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 / ATENCIÓN DOMICILIARIA / SERVICIO DE ENFERMERÍA / CUIDADOR / DEFINICIÓN / REGULACIÓN / REQUISITOS.**

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…

Corresponde definir en esta instancia, de acuerdo con las precisas inconformidades de la recurrente, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenarle determinar la necesidad de acceder a la atención domiciliaria con cuidador o enfermero que se solicita a favor del accionante…

… la Sala encuentra acierto en esa decisión. En efecto, en la historia clínica allegada, al contrario de las manifestaciones de la parte actora, no se evidencia orden específica del galeno tratante en la que se recomiende el servicio de cuidador o enfermero domiciliario a cargo de la EPS… Empero, ello no es óbice para negar de plano la entrega de tales atenciones, como quiera que el accionante es una persona de avanzada edad y según esa misma historia clínica es paciente multipatológico, con movilidad reducida, es decir que se trata de una persona que requiere especial protección…

La anterior postura sigue la línea de pensamiento trazada por esta Sala, que en caso similar al presente expresó:

“… 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.

Sobre el servicio de enfermería domiciliaria la Corte Constitucional ha planteado lo siguiente:

“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…”

Frente a la figura del cuidador en domicilio esa misma corporación ha expresado:

“Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador” …”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **Carlos Mauricio García Barajas**

Pereira, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

Acta N° 270 de 16-06-2022

Sentencia: ST2-0196-2022

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver impugnación formulada por la Nueva EPS frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, el 10 de mayo pasado, dentro de la acción de tutela que promovió la señora Diana Maritza Charria García, en calidad de agente oficiosa de su padre Ángel María Charria Bonilla, contra la recurrente, trámite al que fueron vinculados, la Secretaría General y Jurídica, la Profesional de Respuesta al Usuario y la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS, así como la IPS Home-Med S.A.S.

**ANTECEDENTES**

**1.** Narró la promotora de la acción, por intermedio de apoderada, que su progenitor Ángel María Charria Bonilla cuenta con 93 años de edad y fue diagnosticado con hipertensión, diabetes, insuficiencia renal crónica y condición de discapacidad severa, cuadro clínico que implica la necesidad de brindarle cuidados permanentes.

Aunque está adscrito al programa de cuidado en casa, a través de la empresa Home-Med, este es limitado toda vez que solo lo visita el médico una vez a la semana, y por enfermería cuatro veces al mes, a pesar de que debería tener apoyo de enfermera las veinticuatro horas del día, tal como se expresa en su historia clínica.

Se elevó petición ante la Nueva EPS para obtener se concediera ese servicio domiciliario, además de un lector de glucosa sistema free style, “pues este le evitaría el tener que ser pinchado diariamente para el control de glicemia en sangre”, solicitudes que fueron negadas.

La familia del demandante no posee los recursos suficientes para costear aquel servicio de forma particular, además su esposa cuenta con más de 85 años motivo por el cual está “imposibilitada físicamente para lidiar con un paciente como este”.

Para obtener la protección de los derechos a la salud y la vida del actor, se solicita ordenar a la Nueva EPS brindar servicio de enfermería domiciliaria por las veinticuatro horas diarias y hacer entrega del medidor de glucosa sistema free style[[1]](#footnote-1).

**2. Trámite:** Por auto del 29 de abril de este año se admitió la acción constitucional y se ordenaron las notificaciones de rigor

La Nueva EPS se pronunció para manifestar que en el presente caso no se evidencia orden médica para el medidor de glucosa sistema free style y el servicio de cuidador o enfermería. Argumentó que los cuidados del paciente deben ser asumidos por su familia, en aplicación del principio de solidaridad. Finalmente señaló que el afiliado puede contar con capacidad económica suficiente, toda vez que encuentra afiliado en el régimen contributivo de la entidad, en calidad de cotizante.

Solicita negar la protección constitucional, como quiera que los servicios requeridos deben ser garantizados por la familia del paciente. En subsidio, pide se faculte para obtener el reembolso de todos aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del fallo de tutela “y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios”[[2]](#footnote-2).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 10 de mayo pasado, el juzgado de primera instancia concedió el amparo invocado y ordenó a la Nueva EPS determinar, previo estudio minucioso de la historia clínica del accionante y su estado sociofamiliar, la necesidad de proporcionar una atención de enfermería permanente o de cuidador, así como el suministro del medidor de glucosa sistema free style, y en el evento de que se estime pertinente su suministro, autorizarlos y proceder a su entrega.

Para decidir de esa manera se consideró que en este caso la garantía constitucional se solicita en beneficio de una persona de 93 años con un estado de salud altamente deteriorado “por lo que no puede LA NUEVA EPS esquivar por completo esta obligación”. Ahora aunque la demandada se encuentra brindando al paciente un tratamiento especializado se hace necesario, por las condiciones particulares del caso, establecer si se requiere el suministro de aquellos solicitados en la demanda pues, tal como lo alega la accionada, “no existe orden medica (sic) que así lo disponga”[[3]](#footnote-3).

