Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Primero Civil del Circuito
Riohacha – La Guajira

Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: RADICACIÓN 44-001-40-03-001-**2022-00015-00**.- Acción de tutela promovida por el doctor **DAVINSON PEDROZO URREA,** actuando como agente oficioso del señor **ISMAEL ROZO CASTAÑEDA c**ontra **NUEVA EPS.**

Se procede, dentro del término legal, a la resolución de la presente solicitud de tutela, previo los siguientes,

ANTECEDENTES

La presente acción de tutela es interpuesta por un defensor público como agente oficioso, a favor del señor Ismael Rozo Castañeda de 68 años de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.204.024, afiliado al SGSSS a través de la NUEVA EPS, quien dice padece afectaciones en la salud por Hipertensión Arterial e Infección del Sistema Nervioso Central, Diabetes Mellitus, Úlcera del Decúbito, Insuficiencia Renal Crónica, Cuadriplejia, Atrofia y Desgastes Musculares, Incontinencia Fecal, Incontinencia Urinaria, Infección de Vías Urinarias, por lo cual al ser valorado informa que se consideró que tiene una dependencia funcional total.

Que el día 30 de octubre de 2021 le fue ordenado autorizarle auxiliar de enfermería por 12 horas diarias para el acompañamiento en las actividades básicas y en sala de hemodiálisis, que pueda apoyar al paciente durante la terapia y mantener permanente vigilancia al paciente para evitar daños y garantizar las 4 horas de diálisis, sin embargo, a la fecha no le ha sido autorizado este servicio al paciente, a pesar de ser esencial para sus cuidados y mitigar sus necesidades.

Ante la desatención de la EPS respecto al paciente, un familiar del paciente acudió a la Defensoría del Pueblo a presentar el caso y solicitar apoyo para presentar acción de tutela para el amparo de sus derechos fundamentales a la atención de la salud y a la vida en condiciones dignas, por lo que procede a presentar esta demanda por la necesidad de protección que tiene el paciente dada su situación de indefensión por su edad, sus afectaciones en la salud, y por limitaciones físicas, razones por las cuales afirma el doctor Pedrozo Urrea que actúa como su agente oficioso.

Agrega que es evidente en este caso que la EPS le está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna al afiliado por estar frente a una situación de negación injustificada de la atención a la salud, por eso se acudió a la Defensoría del Pueblo a solicitar apoyo para instaurar esta demanda de tutela, con el fin de obtener la garantía efectiva de esos derechos.

Con fundamento en los hechos relacionados solicitó tutelarle al señor Ismael Rozo Castañeda, los Derechos Fundamentales a la salud, a la vida digna y al trato especial como persona de la tercera edad. En consecuencia, se ordene a la accionada Nueva EPS que proceda inmediatamente autorizarle al señor Ismael Rozo Castañeda el servicio de auxiliar de enfermería en casa por doce (12) horas diarias, en la forma que afirma la parte actora le fue prescrito por el médico tratante, y lo demás que necesite, con el fin de garantizarle el acceso a los servicios de salud y la efectividad del derecho a la salud en forma integral.

Con la solicitud de tutela se aportó unos documentos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Trámite y contestación.

La solicitud de tutela fue admitida mediante providencia del día dos (2) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En el auto arriba mencionado el Despacho requirió a la entidad accionada Nueva EPS para que rindieran un informe detallado de los hechos que dieron origen a la presente tutela, quien informa se resume:

Verificando el Sistema Integral de Nueva EPS, dicen evidenciar que el accionante está en estado Activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, desde el 10/08/2021.

Relatan que como primera medida es pertinente informar al Despacho que Nueva EPS S.A., asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

De manera importante, se permiten indicar al A-quo, que en cuanto a la solicitud de suministro de del servicio de enfermería o cuidador por 12 horas, no se evidencia radicación en el sistema de salud y mucho menos órdenes médicas recientes de galenos adscritos a la red de Nueva EPS. Por lo tanto, se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación.

