El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / SERVICIO DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA / DESCRIPCIÓN Y REQUISITOS / DIFERENCIA CON EL SERVICIO DE CUIDADOR.**

Corresponde definir en esta instancia, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar que la Nueva EPS asuma la atención domiciliaria que solicita la accionante para su padre. (…)

… de la revisión del sumario se evidencia que la atención domiciliaria requerida no se refiere al servicio de cuidador, según lo asegura la demandada, sino el de enfermería, tal como con posterioridad se precisará, y por tanto la Sala procede a analizar los supuestos para la concesión de esta última, previa aclaración sobre la diferencia entre ambas prestaciones.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha planteado lo siguiente:

“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…”

Teniendo en cuenta la diferencia establecida respecto de esos servicios y las subreglas determinadas para la prestación del servicio domiciliario de enfermería, se considera que la orden librada en primera instancia fue acertada.

En efecto, queda claro, inicialmente, que al estar involucrado el derecho a la salud y tratarse de una persona de especial protección debido a su estado de invalidez y su avanzada edad, la tutela resultaba procedente para obtener la protección rogada.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA No. 1 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

Pereira, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

 Acta N° 349 de 28-07-2021

 Sentencia: TSP. ST2-0235-2021

 Referencia: 66001311800120210004701

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el extremo accionado contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 21 de junio pasado, dentro de la acción de tutela que promovió la señora Luz Dery Betancur Valbuena, en representación de su padre Argemiro de Jesús Betancur Sampedro, contra la Nueva EPS, trámite al que fue vinculada la Gerente Regional Eje Cafetero de esa misma entidad.

**ANTECEDENTES**

**1. Tutela**[[1]](#footnote-1)**:** Expresó la promotora de la acción que su padre tiene 75 años de edad y fue diagnosticado con trauma de columna, hipotiroidismo, incontinencia urinaria, insuficiencia cardiaca, hipertensión arterial, movilidad reducida, patologías crónicas “y sindr”, además tiene que utilizar sonda de manera permanente.

Teniendo en cuenta ese cuadro clínico, su médico tratante le ordenó (9 de abril de 2021) visitas médicas domiciliarias para seguimiento y formulación, atención por enfermería por lo menos ocho horas y terapias por nutrición.

El 29 de abril de 2021 se elevó solicitud ante la Nueva EPS a fin de obtener se concediera la atención de enfermería domiciliaria; sin embargo, esa entidad negó ese servicio, en desconocimiento de lo recomendado por el médico tratante.

En la actualidad ella labora y sus progenitores son de avanzada edad (74 y 75 años), de manera que su padre requiere de acompañamiento de profesional en enfermería.

Pretende se tutele el derecho a la salud, en conexidad con la vida, y se ordene a la Nueva EPS dar cumplimiento a lo ordenado por el médico tratante.

**2. Trámite:** Por auto del 15 de junio de 2021[[2]](#footnote-2), el despacho *a quo* admitió el conocimiento de la acción y de ella corrió traslado a la demandada.

La Nueva EPS refirió[[3]](#footnote-3) que se han adelantado las gestiones administrativas pertinentes para que por las instituciones prestadoras de salud, que hacen parte de la red contratada para sus usuarios, se presten los servicios médicos requeridos por el actor. Frente al cuidado domiciliario solicitado en la tutela, señaló que este deber reside exclusivamente en la familia del paciente, en virtud de los principios de solidaridad y uso racional de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Finalmente señaló que en este caso no es posible otorgar un tratamiento de salud integral ya que no se puede obligar al suministro de servicios futuros e inciertos.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se declare que el servicio de cuidador para el accionante depende de su familia y que no es procedente la concesión del tratamiento integral. En subsidio se conceda la posibilidad de reembolsar los recursos invertidos en las tecnologías o prestaciones no financiadas por la UPS.

