



Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: RADICACIÓN 44-001-40-03-001-2022-00100-00.- Acción de tutela promovida por el señor **ARIEL DELUQUE RODRIGUEZ** quien dice actuar como agente oficioso de su señora madre **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ** quien dice pertenece a la tercera edad. ACCIONADO: **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 el señor **ARIEL DELUQUE RODRÍGUEZ**, manifestando que su querida madre, se encuentra vinculada al sistema de seguridad social en salud a la Entidad Promotora de Salud **NUEVA E.PS**, como cotizante independiente.

Que **NUEVA EPS** ha subcontratado a **MEDIC S.A.S.**, como entidad para la atención en la prestación de servicio de salud a la señora **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ**, según afiliación, determinante por el número cedula 26.973.571 de Riohacha, La Guajira; cuya fotocopia aporta, por lo que es atendida por un médico tratante adscrito a **MEDIC S.A.S.**, (**LEDIMIRO MAESTRE LACERA**), médico internista que ha solicitado algunas atenciones, la cual la **NUEVA EPS** la ha autorizado parcialmente, faltando las siguientes: **a.** Traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos **b.** Un acompañante para su atención integral (curaciones y demás complementado con el grupo familiar) **c.** Cremas (**Marlis**) para hidratarse o para hidratarla **d.** Pañitos húmedos, guantes.

Expresa que hizo la solicitud a la **NUEVA EPS** conforme a lo prescrito por el médico internista y en respuestas a lo solicitado la **NUEVA EPS** ha negado parcialmente lo solicitado por el internista, aduciendo la *Resolución 5521 de 27 de diciembre 2013 en su artículo 29*, afirmando que no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dicho servicio sea prestado por personal de salud. No se cubre turno de auxiliar de enfermería para realizar al paciente cuidados básico como: aseo, e higiene, alimentación, cambios de posición y medida de prevención de escaras. Cuidados generales. Acompañamiento, las anteriores actividades están a cargo del familiar o cuidador del paciente, la normatividad en seguridad social en salud no exime a la familia de su responsabilidad social frente al paciente.

Afirma que su madre nació el 30 de noviembre de 1930, ostenta una edad de 91 años y por su edad está en una etapa terminal o situación extrema de salud la cual requiere de una atención digna y humanizada tanto de ellos como familiares como del cuerpo técnico en la salud de la **NUEVA EPS**.

Que muy a pesar de la obligatoriedad familiar en la atención al paciente, hay aplicaciones técnicas como: aplicar una inyección, instalar un suero, poner oxígeno, canalizar para suministrar medicamentos a través del suero entre otras, que solo los técnicos en la salud pueden hacerlos y estando el paciente con una atención hospitalaria en casa con total ausencia del cuerpo técnico de la salud, no es posible que la situación extrema en el paciente se deje en la suerte de los familiares.

Con fundamento en lo anterior, solicita la tutela a favor de su agenciada de los derechos fundamentales constitucionales a la vida, a la salud y la dignidad humana; pretendiendo el tratamiento, y atención integral las 24 horas a la salud, con acompañante del cuerpo técnico de la salud- enfermería domiciliaria, para curaciones, inyecciones, instalación de suero, instalación de oxígeno y demás complementado con el grupo familiar; debido a que los familiares no tienen la capacidad técnica ni de inyectar, ni de cambiar suero etc., traslado en ambulancia básica para



estudio radiológicos, cremas (Marlis) para hidratarse o para hidratarla, pañitos húmedos y guantes, ordenado por el doctor LEDIMIRO MAESTRE LACERA (Medicina Interna).

Con la solicitud de tutela se aportó unos documentos.

Copia de la respuesta dada por NUEVA EPS a unas ordenes medicas radicada 19 de julio de 2022, emitida el 26 del mismo mes y año.

Copia de la historia clínica datada 18 de julio de 2022.

Copia de la cedula de ciudadanía.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Trámite y contestación.