De manera preliminar, considera que el Despacho debe advertir que, al efectuar el estudio del caso, no existen elementos de juicio necesario que permitan acreditar los supuestos de hecho que originaron la presente acción, ya que los servicios solicitados no han sido ordenados por el médico tratante y sólo son pretendidos por el accionante de forma escrita sin consideración de la *lex artis* de los galenos.

En este orden de ideas, resalta que la Jurisprudencia Constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico asistenciales del paciente. Que existen unos criterios determinados para que no proceda la prestación de servicios NO POS o que estén dentro del plan de beneficios, máxime cuando no se evidencia ordenes médicas recientes que sustenten lo solicitado en la acción de tutela.

Reitera que de la revisión del traslado de la acción de tutela no se observa orden médica o historia clínica que prescriba el servicio de Enfermera 12 horas o cuidador vigente, por cuanto no se puede hablar de vulneración de un servicio que no ha sido ordenado por el galeno tratante.

Que aunado a lo anterior, dice que la Corte constitucional ha establecido que es importante indicar que este tipo de servicio -cuidador domiciliario- se refiere para el cuidado personal del paciente, por tanto no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia (*en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo)*, por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.

Que, en caso excepcionales ante la incapacidad del núcleo familiar del paciente y la necesidad del servicio, debe aclarar, que el servicio de cuidador domiciliario, no se encuentra dentro del plan de beneficios en Salud- PBS y debe ser tramitado vía MIPRES directamente por el médico tratante y bajo orden médica.

Por todo lo expuesto, solicita como pretensiones principales i) Que se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra Nueva EPS S.A., toda vez que el servicio de enfermería domiciliaria y/o cuidador domiciliario para satisfacer las actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diaria y que por su condición no puede realizar el paciente por sí solo, 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. Aunado al hecho de que no existen ordenes medicas vigentes que permitan evidenciar la necesidad del servicio o el tiempo de duración de este. ii) En cuanto a la solicitud de atención integral, afirma que deberá de negarse puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de Nueva EPS S.A sobre hechos futuros que aún no han ocurrido. Esta petición incluye cualquier tratamiento, medicamento o demás pretensión realizada por el accionante que no haya sido ordenada por médico tratante al momento de la presente acción de tutela. iii) Vincular a la Secretaria de Salud Departamental de La Guajira con la finalidad de que atienda la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC-S de sus afiliados del régimen subsidiado. iv) De considerar procedente lo peticionado en el escrito de tutela, en lo relacionado con la Atención Integral deprecada, se proceda con la limitación de la patología que dio origen a la interposición de la acción constitucional, de acuerdo con los preceptos jurídicos expuestos en el acápite de consideraciones.

Como petición subsidiaria, en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al 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.

Visto el informe presentado por Nueva EPS**-,** en el que informa que el señor Ismael Rozo Castañeda, se encuentra en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado desde el 10/08/2021. solicitando que, en virtud de ello, se sirva este Despacho vincular a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira, con la finalidad de que atienda la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC-S de sus afiliados del régimen subsidiado.

Por auto del 10 de febrero del año en curso, con el fin de contar con todos los intervinientes que puedan ser vinculados a esta accion constitucional, procedió este Juzgado a vincular al Secretario de Salud Departamental de La Guajira, o quien haga sus veces y/o sea competente, para que rindan un informe detallado de los hechos que dieron origen a la presentación de la acción de tutela. La información solicitada debía ser rendida en un plazo de un (1) días, contados a partir de la notificación del mencionado proveído. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo, se tendrían por ciertos los hechos de la tutela y se resolverá la misma de plano. Previniéndose sobre las consecuencias del desacato de una orden de un juez de tutela –artículo 52 Decreto 2591 de 1991-.

La Secretaría de Salud Departamental de La Guajira, expresa que las Entidades Promotoras de Salud de cada régimen son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, el acceso efectivo a los servicios de salud y la garantía de la calidad de la prestación de los servicios, la normatividad vigente para la población de este grupo etario determino la unificación de prestaciones del Plan de Beneficios en Salud para la población perteneciente a los Regímenes de salud del régimen subsidiado con el del contributivo tal como establece la Honorable Corte Constitucional en el Auto No. 342 del 2009 en seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, Acuerdo 032 mayo 17 de 2012 y la Resolución 5269 de 2017, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante el cual se actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, que en el artículo 9º determinó que: "*Las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados del SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud para el cumplimiento de la necesidad y finalidad del servicio, a través de su red de prestadores de servicios de salud*".

