxiliar por 12 horas, por 30 días; sin embargo, la orden que se adjunta al expediente nunca se materializó.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA**, en fallo fechado el 11 de Febrero de 2021, decidió amparar los derechos fundamentales a la salud invocados por CLAUDIA MILENA BARÓN SALCEDO, en calidad de agente oficiosa de GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO y ordenó a la NUEVA E.P.S. que en el término de 48 horas procediera a autorizar y materializar el servicio de cuidador por 12 horas al día, por un período de un mes, conforme con lo prescrito por el galeno tratante.

IV. LA IMPUGNACIÓN

En el escrito de impugnación la entidad accionada sostuvo que no existía en las bases de datos de la E.P.S. la orden médica referida, por tal motivo solicitó que se revocara el fallo, pues no existía razón de ordenar el cuidador domiciliario; de manera subsidiaria, en caso de confirmarse el fallo impugnado, petitionó ejercer los debidos recobros a la ADRES.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela es un procedimiento creado por la Constitución Política de 1991 y está prevista como un mecanismo procesal complementario y específico, que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o vulnerados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es entonces un instrumento de carácter subsidiario, porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable. Significa lo anterior que si para lograr los fines que persigue el accionante existe un medio de defensa judicial idóneo y efectivo que resguarde sus derechos, la acción de tutela no tiene aplicación, salvo la hipótesis del daño irreparable que hiciera tardío e inútil el fallo de la justicia ordinaria.

En el presente caso, la Entidad Promotora de Salud, impugnó el referido fallo, manifestando que no existe orden médica para que se acceda al servicio solicitado. Frente a lo esbozado por la impugnante, ha de exponerse que en lo que respecta al tema del cuidador domiciliario, los órganos judiciales y particularmente los administradores de justicia, se encuentran atados a lo dispuesto por el sistema normativo, y sus fallos y decisiones obedecen a la aplicación e interpretación de las normas vigentes; por tanto, es necesario recordar que normativamente la entidad que presta los servicios de salud a una persona, está obligada a suministrar en principio, solo los medicamentos o servicios incluidos en el PBS¹.

Sobre el tema relacionado con el cuidador, se ha estipulado que corresponde al núcleo familiar atender los requerimientos del enfermo, y no es una obligación atribuible a la entidad prestadora de salud, debido a que las actividades que ejerce el cuidador no están íntegramente relacionadas con el servicio de salud, sino que se refieren a atenciones que pueden ser ejercidas por alguien del común, pues cuidados como la limpieza, el baño y la alimentación, no necesitan de un grado de experticia correlativo².

Continuando con la argumentación, en la sentencia T-233 de 2011 proferida por la Corte Constitucional, se estipula que para que proceda la autorización de un servicio, el suministro de un medicamento, la práctica de un tratamiento o intervención que se encuentra por fuera del PBS, es necesario que exista una orden proveniente de un médico adscrito a la entidad a la que se encuentre afiliado el accionante, asunto que se recalcó en

¹ En dicha sentencia se establece que los cuatro requisitos necesarios para que un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud sea autorizado por vía de tutela son que "(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".

² Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

la sentencia T-423 de 2019, en donde dijo que **no le es dado a los jueces constitucionales, exceder sus competencias fuera del ámbito de su experticia, ordenando tratamientos sin orden médica alguna.**

No obstante, en la misma sentencia (T-423-2019), la corte señaló que en casos **excepcionalísimos** le es dado a los jueces de tutela ordenar servicios que no cuentan con orden previa *“en los eventos en que el núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida”*. Para que logre verificarse que efectivamente existe la necesidad de cuidador y proceda a autorizarse aún sin orden médica, debe demostrarse según sentencia T-065 de 2018, que el núcleo familiar:

“(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.

Al respecto, dentro del expediente de primera instancia obran diferentes pruebas que permiten concluir que el agenciado:

1. Se encuentra viviendo en un cuarto de una residencia ubicada en la municipalidad de Floridablanca, ello conforme a las manifestaciones emitidas, el recibo de servicios públicos aportados y lo contenido en el formato de evolución de trabajo social.
2. Pertenece al estrato 2 y al régimen subsidiado de salud.
3. Proviene de zona rural y que su núcleo familiar se dedica a labores agrícolas, en una vereda de Saravena, Arauca.
4. Actualmente su progenitora se encuentra desempleada, es madre cabeza de familia y tiene 3 hijos por los que debe responder.
5. Tiene actualmente 4 años de edad, por lo tanto es un sujeto de especial protección constitucional y se encuentra en dependencia absoluta.

Así las cosas, se observa que aunque la Entidad Promotora de Salud cuestiona el hecho que se conceda servicio de cuidador domiciliario, ya que la orden médica aportada no fue registrada correctamente en el sistema de esa entidad, el despacho considera que según lo que obra en el proceso, la condición de vulnerabilidad del niño es tan notoria, que era indispensable que se reconociera el servicio deprecado incluso sin mediar orden médica, pues la vulneración a sus derechos es evidente.

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

En tal sentido, se comparte el criterio del *a quo* en cuanto que, ajustándose a la orden emitida por el médico general y teniendo en cuenta el carácter restaurativo de la acción de tutela, es procedente ordenar que el servicio del cuidador sea prestado por 12 horas, durante 30 días.

Por último, frente a la facultad de recobro ante el ADRES, las Entidades Promotoras de Salud tienen esa posibilidad por ministerio de la Ley, siempre y cuando cumplan con los requisitos; y en ese sentido, no existe razón para ordenarlo en el apartado resolutivo de esta sentencia.

Por las razones que se dejan expuestas el JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de origen, fecha y naturaleza reseñados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más eficaz.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CÉSAR JAVIER VALENCIA CABALLERO

Juez

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO: 2021-00007-01

ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO

ACCIONADO: NUEVA E.P.S., ADRES

VINCULADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

**Consejo Superior de la Judicatura
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
Bucaramanga – Santander**

OFICIO No. 130
11/3/2021

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 2021-00007-01
ACCIONANTE: GABRIEL RICARDO BARÓN SALCEDO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.

Señores,
CLAUDIA MILENA BARÓN SALCEDO
claudia2015baron@hotmail.com

GERENTE Y/O REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA E.P.S.
secretaria.general@nuevaeps.com.co

REPRESENTANTE LEGAL ADRES
notificaciones.judiciales@adres.gov.co

**SECRETARÍA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL
DE BUCARAMANGA, SANTANDER**
secretariaplaneación@bucaramanga.gov.co

**PERSONERÍA MUNICIPAL
DE FLORIDABLANCA, SANTANDER**
pmf@personeriadefloridablanca.gov.co

SECRETARÍA DE SALUD DE SANTANDER
salud@santander.gov.co

LAS COMUNICACIONES POSTERIORES A LA NOTIFICACIÓN DEL PRESENTE FALLO DE TUTELA PUEDEN ALLEGARSE AL CORREO: j10pctobuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

Para su conocimiento y demás fines consiguientes, me permito transcribirle la parte resolutive del fallo de tutela de segunda instancia:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de origen, fecha y naturaleza reseñadas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más eficaz.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión legal.

Cordialmente,

JHONATAN HARRYS RODRÍGUEZ VESGA
Oficial Mayor.