La solicitud de tutela fue admitida mediante providencia del día once (11) de agosto 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:

La persona encargada de ejecutar el cumplimiento de las órdenes emanadas por los despachos judiciales en La Guajira en relación a gestionar el modelo de atención médico en el ámbito ambulatorio y hospitalario es la Dra. SANDRA RICAURTE VARGAS, en su condición de Gerente Zonal Guajira, quien en sus funciones tiene la responsabilidad de realizar seguimiento.

EN CUANTO AL ESTADO DE AFILIACIÓN: Verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo en calidad de Cotizante, Categoría A. Informan al Despacho que NUEVA EPS S.A., asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido la usuaria 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.

SITUACIÓN DEL CASO: La prescripción de ordenes médicas -sin que medie la *lex artis* de los especialistas en el tema (no se evidencia orden medica reciente de suministro de cremas hidratantes, pañitos humedos y guantes). De manera importante, se permitio indicar al a-quo, que, en cuanto a la solicitud de suministro de enfermería o servicio de cremas hidratantes, pañitos humedos y guantes, 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. (llegado el caso de un fallo extrapetita).

Que al referirse a la *lex artis*, se considera que la responsabilidad médica está ligada directamente a la salud y, en este contexto, la salud puede adquirir diferentes connotaciones que van desde la salud mirada como un derecho que encuadra dentro de los denominados Derechos Económicos Sociales y Culturales y la salud como un servicio esencial. La obligación de medios que tiene el médico tratante está relacionada directamente con la *lex artis ad hoc* que ha de servir para determinar si en cada caso concreto se han utilizado los medios idóneos para prescribir ordenes médicas.

Dentro del contexto reitera que la acción de tutela es procedente únicamente cuando se vulneran o amenazan Derechos Fundamentales, es decir aquellos derechos que se encuentran



consagrados en nuestra Carta Magna en el Título II, Capítulo 1 y todos aquellos que sin estar dentro de esta ubicación la ley le ha dado esta connotación de Fundamental, como tal, concretamente, el Derecho Fundamental a la Salud. Alega 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.

Respecto de la ***atención domiciliaria***, alegan que es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, NUEVA EPS, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Así, el Juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, *están sujetos a la lex artis*.

Entonces, amén de la autonomía judicial, para la EPS es deber del Honorable Juez, acoger la Resolución 1885 de 2018 sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedando claro que la figura que se describe, pertenece a este tipo de servicios complementarios (fuera del Plan de Beneficios), ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3° de la citada Resolución, debe entenderse por cuidador:

En conclusión, para la EPS las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “*enfermería*” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del *cuidador*, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este 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 diferentes EPS, suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, bajo el principio de solidaridad que, sin ser repetitivo, caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

Agrega 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.

Reitera que respecto del suministro ***crema cremas (marlis)*** para hidratar, en lo referente al insumo antes enunciado, le pertinente manifestar al despacho que el mismo es NO PBS y debe contar con formula médica por parte del médico tratante, realizada por la plataforma MIPRES, para el presente no se evidencian formulas en el aplicativo MIPRES, ni soportes de radicación efectiva ante la EPS. Este registro reemplaza la formula médica y permite que la EPS realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante. En mérito, el medico está sujeto al cumplimiento de la norma; igualmente la Clínica u Hospital debe brindarle las herramientas y la capacitación necesaria para hacer efectivo dicho reporte. De acuerdo a lo indicado por el MINISTERIO DE SALUD, en la NOTA EXTERNA 23/03/2017-201733200074543, es responsabilidad del especialista.