Al respecto ese Despacho se permitía hacer las siguientes apreciaciones: la Ley 1122 del 2007 en su artículo 14 expresa: "*Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud*

y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario".

Refiere que lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir Con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado. (EPS´S). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. Que en este entendido se puede establecer en forma clara que las EPS en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, o sea la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador.

Afirma que, la tutela fue presentada contra Nueva E.P.S quien está a cargo de la prestación del servicio de salud y debido a que es acusada de haber incurrido, presuntamente, en la vulneración del derecho fundamental a la salud del demandante. En consecuencia, es la EPS quien se encuentra legitimada para actuar en la presente tutela.

Por otra parte, la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira no ostenta la condición de Entidad Prestadora de Servicio de Salud y, en consecuencia, escapa de su ámbito de competencia prestar los servicios solicitados por la accionante. En este escenario precisa anotar que las competencias de la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, en el marco de las competencia de Ley 715 del 2001, le compete labores de dirección y administración para el cumplimiento y ejecución de la política de salud, así como ejercer control y vigilancia al cumplimiento de los criterios técnicos, operativos y administrativos para la debida operación para el cumplimiento del derecho a la salud de los ciudadanos residentes en la circunscripción del Departamento.

Afirma que de acuerdo a la Resolución 2292 del 2021 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social actualiza los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, que deberán ser garantizados por EPS Y EOC afiliados al SGSSS en el territorio Nacional, en su capítulo 7 artículo 63: "*ATENCION PALIATUVA: los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, incluyen los cuidados paliativos en la atención ambulatoria, la atención con internación o la atención domiciliaria del enfermo en fase terminal y de pacientes con enfermedades crónica, degenerativa e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, de conformidad a lo establecido en la Ley 1733 de 2014, o aquella que la modifique o sustituya, con las tecnologías en salud y los servicios financiados con recursos de la UPC, según criterio del profesional tratante (….) ARTICULO 25 Resolución 2292 del 2021 ATENCION DOMICILIARIA: La atención en la modalidad extramural domiciliaria como alternativa a la atención hospitalario institucional está financiada con los recursos de UPC, en los casos que sea considerada pertinente por el profesional tratante, bajo las normas vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de salud. (...)* Que, por otro lado, la Secretaria de Salud Departamental no es la entidad que realiza afiliaciones en el régimen subsidiado, ya que este proceso es de única competencia de Ley para las Secretarias Municipales o Distritales.

Respetuosamente solicitó en aras de mantener el equilibrio y la justicia en las relaciones entre la administración y los administrados, los entes prestadores de servicios de salud y los usuarios, desvincular de toda responsabilidad a la Secretaría de Salud del Departamento de La Guajira, de la presente acción de tutela, en virtud a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, puesto que de conformidad con la normatividad vigente, corresponde a Nueva E.P.S al cual se encuentre afiliado, garantizar la prestación del servicio de salud integral del señor Ismael Rozo Castañeda identificado con cedula de ciudadanía 19.204.024.

|

Considerando que se cuentan con los elementos de juicio necesarios para dictar un fallo acorde a la Norma Superior, la acción de tutela se falla, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- Naturaleza de la acción incoada.

La acción de tutela en los términos consignados en el artículo 86 del Documento Constitucional y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico-procesal de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección.

2. Problema a resolver.

Vistos los hechos, pretensiones y los informen presentados, se deberá determinar si se cumple con los parámetros legales y Jurisprudenciales para ordenarse a Nueva EPS que proceda inmediatamente a autorizarle al señor Ismael Rozo Castañeda el servicio de auxiliar de enfermería en casa por doce (12) horas diarias, en la forma que afirma la parte actora le fue prescrito por el médico tratante, y lo demás que necesite, con el fin de garantizarle el acceso a los servicios de salud y la efectividad del derecho a la salud en forma integral.