**4. Impugnación:** La Nueva EPS, con sustento en similares argumentos a los que expuso en la contestación de la demanda sobre sobre la imposibilidad de autorizar la medida de cuidador en este caso, solicita se revoque parcialmente el fallo de primera sede y se niegue la prestación del citado servicio o se precise que se “debe suministrar el servicio de enfermería en caso de ser ordenado y no que este se traduzca a la prestación del servicio de cuidador domiciliario”. En su defecto se conceda la facultad de recobro[[4]](#footnote-4).

**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, de acuerdo con las precisas inconformidades de la recurrente, si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenarle determinar la necesidad de acceder a la atención domiciliaria con cuidador o enfermero que se solicita a favor del accionante y suministrar el servicio que, en caso dado, sea el recomendado.

**3.** Es necesario empezar por decir que no existe discusión sobre la legitimación en la causa. En efecto, está acreditado que el señor Ángel María Charria Bonilla, directo afectado en sus derechos por la falta de prestación de los servicios de salud requeridos, se encuentra en total estado de dependencia (índice Barthel 15)[[5]](#footnote-5), condición que por obvias razones le impide acudir en su propia defensa judicial y que, por consiguiente, habilita a su hija para formular en su nombre la tutela.

Por pasiva está legitimada la Nueva E.P.S., por intermedio de su Gerente Regional del Eje Cafetero, entidad a la que se encuentra afiliada el accionante y que, en consecuencia, es la responsable de la prestación del servicio de salud. A esa funcionaria se puso en conocimiento en esta sede la nulidad ocasionada en su falta de vinculación al trámite, empero como no la alegó dentro del término concedido, tal irregularidad se entiende saneada.

**4.** Sometido el asunto al análisis de procedibilidad se puede determinar su plena satisfacción. En efecto, se encuentra bajo debate la protección del derecho a la salud, cuyo medio judicial idóneo de protección es la acción de tutela, es decir que se supera el presupuesto de la subsidiariedad. Igual sucede con el requisito de la inmediatez como quiera que además de que la respuesta a la solicitud de entrega de aquellas prestaciones, que fue negativa, se produjo el 13 de diciembre de 2021 y la tutela se presentó el 28 de abril de este año, por lo que se concluye que el ejercicio de la acción se hizo en tiempo razonable, y hasta el momento el servicio médico aún no se ha prestado, es decir que la presunta lesión perdura en el tiempo.

**5.** Se reitera que la única oposición que se elevó contra el fallo de primera instancia tiene que ver con la orden impuesta para que la Nueva EPS preste el servicio de asistencia domiciliaria, bien sea por enfermero o cuidador, al demandante.

**6.** Sin embargo, se precisa que la disposición emitida en primera instancia no se dirigió directamente al suministro de dicho servicio, sino a establecer, de manera previa, su viabilidad. Es decir determinar si existe sustento científico para autorizar tal asistencia, teniendo en cuenta de que no se allegó orden médica sobre el particular.

**7.** Para decirlo de una vez, la Sala encuentra acierto en esa decisión. En efecto, en la historia clínica allegada[[6]](#footnote-6), al contrario de las manifestaciones de la parte actora, no se evidencia orden específica del galeno tratante en la que se recomiende el servicio de cuidador o enfermero domiciliario a cargo de la EPS. La alusión a la necesidad de cuidador 24 hora contenida en la descripción del 11 de marzo de 2022, entiende la Sala, responde a una descripción de las condiciones en las que se encuentra el paciente, no a una orden de suministro. Empero, ello no es óbice para negar de plano la entrega de tales atenciones, como quiera que el accionante es una persona de avanzada edad y según esa misma historia clínica es paciente multipatológico, con movilidad reducida, es decir que se trata de una persona que requiere especial protección. En consecuencia, si bien en este momento no se reúnen las condiciones para obtener aquel tipo de servicios, al ser en la actualidad inexistente, se reitera, la orden respectiva para brindarlos, al menos el paciente sí tiene derecho al diagnóstico en salud que determine la viabilidad médica de su entrega.

La anterior postura sigue la línea de pensamiento trazada por esta Sala, que en caso similar al presente expresó:

*“(ii) En lo que atañe a la segunda pretensión, a juicio de la Colegiatura, es prematuro imponerle a la EPS, la obligación de garantizar el servicio de atención domiciliaria, porque se está requiriendo bajo la modalidad de servicio de auxiliar de enfermería, y en dicho evento, en el que al paciente se le deben prestar cuidados especializados en su domicilio, es indispensable una orden de un médico tratante que así lo disponga, sobre ello, explica la jurisprudencia[[7]](#footnote-7) sobre:*

*…*

*30. 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. (Destaca la Sala).*

*En ese escenario, teniendo en cuenta que la accionante es una persona de especial protección debido a su edad, 83 años[[8]](#footnote-8), las patologías que la aquejan, y en vista de la inexistencia de una orden médica para que se le brindaran cuidados médicos especializados en su domicilio, era menester garantizar su derecho al diagnóstico[[9]](#footnote-9), ordenándole a la Nueva EPS, disponer lo necesario para que un profesional de la salud la valorara y determinara si ella requiere o no, el servicio de auxiliar de enfermería en su domicilio, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, garantizar dicho servicio, durante el tiempo y de la manera como disponga el galeno.”[[10]](#footnote-10)*

En este estado de cosas, el mandato impuesto en primera instancia, encaminado a obtener un diagnóstico clínico sobre la necesidad de suministro de cuidador o enfermero en domicilio, se considera acertado, pues atiende las condiciones específicas del caso y guarda coherencia con el precedente judicial.