En cuanto al suministro de **pañitos**, indica que una vez revisadas las coberturas del PBS vigentes (Resolución 2292 de 2021) se evidencia que el insumo requerido no se encuentra financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación UPC del PBS, por el contrario, se encuentran catalogados como EXCLUSIONES DEL PBS. Advierte que estos servicios en particular se encuentran excluidos de la financiación de los recursos asignados al sector salud, de acuerdo con lo expresamente establecido en la Resolución 2273 de 2021, por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

En lo referente al **servicio de transporte – ambulancia para citas programadas de la usuaria**, señala que esta solicitud no se encuentra incluida en los servicios de salud que están en el plan de beneficios de salud – servicios y tecnologías de salud (Resolución 2292 de 2021 – por la cual se actualiza integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC), por lo que no corresponde a la Entidad Promotora de Salud proporcionarlas a sus afiliados. La normatividad vigente del Plan de Beneficios de Salud no cubre dichos transportes y erogaciones de alimento y hospedaje, por cuanto estos no cumplen con los requisitos en la norma, tal y como se observa de la lectura de la Resolución 2292 de 2021. Ahora bien, en este caso el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia de la usuaria cual es Riohacha – Magdalena, el cual no se encuentra contemplado en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS si está en la obligación de costear el transporte del paciente. Lo anterior, de acuerdo a la lista de municipalidades señalada en la Resolución 2381 de 2021.

Por todo lo expuesto, solicita principalmente se transcriben:

Primero: Que se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que no ha vulnerado derechos, omitido o restringido el acceso a los servicios en salud de la accionante.

*Segunda: 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 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.*

*Tercera: Que se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que la solicitud de insumos **cremas (Marlis)** para hidratar, no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud y deben formularse mediante al aplicativo MIPRES, para su autorización ante la EPS. aunado al hecho de que no se evidencian solicitudes medicas vigentes para estos servicios.*

*Cuarta: Que se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que los **pañitos** no se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, por el contrario corresponden a elementos o tecnologías que se encuentran excluidos del plan de beneficios en salud y por tanto no son competencia de la EPS para su suministro. Aunado al hecho de que no se evidencian solicitudes médicas para estos servicios.*

*Quinta: Se declare improcedente la solicitud de tutela en contra de NUEVA EPS, toda vez que los servicios de **transporte intermunicipal - ambulancia, para asistencia a citas médicas, para la paciente y su acompañante** al ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud, sumado al hecho que el municipio de residencia del usuario no cuenta con UPC adicional. Finalmente, así mismo no se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS, según los argumentos y preceptos legales mencionados anteriormente.*



Como pretensiones subsidiarias, se transcribe:

Primera: En caso de que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, se solicita se ordene una valoración previa a cargo de los galenos adscritos dentro de la red de servicios contratada para determinar el plan de tratamiento médico que debe seguir la accionante, en garantía del derecho al diagnóstico.

Segunda: 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.

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 el informe presentado, se deberá determinar si se cumple con los parámetros Jurisprudenciales para ordenarse a NUEVA EPS que proceda inmediatamente a suministrarle oportunamente y en las cantidades ordenadas por el médico tratante de la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ **a.** el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY, **b.** Traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos **c.** Un acompañante para su atención integral (curaciones y demás complementado con el grupo familiar) enfermería domiciliaria y, **d.** Pañitos húmedos y guantes. Algunos servicios médicos que de acuerdo con la orden medica datada 18 de julio de 2022, fueron ordenados por el médico internista Ledimiro Maestre Lacera, IPS MEDIC S.A.

3. Jurisprudencia aplicable al caso. El derecho fundamental a la salud y su relación con el suministro oportuno de medicamentos y la exoneración en la cancelación de pagos moderadores. Reiteración de jurisprudencial.

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

En cumplimiento del mandato mencionado, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.



*Esta Corporación ha reconocido que el suministro de medicamentos es una de las obligaciones que deben cumplir las entidades prestadoras del servicio de salud, para lo cual deben observar los principios de oportunidad y eficiencia. Respecto de este último, en la **sentencia T-531 de 2009**, se estableció que la prestación eficiente "(...) implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPS'S (sic) para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros." (Subrayas fuera del texto).*

En este orden de ideas, la Corte reconoce que la dilación injustificada en el suministro de medicamentos, por lo general implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud.

Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos. Así, este Tribunal ha dicho que se vulnera el derecho a la salud cuando se reconoce el suministro de los medicamentos en una ciudad diferente a la del domicilio del paciente y éste no tiene las condiciones para trasladarse, bien sea por falta de recursos económicos o porque su estado físico no se lo permite.

En adición a lo anterior, cabe resaltar que la obligación de entrega de medicamentos de forma oportuna y eficiente ha sido objeto de desarrollo normativo. Según el artículo 131 del Decreto-Ley 019 de 2012:

"Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza." (Subrayas fuera del texto)

En consecuencia, es claro que tanto la jurisprudencia constitucional como la normativa que regula la materia, reconocen que una de las obligaciones correlativas al derecho fundamental a la salud, es el suministro de los medicamentos de manera oportuna, eficiente, integral y continua, con el fin de eliminar barreras que impidan su acceso.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del POS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

*Para facilitar la labor de los jueces, la **sentencia T-760 de 2008**, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión*



de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el POS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

4.-Requisitos de procedencia de una acción de tutela.

Previo análisis del problema jurídico planteado, con el fin de determinar si la acción de tutela formulada a favor de la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ 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 analizará la legitimación e interés que pueda existir por activa y por pasiva, que en este caso se cumplen.

Respecto de la **legitimación por activa**, por regla general se considera que la tiene la persona cuyo derecho fundamental considera están siendo amenazados o vulnerados. En el caso en estudio, la acción de tutela fue presentada por el señor ARIEL DELUQUE RODRIGUEZ quien dice actuar como hijo de su señora madre ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, quien afirmó interponer la presente acción con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, ante la omisión de la NUEVA EPS de autorizarle y entregarle unos medicamentos y servicios médicos asistenciales.

En el caso concreto, se dice por el señor ARIEL DELUQUE RODRIGUEZ, actuar como hijo de la afiliada, buscando actuar a favor de la protección de los derechos de su señora madre ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ. Al respecto se ha dicho que se puede agenciar cuando de las circunstancias reales se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.

En el caso en estudio, el actor alegó que su señora madre es una persona de la tercera edad (91 años), quien sufre problemas de salud por ello ante la imposibilidad de ejercer la defensa de sus derechos de forma directa, por las múltiples limitaciones de salud que padece, entre ellas, alzhéimer con limitaciones severa para la movilidad, manejo intrahospitalario por infección del tracto urinario, ceguera bilateral, epilepsia y dolor de cadera con limitación de movilidad de la extremidad. Por ello actúa a favor de sus derechos fundamentales, anexando historia clínica, lo que confirma que la actora no se encuentra en las mejores condiciones físicas para ejercer su derecho, razón por la cual existe legitimación por activa en el señor ARIEL DELUQUE RODRIGUEZ como agente oficioso de la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ.



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 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 afiliada la agenciada en el Régimen Contributivo, pretendiendo que se le ordene a la EPS que proceda inmediatamente a suministrar oportunamente y en las cantidades ordenadas por el médico tratante de la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ **a.** el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY, **b.** Traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos **c.** Un acompañante para su atención integral (curaciones y demás complementado con el grupo familiar) enfermería domiciliaria y, **d.** Pañitos húmedos y guantes. Así las cosas, vista las pretensiones es NUEVA EPS la llamada en principio a estar vinculada en la presente acción.

Respecto de la **inmediatez**, la tutela es interpuesta en decir de la parte actora, porque el médico tratante hizo la formulación a la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, **a.** El medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY, **b.** Traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos **c.** Un acompañante para su atención integral (curaciones y demás complementado con el grupo familiar) enfermería domiciliaria y, **d.** Pañitos húmedos y guantes. Dos de los cuales (enfermería domiciliaria y traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos, se encuentra prueba de su prescripción de acuerdo con la orden medica datada 18 de julio de 2022, orden de enfermería domiciliaria que se sirvió solicitar ante la EPS, anexando escrito en el que se le da respuesta el 26 de julio de 2022 por la EPS, negándose el servicio de enfermería domiciliaria al indicar que no está incluida dentro del plan de salud.