3. Jurisprudencia aplicable al caso. El servicio de auxiliar de enfermería y los cuidadores. T-260 de 2020.

El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador. 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.

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.

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. (ii) Esta figura es definida 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.

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. 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, pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

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.

4.- Caso concreto.

Previo análisis del problema jurídico planteado, con el fin de determinar si la acción de tutela formulada por el señor Ismael Rozo Castañeda, quien se encuentra en estado activo como afiliado en Nueva EPS, es procedente, el Despacho destaca que, según el artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ello solo tiene lugar si es formulada contra autoridades públicas o particulares que se encuentren en una determinada posición o presten un específico servicio; así mismo, únicamente si el afectado no dispone de otro medio de defensa y es interpuesta dentro de un tiempo razonable a partir de la ocurrencia del hecho constitutivo de la presunta vulneración de derechos fundamentales, a fin de no afectar de manera desproporcionada el principio de seguridad jurídica y proteger los intereses de eventuales terceros.

En primer lugar, se debe analizar la legitimación e interés que pueda existir por activa y por pasiva, que en este caso se cumple.

Respecto de la legitimación por activa, por regla general se considera que la tiene la persona cuyo derechos fundamentales considera están siendo amenazados o vulnerados, en el caso en estudio, la acción de tutela fue presentada por el doctor Davinson Pedrozo Urrea quien dice actuar como agente oficioso del señor Ismael Rozo Castañeda, quien afirmó, interponer la presente acción con el fin de proteger los derecho fundamentales a la salud y vida digna, pues el paciente se encuentra en una situación de indefensión por su edad, sus afectaciones en la salud, y por limitaciones físicas; razones por las cuales afirma el doctor Pedrozo Urrea que actúa como su agente oficioso.

Al respecto el artículo 10 del Decreto 2591 establece la agencia oficiosa[1], y como requisito para que se aceptada se establece que se diga la calidad en la que se actúa, lo que en este caso fue manifestado por el solicitante y que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa, en este caso se trata de una persona con 68 años de edad, al que se pretende buscar la tutela de sus derechos a la vida y salud por presentar problemas crónicos de salud. Argumentos que, en principio le darían legitimación al agente oficioso para solicitar la tutela de los derechos del señor Ismael Rozo Castañeda.

Respecto de la *legitimación en la causa por pasiva*, encontramos que está deberá ser ejercida contra la persona natural o jurídica que presuntamente pueda ser la responsable de la amenaza

[1] ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. 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. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

o vulneración que alega el accionante, en el caso concreto, se reitera, la parte actora dirigió la presente acción contra la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS, en la que se encuentra afiliado el señor Rozo Castañeda en el Régimen subsidiado, por no autorizarse el servicio de enfermería por 12 horas que dice el médico tratante considera necesario para el agenciado y demás servicios de salud en forma integral. Así las cosas, vista las pretensiones es Nueva EPS la llamada en principio a estar vinculada en la presente accion.

Al igual por pertenecer al Régimen subsidiado y ante la solicitud de la EPS de la vinculación de la Secretaría de Salud Departamental a este trámite tutelar, se accedió a ello a través de auto del 10 del mes y año que avanza.

Respecto de la *inmediatez* la tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos del agenciado y la presentación de la acción. Lo anterior, teniéndose en cuenta que se afirma en los hechos de tutela que la entidad demandada negó la autorización del servicio de enfermería que fue autorizado al señor Rozo Castañeda por el médico tratante el 30 de octubre de 2021 y la tutela fue interpuesta el 1 de febrero de 2022, por lo que entre una y otra acción pasaron 3 meses, termino razonable para la presentación.