**3. Sentencia impugnada[[4]](#footnote-4):** En providencia del veintiuno (21) de junio de los corrientes el juzgado de primera instancia accedió a la tutela de los derechos invocados y ordenó al Nueva EPS brindar al accionante las visitas médicas para seguimiento y formulación, la atención por auxiliar de enfermería por lo menos ocho horas, las terapias físicas y el seguimiento por nutrición y dietética; todo ello de manera domiciliaria.

Para adoptar esas decisiones consideró, que la salud y la vida del señor Argemiro de Jesús Betancur Sampedro se encuentra en riesgo y requiere un debido cuidado en razón a las patologías que lo aquejan. De igual forma, se encuentra acreditado que su médico tratante, el 9 de marzo de este año, ordenó un programa de atención domiciliaria, “cambio de prestador”, que consta de valoraciones médicas de seguimiento y formulación, atención por auxiliar de enfermería, terapias físicas y seguimiento por nutrición y dietética. Dicho servicio de enfermería domiciliaria fue negado por la Nueva EPS, en desconocimiento de la jurisprudencia constitucional que ha establecido que si bien ese tipo de prestación debe ser asumida por el núcleo familiar del paciente, también ha indicado que en casos como el actual en que se trata de una persona de especial protección debido a su edad, es posible ordenar su entrega a la empresa promotora de salud a que se encuentra vinculado.

Finalmente denegó la orden de recobro, como quiera que la ley ha facultado a las autoridades que componen el sistema general de salud, con recursos administrativos para obtener dicho reintegro de manera directa.

**4. Impugnación**[[5]](#footnote-5)**:** El argumento impugnaticio lo centró la recurrente en el mandato judicial dirigido a la prestación del servicio de “cuidador” domiciliario y por tanto pide se revoque o en subsidio se le conceda la posibilidad de repetir ante la Subcuenta de Salud correspondiente por los gastos en que incurra respecto del incumplimiento de esa disposición. Alegó que no existe prueba alguna que acredite que el actor requiera de servicios domiciliarios de salud, que asumir tal servicio significaría una afectación a los recursos públicos que esa EPS administra y que el cuidado casero del paciente es una obligación que deben asumir sus familiares. Finalmente reiteró que es improcedente el otorgamiento de un tratamiento integral.

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable. La eficacia de esos medios debe analizarse en concreto (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** Corresponde definir en esta instancia, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar que la Nueva EPS asuma la atención domiciliaria que solicita la accionante para su padre.

**3.** Se precisa, para comenzar, que no existe discusión sobre la legitimación en la causa. En efecto, está acreditado que el señor Argemiro de Jesús Betancur Sampedro, afiliado a la Nueva EPS y directo afectado en sus derechos por la falta de prestación de los servicios de salud requeridos, ha sido diagnosticado con “movilidad reducida” y es dependiente de los demás para realizar sus actividades[[6]](#footnote-6), circunstancias estas que le impiden acudir en su propia defensa judicial y que, por consiguiente, habilitan a su hija para formular en su nombre la tutela, en condición de agente oficiosa (Art 10 Decreto 2591 de 1991).

Por pasiva está legitimada la Nueva E.P.S., entidad a la que se encuentra afiliado el accionante y que, en consecuencia, es la responsable de la prestación del servicio de salud. Dentro de esa entidad la competente para atender el caso es su Gerente Regional Eje Cafetero, funcionaria a la cual en esta sede se puso en conocimiento sobre la nulidad ocasionada por su falta de vinculación al trámite. Empero, como no alegó tal irregularidad, la misma se considera saneada.

**4.** Se reitera que la impugnante elevó oposición respecto de la orden impuesta para que suministre el servicio de “cuidador domiciliario” al actor, bajo los supuestos de que no está acreditado que el citado señor requiera atenciones médicas en su vivienda y que una medida como aquella desconoce los principios de estabilidad financiera y solidaridad, este último respecto de la familia del accionante.

Sin embargo, de la revisión del sumario se evidencia que la atención domiciliaria requerida no se refiere al servicio de cuidador, según lo asegura la demandada, sino el de enfermería, tal como con posterioridad se precisará, y por tanto la Sala procede a analizar los supuestos para la concesión de esta última, previa aclaración sobre la diferencia entre ambas prestaciones.

