



OBARRANQUILLA, Distrito Especial. Industrial y Portuario. DIECISIETE (17) de NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRES (2.023)

RAD.08001311000320230046700	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE:	CARLOS GARNICA
ACCIONADO:	NUEVA EPS SA
ASUNTO:	FALLO PRIMERA INSTANCIA.

I- FINALIDAD DE LA PROVIDENCIA

Entra esta instancia Judicial a resolver la Acción de Tutela interpuesta por el señor CARLOS GARNICA actuando a través de Agente Oficioso de su menor hija MARIAN GUADALUPES GARNICA, en contra de la NUEVA EPS SA por la presunta vulneración a su Derecho fundamental a la salud y vida digna.

II.- CAUSA FACTICA

Manifiesta el accionante, que su hija MARIAN GUADALUPEZ GARNICA de 8 años de edad padece de displasia de cadera, nació con síndrome de Down, sin manito.

Agregó que su menor hija tiene el servicio de cuidador de salud por 14 horas, pero debida al estado de salud de la menor, el estado de salud del propio accionante, el médico tratante asignó que el cuidador fuera de 24 horas.

III.- SINTESIS PROCESAL

La presente solicitud de amparo fue admitida por medio de auto de fecha 7 de noviembre de 2023, una vez notificada a la parte accionada se les otorgó el término perentorio de 48 horas contadas a partir de la notificación del auto admisorio, para que presentara su informe acerca de los hechos y las pretensiones consignadas por el accionante en su escrito de tutela.

IV RESPUESTA DE LA ACCIONADA

- NUEVA EPS.

Se notificó a la entidad accionada vía correo electrónico, por lo que rinde el informe manifestando que se evidencia que el accionante está en estado activo



para recibir la asegurabilidad, mas no dice nada respecto a la aprobación o autorización de la nueva orden de prestación de servicio de auxiliar de enfermería.

Solicita se declare improcedente la acción de tutela.

V. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

¿La parte accionada, NUEVA EPS SA vulneró los Derechos fundamentales del accionante al no pronunciarse sobre la autorización de conceder la orden de prestación del servicio de Auxiliar de enfermería a favor de su menor hija?

Para dar respuesta a este interrogante, El Despacho (i) reiterará el precedente constitucional sobre el derecho a la continuidad del servicio de salud; (ii) se referirá al servicio de enfermería y la diferencia con el servicio de cuidador; y, finalmente, (iii) resolverá el problema jurídico que se presenta en este caso.

(i) LA ATENCIÓN DOMICILIARIA: EL SERVICIO DE AUXILIAR DE ENFERMERÍA Y EL SERVICIO DE CUIDADOR.

La atención domiciliaria es una “modalidad extramural de prestación de servicios de salud extrahospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”¹ y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).²

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige

¹ Resolución 3512 de 2019 artículo 8 numeral 6. Última actualización del Plan de Beneficios en Salud.

² El Artículo 26 Resolución 3512 de 2019 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud.



una capacitación especial. Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos. ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante, como se explica a continuación.

De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado. En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.



Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.³

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.

VII. DEL CASO EN CONCRETO

El señor CARLOS GARNICA, actuando como agente oficioso de su menor hija MARIAN GUADALUPES GARNICA, interpuso acción de tutela en contra de la NUEVA EPS SA a fin de resolver su situación de salud, toda vez que no se ha emitido respuesta positiva, para que autoricen la enfermera en casa de manera permanente.

La parte accionada dentro del término legal rindió el informe solicitado por este Despacho indicando que se DENIEGUE POR IMPROCEDENTE la presente por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

³ sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



Revisado el acervo probatorio que reposa en el expediente, constata el Despacho, que el accionante se encuentra vinculada a NUEVA EPS SA, y que su hija beneficiaria en salud debido a su estado de salud precario han solicitado de su ESP se ordene el cuidado a través del servicio de auxiliar de enfermería en forma permanente en casa para tratar sus patologías, sin embargo, se tiene certeza que a la fecha la entidad NUEVA EPS no ha autorizado el mismo, aclarando que en la actualidad cuanta solo con un servicio de 12 horas.

Visto lo anterior, a efectos de resolver el caso sub examine para esta Colegiatura resulta importante señalar frente al servicio de enfermería y “Radicado: 11001-33-35-020-2020-00309-01 Accionante: Ana María Salas Tovar Accionado: Nueva EPS Fallo de tutela de segunda instancia 25 cuidador que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015), en relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).”

Al respecto, el artículo 26 contempla a esta modalidad de atención como una “alternativa a la atención hospitalaria institucional” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado, es así, como se ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “servicio de enfermería” constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que el servicio de enfermería es un servicio médico que debe ser ordenado por el médico tratante del afiliado cuya prescripción depende de unos criterios técnico-científicos propios de la profesión y así lo señalan, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016 los cuales no pueden ser desconocidos por el juez de tutela, lo anterior, en tanto el mismo es una función ajena al operador judicial.



Sin embargo, es necesario poner de presente que antes de tratarse de una obligación que deba ser asumida por el Estado, los primeros llamados a arrogarse dicha carga es la familia de quien requiere este modelo de atención, ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos, entendiendo la familia como institución básica de la sociedad, que conlleva implícitas obligaciones y Radicado: 11001-33-35-020-2020-00309-01 Accionante: Ana María Salas Tovar Accionado: Nueva EPS Fallo de tutela de segunda instancia 27 deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: "aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de CUIDADOR, se han contemplado circunstancias excepcionálísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente."

Así las cosas, aunque se evidencia la orden médica en la que se prescribe el servicio de enfermería por 24 horas tal como se desprende de del plan de manejo y tratamiento de la menor por parte de la asistencia médica integral en casa de fecha 23/09/15 y teniendo en cuenta que la E.P.S. accionada está en la obligación constitucional y legal de prestarle a la peticionaria los servicios que esta requiere, el Juzgado ordenará a la NUEVA E.P.S. S.A., que, dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, autorice y determine la necesidad del servicio de enfermería por 24 horas a la menor MARIAM GUADALUPE GARNICA CHAJIN.

Lo anterior, en procura de que sean prestados los servicios que disponga el médico tratante de la accionante en consideración al mencionado diagnóstico que indicó el accionante, con el fin de lograr la recuperación o estabilización integral de la salud de su menor hija.

VII. DECISIÓN



En mérito a lo expuesto, el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA ORAL DE BARRANQUILLA, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal incoados por el señor CARLOS GARNICA actuando como Agente Oficioso de la menor MARIAM GUADALUPE GARNICA CHAJIN, en contra de la NUEVA EPS SA por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S. S.A., que, dentro de la semana siguiente a la notificación de esta providencia, autorice y determine la necesidad del servicio de enfermería por 24 horas a favor de la menor MARIAM GUADALUPE GARNICA CHAJIN.

TERCERO: Notifíquese este proveído a las partes por telegrama, fax o cualquier otro medio idóneo.

CUARTO: En caso de no ser impugnado el presente fallo dentro de la oportunidad legal, envíese el mismo, una vez vencido el plazo, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,
EL JUEZ,

GUSTAVO ANTONIO SAADE MARCOS

Firmado Por:
Gustavo Antonio Saade Marcos
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 003 Oral
Barranquilla - Atlántico

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: **10db841e1e1dee65de10fc3a599cff0227a00cce5836436443316a04efeea432**

Documento generado en 17/11/2023 03:15:04 PM

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