Por último, se debe analizar el requisito de *subsidiaridad*, es decir, que la persona no cuente con otro medio, mecanismo de defensa judicial, efectivo y eficiente para la protección de los derechos invocados, en el caso sub examine, se presume que la parte actora no cuenta con un mecanismo ordinario de defensa idóneo y eficaz para solicitar la protección de su derecho a la salud, por lo cual se satisface el requisito de subsidiariedad, debido a que en primer lugar, si bien la Ley 1949 de 2019, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 1122 de 2007, establece en su artículo 41 que la superintendencia nacional de salud – Supersalud-, es el medio de defensa judicial para resolver, entre otros, los siguientes asuntos: (*1) la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el PBS (antes llamado plan obligatorio de salud), cuando la negativa por parte de las EPS, o entidades que se le asimilen, amenace la salud del usuario, y (2) los conflictos entre las entidades administradoras de PBS y sus usuarios por servicios y tecnología no incluidas en el PBS.*

También es cierto, que si seguimos la línea jurisprudencial en la Sentencia SU-124 de 2018, la Sala Plena unificó su criterio, entre otros aspectos, con respecto al requisito de subsidiariedad; *Señaló que el trámite jurisdiccional ante la Supersalud es el mecanismo principal y prevalente para que los usuarios del Sistema de Salud soliciten la protección de su derecho fundamental a la salud en los casos previstos en la Ley 1122 de 2007, posteriormente modificada por la Ley 1438 de 2011 y la Ley 1949 de 2019. Así, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual en estos casos, el juez de tutela debe verificar, en cada caso, si el mecanismo jurisdiccional administrado por la Supersalud resulta idóneo y eficaz teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y el funcionamiento práctico de dicho mecanismo.* Con posterioridad a la Sentencia SU-124 de 2018, la postura de la Corte ha mantenido, en términos generales, la aplicación de estos criterios.

Visto lo anterior, se observa que con la acción de tutela objeto de análisis se pretende que se ordene una enfermera 12 horas en favor del señor Rozo Castañeda, lo cual constituye un servicio previsto en el PBS vigente al momento de la presentación de la tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5857 de 2018. Por tanto, es claro que la Supersalud tiene competencia para conocer la solicitud de la parte actora. Sin embargo, se observa que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia no es idóneo ni eficaz para el presente caso, debido a los siguientes motivos:

El señor Ismael Rozo Castañeda, es un sujeto de especial protección constitucional, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad por enfermedad. Así lo evidencia la historia clínica aportada, que da cuenta que padece de hipertensión arterial, enfermedad renal crónica estadio 5, con soporte de hemodiálisis 3 veces por semana, demencia secundaria, isquemia, entre otras patologías. Al respecto, en la Sentencia SU-124 de 2018, se explicó que la situación de vulnerabilidad del accionante es uno de los indicadores de la falta de eficacia de la Supersalud. teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia

no es idóneo ni eficaz para el presente caso, por lo cual la presente acción supera el requisito de subsidiariedad.

Al analizar el caso concreto, se encuentra que, de acuerdo con los hechos narrados, el señor Rozo Castañeda padece de hipertensión arterial, enfermedad renal crónica estadio 5, con soporte de hemodiálisis 3 veces por semana, demencia secundaria e isquemia, entre otras patologías. Tiene 68 años de edad y es totalmente dependiente, debido a patologías y situaciones que repercuten en su capacidad para realizar por sí mismo cualquier tipo de actividad.

En los anexos de tutela, se encuentra una petición fechada 29 de octubre de 2021, suscrita por el señor Cristian Rozo López, quien dice actuar en nombre del señor Ismael Rozo Castañeda, en el que solicita:

Que se ordene de manera inmediata la autorización de la atención permanente por personal capacitado a mi señor padre; para que reciba atención de personal capacitado en su casa y además pueda acompañarle a los procedimientos frecuentes; y demás ordenar atención y cuidado médico permanente inmediata así como los procedimientos que se ordenaron para la realización de los exámenes requeridos y la entrega de los medicamentos requeridos, ordenados para su tratamiento así no se encuentren incluidos en la lista del Plan Obligatorio de Salud, y cambiar de manera contundente y efectiva lo de mi afiliación, lo cual constituye

Alega en los hechos del derecho de petición que:

Que todos sus hijos somos adultos con hogares fuera de esta ciudad y del país; que solo yo resido en la ciudad de Riohacha y por tanto lo tengo a mi cuidado; que para realizar mis labores diarias y cumplir con mi trabajo para el sostén de mi familia acudo a mis dos hijos menores de edad, escolares primarios para que se encarguen de su cuidado, mientras regreso a casa. Esto mismo debo hacer para todas y cada una de mis diligencias, e incapacidades etc, pero no siempre cuento con la misma suerte haciendo que todos los miembros de mi familia se encuentren confinados junto a mi padre.