Así las cosas, al haberse interpuesto la presente acción de tutela el 10 de agosto de 2022, permite presumir que la acción es interpuesta dentro de un tiempo razonable, más aún cuando en el decir de la parte accionante aún persiste la ocurrencia del hecho constitutivo de la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

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 de la historia clínica aportada en el expediente, que este es el medio excepcionalmente idóneo para buscar la protección inmediata de los derechos invocados, al encontrarse que la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ,, nació el 30 de noviembre de 1930, por lo que tiene 91 años de edad, padece de enfermedades como alzhéimer con limitaciones severa para la movilidad, manejo intrahospitalario por infección del tracto urinario, ceguera bilateral, epilepsia y dolor de cadera con limitación de movilidad de la extremidad. En virtud de estas últimas patologías su médico tratante de acuerdo con el decir del actor adscrito a una IPS contratada por NUEVA EPS, (lo que no fue desvirtuado por la EPS) le formuló atención domiciliaria 12 horas y traslado en ambulancia básica para estudios radiológicos, de acuerdo con la historia clínica datada 18 de julio de 2022.

En virtud de lo anterior, se logra concluir que la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, por las enfermedades que padece busca le sean autorizado y entregado el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY, traslado en ambulancia básica para estudio radiológicos, pañitos húmedos, guantes y enfermería domiciliaria, de este ultimo alega en los hechos de tutela que una vez le fue formulado solicitó su autorización ante la EPS el 19 de julio de 2022, siendo negado.

Del informe presentado se destaca, que NUEVA EPS manifestó que, en el caso concreto: I) 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. II) El insumo



cremas (Marlis) para hidratar, no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud y deben formularse mediante el aplicativo MIPRES, para su autorización ante la EPS. aunado al hecho de que no se evidencian solicitudes medicas vigentes para estos servicios. III) los **pañitos** no se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, por el contrario corresponden a elementos o tecnologías que se encuentran excluidos del plan de beneficios en salud y por tanto no son competencia de la EPS para su suministro. Aunado al hecho de que no se evidencian solicitudes médicas para estos servicios. IV) **transporte intermunicipal - ambulancia, para asistencia a citas médicas, para la paciente y su acompañante** al ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud, sumado al hecho que el municipio de residencia del usuario no cuenta con UPC adicional. Finalmente, así mismo no se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS, según los argumentos y preceptos legales mencionados anteriormente.

Así las cosas, es permisible en virtud de la búsqueda de la protección inmediata de los derechos a la vida y salud, que se haga el estudio de esta acción y para ellos se deberá determinar si se cumple con los parámetros Jurisprudenciales, para ordenarse a NUEVA EPS que de forma inmediata y oportuna cuando sea necesario para remover los obstáculos que impedirían a la afiliada el acceso a los servicios de salud solicitados.

5. Caso concreto.

En el caso en estudio en primer lugar, se analizará si hay lugar a ordenarse por vía de esta tutela el medicamento (Marly) y servicios médicos complementarios (pañitos y guantes), lo anterior, de acuerdo a las reglas impuestas por la Corte Constitucional para poder por vía de tutela autorizarse el suministro de un medicamento NO POS, en cuyo caso deberá la accionante encontrarse en las siguientes circunstancias: *i) Que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) Que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) Que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; (iv) Que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado.*

En este caso este Despacho, pasara a estudiar en primer lugar el tercer requisito *(iii) Que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;* en este caso la formula médica aportada como prueba por la parte accionante esta presuntamente prescrita por un médico adscrito a una IPS que tiene contrato de atención de I nivel a los afiliados a la NUEVA EPS, pero en ella no se encuentra prescripto el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY ni pañitos húmedos y/o guantes.