**5.** Sobre el particular la Corte Constitucional ha planteado lo siguiente[[7]](#footnote-7):

*“54.  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.*

*55.  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.*

*56.  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.*

**6.** Teniendo en cuenta la diferencia establecida respecto de esos servicios y las subreglas determinadas para la prestación del servicio domiciliario de enfermería, se considera que la orden librada en primera instancia fue acertada.

En efecto, queda claro, inicialmente, que al estar involucrado el derecho a la salud y tratarse de una persona de especial protección debido a su estado de invalidez y su avanzada edad, la tutela resultaba procedente para obtener la protección rogada.

En relación con el fondo del asunto, está demostrado que el señor Argemiro de Jesús Betancur Sampedro ha sido diagnosticado con hipotiroidismo, “patologías crónicas”, desnutrición, movilidad reducida, incontinencia urinaria, hipertensión arterial e insuficiencia cardiaca, y requiere del uso de sonda de manera permanente[[8]](#footnote-8); cuenta con secuelas de enfermedades cerebrovasculares[[9]](#footnote-9); tiene antecedentes de otitis y convulsiones[[10]](#footnote-10) y el 14 de mayo pasado fue valorado por psiquiatría debido a que presenta ansiedad, agresividad e insomnio[[11]](#footnote-11).

Así mismo, desde el 09 de marzo de este año, su médico tratante le ordenó tratamiento domiciliario que incluye el servicio de enfermería por lo menos ocho horas al día. Se explicó: “tiene barthel de 10/100 que amerita cuidador por enfermeria (sic) 8 horas al dia (sic)”[[12]](#footnote-12).

En estas condiciones, como el actor ha sido diagnosticado con enfermedades crónicas que afectan su calidad de vida y el servicio de enfermería domiciliaria, que se encuentra dentro del respectivo plan de beneficios de salud, fue prescrito por el médico tratante del actor, se acredita el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para conceder vía tutela la atención de enfermería a domicilio del citado señor y por ende el fallo que así lo dispuso será confirmado, aunque se modificará la orden respectiva para dirigírsela a la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS como funcionaria competente para adelantar las gestiones necesarias tendientes a prestar dicho servicio de salud.

**7.** Frente a las demás prestaciones de salud ordenadas en esa providencia, a saber las visitas médicas para seguimiento y formulación, las terapias físicas y el seguimiento por nutrición y dietética, todo ello también de carácter domiciliario, ninguna inconformidad elevaron las partes, ni la Sala tampoco tiene reproche alguno sobre el particular pues esos servicios, al igual que el de enfermería, fueron dispuestos por el médico tratante[[13]](#footnote-13) y no existe constancia de que hasta el momento hayan sido suministrados por la demandada.

**8.** Frente a la petición subsidiaria de recobro que eleva la recurrente, baste decir que se trata de una cuestión interadministrativa que debe ser resuelta entre las entidades involucradas y que de manera alguna puede perjudicar la prestación del servicio de salud, como lo ha sostenido con anterioridad esta Corporación[[14]](#footnote-14), motivo por el que, tal como lo dedujo la primera instancia, no se puede acceder a solicitud en ese sentido.

**9.** Finalmente, y atendiendo que la providencia impugnada no contiene orden alguna de atención integral, ni ella aquí se dispone, sobra cualquier alusión al tema que viene propuesto por la recurrente.

**DECISIÓN**

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -SALA No. 1 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES-, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia previamente anotadas, aunque se modifica su ordinal segundo para dirigir el mandato allí contenido a la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO: ENVIAR** oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

1. Folios 3 a 6 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 26 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 31 a 38 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 40 a 46 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 48 a 46 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folios 12 a 24 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-260 de 2020 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 17 a 24 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 15 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 14 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 13 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 12, 15, 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 12 y 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver sentencia ST2-0077-2021 del 25 de marzo de 2021, expediente: 66001-31-10-003-2021-00028-01 M.P. Edder Jimmy Sánchez Calambás [↑](#footnote-ref-14)