Que cuando le asignan una consulta con especialista o las diálisis debo acudir a permisos constantes que están dañando mi historia laboral, por lo que se requiere ser atendido en casa. Como entenderán en estas condiciones mi padre se encuentra totalmente desprotegido de salud y la falta de un adecuado cuidado médico y vigilancia constante coloca su vida en grave peligro y vulnera sus derechos constitucionales y fundamentales

Vistas las pretensiones de la tutela, la parte actora solicita a través de esta tutela que Nueva EPS autorice al agenciado el servicio de enfermería 12 horas diarias, con fundamento en que este

había sido autorizado por su médico tratante el 30 de octubre de 2021[2], solicitud que afirman la EPS la ha desatendido, de igual manera solicita tratamiento integral.

La accionada Nueva EPS en el informe afirma respecto de lo solicitado, que no se evidencia radicación en el sistema de salud y mucho menos órdenes médicas recientes de galenos adscritos a la red de Nueva EPS. Por lo tanto, se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y trámite de aprobación. En cuanto a la solicitud de atención integral, afirma que deberá de negarse puesto que la misma implica prejuzgamiento y asumir la mala fe por parte de Nueva EPS S.A sobre hechos futuros que aún no han ocurrido.

Visto lo afirmado por la EPS, este Despacho previa decisión debe reiterar, que 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.

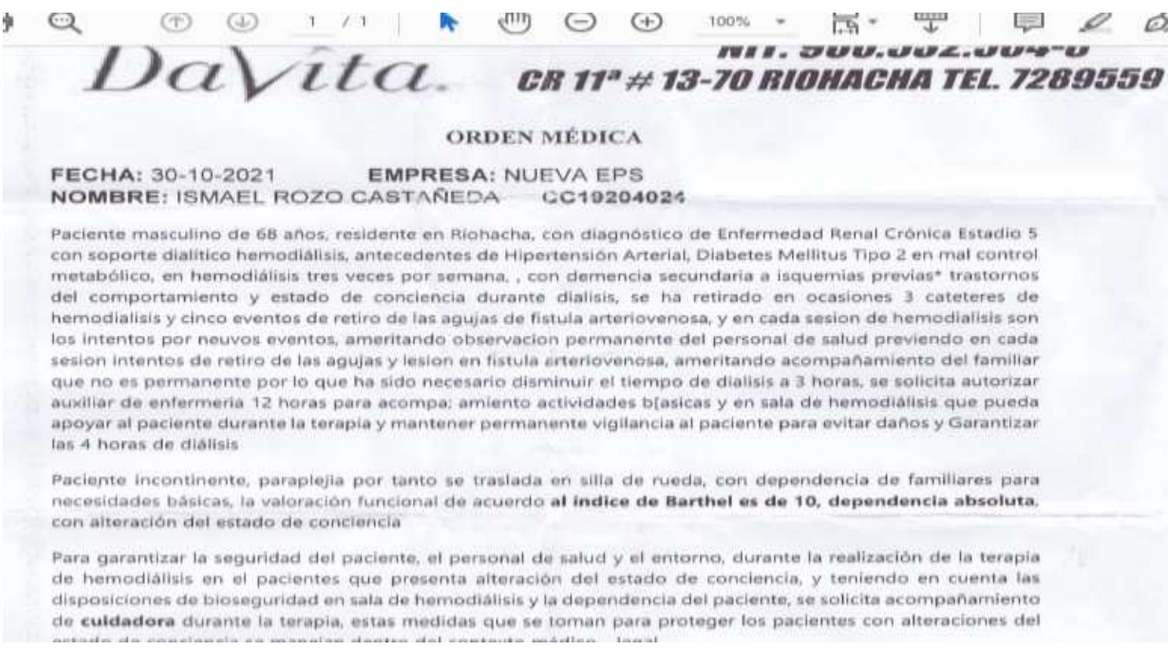
Así las cosas, este Despachó encuentra que, aunque se comprobó que existe orden médica de la necesidad del servicio de enfermería 12 horas en favor del señor Rozo Castañeda, esto debido a que, el día 30 de octubre de 2021, el medico nefrólogo adscrito a la IPS DAVITA, a través del prestador NUEVA EPS, emitió orden médica en la que señaló que el paciente *requiere autorización de Auxiliar de Enfermería acompañante 12 horas, para acompañamiento de actividades diarias y sala de hemodiálisis y así mismo se solicita acompañamiento de cuidador"*, lo cierto es que esa valoración médica aportada al expediente no tiene soporte de que hubiere sido radicada por el afiliado en la EPS con su correspondiente historia clínica, para que la EPS realizara el análisis y trámite de aprobación.