Lo que permite concluir que NO ES PROCEDENTE el amparo constitucional respecto de ordenar a la entidad encauzada NUEVA EPS, que autorice, suministre oportunamente en las cantidades y periodicidad a la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY No 6 y pañitos; pues no hay orden medica en este expediente de tutela que indique que un médico tratante los ordenó, aunado a que la EPS alega tal argumento y en el caso de la crema antipañalitis fundamentaron que al ser NO POS deben autorizarse por medio del aplicativo MIPRES.

En segundo lugar, se analizará si es procedente ordenar el traslado en ambulancia básica de la afiliada para realizarse un estudio radiológico. En el caso particular, se presume que el accionante y su madre residen en el municipio de Riohacha (La Guajira) y que, a la agenciada, para tratar sus enfermedades se le ha ordenado por su médico tratante internista que se presume está adscrito a una IPS contratada por la EPS, pues no desvirtuó tal afirmación, el 18 de julio de 2022, estudio radiológico cuyo traslado para su realización se debía dar en ambulancia básica debido a las condiciones de salud de la accionante. Igualmente, se presume



que su núcleo familiar no cuenta con los recursos económicos para sufragar el servicio, pues la EPS no desvirtuó tal situación.

En consecuencia, el Despacho ordenará a la NUEVA EPS financiar el transporte en ambulancia básica que requiera la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ para realizarse el estudio radiológico en la IPS donde se le ordene por la EPS.

En tercer lugar, se pasará a estudiar el servicio de **enfermería domiciliaria y/o cuidador domiciliario**. Al respecto se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional respecto del tema en sentencias como la 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.

Visto el anterior precedente para poder ordenarse el servicio de enfermería domiciliaria, se debe concluir que solo se requiere que el médico tratante adscrito a la EPS le ordene mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

En el caso en estudio en el expediente obra prueba de que a la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, de acuerdo con la orden medica datada 18 de julio de 2022, le fue ordenado el servicio de atención domiciliaria por enfermería 12 horas por el médico internista Ledimiro Maestre Lacera, adscrito a la IPS MEDIC S.A., que de acuerdo con los hechos de tutela labora en la IPS MEDIC S.A., en donde le prestan los servicios médicos de I nivel por NUEVA EPS. Ver imagen:

RECETARIO

NOMBRE: ELIDA RODRIGUEZ
EDAD: 91 AÑOS
CC 26973571
SEXO: FEMENINO

FECHA: 18/07/2022

S/S TERAPIAS FISICAS DOMICILIARIAS 20 SESIONES
S/S CURACIONES DIARIAS POR ENFERMERIA 10 SESIONES
S/S ATENCION DOMICILIARIA POR ENFERMERIA 12 HORAS
S/S RX DE CADERA BILATERAL AP Y LATERAL
S/S TRASLADO EN AMBULANCIA BASICA PARA ESTUDIO RADIOLOGICO
S/S HEMOGRAMA, GLICEMIA, UREA, BUN, CREATININA, UROCULTIVO Y ANTIBIOGRAMA, SODIO, POTASIO, CLORO, CALCIO SERICO

LEDIMIRO MAESTRE LACERA
MEDICINA INTERNA
RM 44243/07

EPS que en la respuesta dada a la petición no desvirtuó la afirmación de que el médico tratante no estuviera a ellos adscritos, solo negó el servicio de enfermería domiciliaria, alegando que no se cubre por el sistema de salud tal orden para cuidados básicos que puedan hacer los familiares. ver imagen:

Resolución 5521 de 27 de diciembre de 2013 Artículo 29 "no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud." No se cubre turno de Auxiliar de Enfermería para realizar al paciente cuidados básicos como:
Aseo e higiene. Alimentación. Cambios de posición y medidas de prevención de escaras. Cuidados generales. Acompañamiento. Las anteriores actividades están a cargo del familiar o cuidador del paciente, la normatividad en seguridad social en salud no exime a la familia de su responsabilidad social frente al paciente.

En conclusión, en este caso existe orden mediante prescripción médica del servicio de enfermería 12 horas para ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, razón por la cual deberá ser



garantizado sin reparos por parte de la EPS, pues la EPS a través de otro concepto médico no desvirtuó la necesidad del servicio.