En consecuencia, al desvirtuarse por la EPS el hecho de que se les hubiere solicitado la prestación del servicio autorizado el 30-10-2021, y al no haber prueba al menos en este expediente tutelar de que así lo hubiere hecho la parte actora, pues la petición aportada es suscrita por quien se identifica como hijo del afiliado y que es lo hoy pretendido en esta accion, es radicada 29-10-21- día anterior al de la autorización del servicio por un médico tratante adscrito a una IPS adscrita a NUEVA EPS, pues en la orden medica se dice prestador NUEVA EPS.

Así las cosas, no es posible acceder a lo pretendido por la parte actora, pues de manera directa no se puede ordenar a NUEVA EPS que garantice el servicio de enfermería sin reparos, porque

---

2



DaVita. CR 11ª # 13-70 RIOHACHA TEL. 7289559

ORDEN MÉDICA

FECHA: 30-10-2021 **EMPRESA:** NUEVA EPS
NOMBRE: ISMAEL ROZO CASTAÑEDA CC19204024

Paciente masculino de 68 años, residente en Riohacha, con diagnóstico de Enfermedad Renal Crónica Estadio 5 con soporte dialítico hemodiálisis, antecedentes de Hipertensión Arterial, Diabetes Mellitus Tipo 2 en mal control metabólico, en hemodiálisis tres veces por semana, , con demencia secundaria a isquemias previas* trastornos del comportamiento y estado de conciencia durante dialisis, se ha retirado en ocasiones 3 cateteres de hemodialisis y cinco eventos de retiro de las agujas de fistula arteriovenosa, y en cada sesion de hemodialisis son los intentos por neuvos eventos, ameritando observacion permanente del personal de salud previendo en cada sesion intentos de retiro de las agujas y lesion en fistula arteriovenosa, ameritando acompañamiento del familiar que no es permanente por lo que ha sido necesario disminuir el tiempo de dialisis a 3 horas, se solicita autorizar auxiliar de enfermeria 12 horas para acompa; amiento actividades b[asicas y en sala de hemodiálisis que pueda apoyar al paciente durante la terapia y mantener permanente vigilancia al paciente para evitar daños y Garantizar las 4 horas de diálisis

Paciente incontinente, paraplejia por tanto se traslada en silla de rueda, con dependencia de familiares para necesidades básicas, la valoración funcional de acuerdo **al índice de Barthel es de 10, dependencia absoluta**, con alteración del estado de conciencia

Para garantizar la seguridad del paciente, el personal de salud y el entorno, durante la realización de la terapia de hemodiálisis en el pacientes que presenta alteración del estado de conciencia, y teniendo en cuenta las disposiciones de bioseguridad en sala de hemodiálisis y la dependencia del paciente, se solicita acompañamiento de **cuidadora** durante la terapia, estas medidas que se toman para proteger los pacientes con alteraciones del

no hay prueba de que se hubiere por el afiliado radicado dicha solicitud con el soporte medico clínico – historia clínica y orden medica-, y visto lo anterior NUEVA EPS hubiere negado los servicios de enfermería domiciliaria y cuidador; que vista la normatividad vigente y la jurisprudencia señalada son servicios que justificada su necesidad por un médico tratante son POS, el primero, sin más criterios y el segundo, para el caso el servicio de cuidador, si se acompaña de unos requisitos jurisprudenciales.

En este orden de ideas, es claro que no se demostró que la orden médica o verificación científica de la necesidad actual del servicio de enfermería 12 horas y cuidador, hubiere sido por el paciente – afiliado – señor Rozo Castañeda radicada en debida forma ante la EPS, para que analizaran su pertinencia y dieran la autorización, por lo que no hay prueba de que se hubiere radicado en debida forma lo solicitado y esto hubiere sido negado, razón por la cual no se puede conceder el amparo solicitado respecto a los derechos a la vida digna y salud, pues es deber del afiliado radicar en debida formar ante la EPS las ordenes médicas que le sean autorizadas y si de manera autoritaria y/o caprichosa contrariándose las normas jurídicas se niega esa solicitudes por la EPS o se guarda silencio, causándole un perjuicio a su derecho a la vida y salud, es que se debe acudir a la accion constitucional.

No obstante, este Despachó considera que, dadas las particulares condiciones del presente caso, pues el señor Rozo Castañeda, padece graves patologías que indican que es un sujeto de especial protección, es procedente EXHORTAR de manera garantista a la NUEVA EPS, para que dentro del término legal, una vez radicada en debida forma, si aún no se ha hecho, estudie la orden de autorización de auxiliar de enfermería por 12 horas, emitida el 30 de octubre de 2021 por el médico tratante nefrólogo del señor Rozo Castañeda, doctor Gustavo Antonio Ahumada Nolasco, y valoren sus condiciones de salud, con ello establecerse si *requiere con necesidad* de una enfermera 12 horas y/o cuidadores, emitiendo su decisión de aprobación o no de los mismos, lo anterior teniéndose en cuenta la normatividad vigente y la jurisprudencia.

Siguiendo el estudio del caso, no se puede tutelar el derecho de petición, pues si bien la EPS no demostró haber dado respuesta a la petición del 29-10-2021, en la que se solicita por quien dice ser el hijo del paciente estos servicios, solicitud previa a la orden del tratante 30-10-2021, encontramos que no se invoca la tutela de este derecho y tampoco se dijo en los hechos de tutela que no se hubiere dado respuesta a esa petición, por lo que no se puede presumir la falta de respuesta.

Respecto del tratamiento integral en salud que la accionante solicita, para ello debe estar plenamente demostrado la necesidad de darse por tutela una protección eventual a servicios de salud de ahí lo integral, en este caso, no hay soportes clínicos que determine que sea necesario ordenar por vía de tutela un tratamiento integral, pues no hay prueba presunta de que los servicios médicos que previamente se han solicitado por la parte actora, le hubieren sido negado por la EPS, con ello para evitar vulneración a sus derechos se pudiera ser garantista de ellos a través de esta accion, por ello dicha solicitud se debe negar.

En mérito a lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado de los derechos fundamentales invocados a favor del señor **ISMAEL ROZO CASTAÑEDA**, por su agente oficioso doctor **DAVINSON PEDROZO URREA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: EXHORTAR a la Dra. **SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL** de **NUEVA EPS** o quien haga sus veces y/o sea el competente, para que dentro del término legal, una vez radicada en debida forma, si aún no se ha hecho, estudie la orden de autorización de auxiliar de enfermería por 12 horas, emitida el 30 de octubre de 2021 por el médico tratante nefrólogo del señor Rozo Castañeda, doctor Gustavo Antonio Ahumada Nolasco, y valoren sus condiciones de salud, con ello establecerse si *requiere con necesidad* de una enfermera 12 horas y/o cuidadores, emitiendo su decisión de aprobación o no de los mismos,

lo anterior teniéndose en cuenta la normatividad vigente y la jurisprudencia. Esto buscando ser garantistas de los derechos a la salud de los usuarios del sistema, siguiendo lo expuesto en esta sentencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y si no fuere impugnada, por Secretaría remítase para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

CÉSAR ENRIQUE CASTILLA FUENTES

Firmado Por:

Cesar Enrique Castilla Fuentes
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 001
Riohacha - La Guajira

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:
b2c6bc81b731cda73d26c222a5637ace3e18c29c22aff97d4a689a2e1380281d
Documento generado en 14/02/2022 03:54:13 PM

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