Finalmente, se le indica a la entidad accionada que la facultad de repetir contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), cuenta con una normatividad que la reglamenta de manera legal, para el caso la Resolución N° 0000094 del 28 de enero de 2020, por medio de la cual *“se imparten lineamientos para el reconocimiento de servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC de los afiliados al Régimen Contributivo y Subsidiado, por parte del ADRES”*. No existiendo entonces motivos constitucionales para inmiscuirse el Juez Constitucional en un asunto legal-económico.

6. Decisión.

Por lo expuesto, se concederá el amparo de los derechos fundamentales alegados, ordenándose de acuerdo con el informe de la accionada a la Dra. SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL DE NUEVA EPS o quien haga sus veces y/o sea el competente para dar cumplimiento a este fallo, que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y suministre a la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, el servicio de atención domiciliaria por enfermería 12 horas, lo anterior de conformidad con la prescripción médica, por el tiempo que así lo indique el galeno tratante.

Al igual se ordena a la Dra. SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL DE NUEVA EPS, autorizar y financiar el transporte en ambulancia básica que requiera la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ, para poder realizarse el estudio radiológico en la IPS donde se le ordene el servicio médico por la EPS, en razón a las enfermedades que la aquejan. Todo lo anterior en armonía con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo. Comunicar el cumplimiento del fallo.

Negar el amparo constitucional respecto de ordenar a la entidad encauzada NUEVA EPS, que autorice, suministre oportunamente en las cantidades y periodicidad a la señora ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ el medicamento crema preventiva de escaras en piel MARLY, guantes y pañitos; pues no hay orden medica en este expediente de tutela que indique que un médico tratante los ordenó, aunado a que la EPS alega tal argumento y en el caso de la crema antipañalitis fundamentaron que al ser NO POS debe autorizarse por medio del aplicativo MIPRES.

En mérito a lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el amparo solicitado de los derechos fundamentales a la salud y vida digna, invocados por el señor **ARIEL DELUQUE RODRIGUEZ** quien dice actuar como agente oficioso de su señora madre **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Dra. **SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL DE NUEVA EPS** o quien haga sus veces y/o sea el competente para dar cumplimiento a este fallo, que, en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y suministre a la señora **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ**, el servicio de atención domiciliaria por enfermería 12 horas, lo anterior de conformidad con la prescripción médica, por el tiempo que así lo indique el galeno tratante.

Al igual se ordena a la Dra. **SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL DE NUEVA EPS**, autorizar y financiar el transporte en ambulancia básica que requiera la señora **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ**, para poder realizarse el estudio radiológico en la IPS donde se le ordene el servicio médico por la EPS, en razón a las enfermedades que la aquejan.



Todo lo anterior en armonía con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo. Comunicar el cumplimiento del fallo.

TERCERO: REQUERIR a la Dra. **SANDRA YAMILE RICAURTE VARGAS, GERENTE ZONAL de NUEVA EPS** o quien haga sus veces y/o sea el competente para dar cumplimiento a este fallo, para que no vuelva a incurrir en la omisión que dio mérito para conceder esta tutela, so pena de hacerse acreedor a las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

CUARTO: NEGAR el amparo constitucional respecto de ordenar a la entidad encauzada **NUEVA EPS**, que autorice, suministre oportunamente en las cantidades y periodicidad a la señora **ELIDA BEATRIZ RODRIGUEZ DIAZ** el medicamento crema preventiva de escaras en piel **MARLY No 6** y pañitos; pues no hay orden medica en este expediente de tutela que indique que un médico tratante los ordenó, aunado a que la EPS alega tal argumento y en el caso de la crema antipañalitis fundamentaron que al ser **NO POS** deben autorizarse por medio del aplicativo **MIPRES**

QUINTO: 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: **40278aca455e3eceb926d40e54f3341eaa2e6cf920f32f1cb9bc614e276b77d3**

Documento generado en 24/08/2022 02:07:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>