**8.** Aclarado lo anterior se procederá a analizar lo relativo a la entrega como tal de la atención domiciliaria. Esto porque, según se recuerda, la primera instancia ordenó establecer la viabilidad o no del suministro del cuidador o enfermero en domicilio para el paciente y en caso positivo, hacer entrega de la prestación clínicamente recomendada.

Sobre el servicio de enfermería domiciliaria la Corte Constitucional ha planteado lo siguiente:

*“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.”* [[11]](#footnote-11)

Frente a la figura del cuidador en domicilio esa misma corporación ha expresado:

*“Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.*

*Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando (i) existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y (ii) el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.*

*…*

*Esa conclusión que se sustenta en que: (i) el hermano menor de la accionante, por su edad (11 años), no puede responsabilizarse de asumir la totalidad de cuidados requeridos. Además, no le es exigible que deba suspender su proceso educativo para el efecto; (ii) la abuela de la actora tiene actualmente 73 años de edad y, como producto de ésta, no tiene las facultades físicas para estar alzando y moviendo a una menor de 17 años, cuyo tamaño y peso no puede ser subestimado; y (iii) la ciudadana Martiza Robayo Criollo, madre de la menor accionante, tiene la condición de “madre cabeza de familia” y debe trabajar informalmente para procurar los recursos económicos del resto de su núcleo familiar, así como velar por los cuidados de todos, motivo por el cual resulta insostenible exigirle que deje de proveer económicamente a su familia para dedicarse a garantizar la totalidad de cuidados que su hija requiere.”[[12]](#footnote-12)*

Aplicadas esas reglas jurisprudenciales al caso concreto, se infiere que la paciente tendría derecho a la autorización de uno u otro servicio como se pasa a explicar.

Si se parte de la base de que la entrega de las mencionadas prestaciones depende del concepto médico que se rinda, quiere decir que, si los galenos tratantes eventualmente estiman que la atención domiciliaria que se adecúa a las condiciones particulares del paciente, es el de enfermería, la demandada debe brindarlo sin exigir requisitos adicionales, al tratarse de una prestación incluida en el plan de salud.

Ahora, si el concepto médico indica que lo más conveniente es el cuidador domiciliario, también se colman los presupuestos exigidos pues las pruebas allegadas acreditan que el demandante es una persona de avanzada edad y que requiere de la ayuda de terceros para poder realizar sus actividades cotidianas. También que su cónyuge, con quien convive, no está en condiciones de prestarle tales atenciones pues cuenta con 85 años[[13]](#footnote-13).

Finalmente, en cuanto a la situación económica del núcleo familiar del actor, en la demanda se manifestó que no cuentan con los suficientes ingresos para acceder a aquel servicio de manera particular. Tales manifestaciones están resguardadas por el principio de la buena fe y por ello a la EPS le correspondía desvirtuarlas o aportar la información necesaria para demostrar lo contrario, tal como lo ha sostenido el precedente de esta Sala[[14]](#footnote-14), mas como a ello estrictamente no procedió, ya que en su contestación se limitó a señalar que el paciente cuenta con capacidad económica por el hecho de que se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud, lo que si bien prueba que tiene una fuente de ingreso no acredita que este sea suficiente para cubrir aquel gasto, se considera demostrado el requisito de la falta de recursos económicos.

En estas condiciones, de obtenerse el concepto médico que establezca que el demandante requiere de atención domiciliaria vía enfermero o cuidador debe de inmediato procederse a su oportuna autorización y suministro, pues en ambos casos se cumplen los presupuestos para ello, motivo por el cual la orden emitida en primera instancia, se considera también acertada.

**9.** Para finalizar, frente a la petición subsidiaria de recobro que eleva la Nueva EPS, 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[[15]](#footnote-15), motivo por el que no se puede acceder a solicitud en ese sentido.

**10.** Por todo lo considerado, se confirmará el fallo recurrido, con adición de la orden emitida para dirigírsela a la funcionaria competente de cumplirla, esto es la Gerente Regional del Eje Cafetero.

**DECISIÓN**

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA CIVIL FAMILIA, 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, adicionando la orden allí impuesta a la Nueva EPS, para dirigírsela a su Gerente Regional del Eje Cafetero.

**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**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Archivo 03 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 07 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 09 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 11 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 13 y 14 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 17 a 19 del archivo 02 y folios 03 a 05 del archivo 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-015/21 [↑](#footnote-ref-7)
8. Pág. 1, Documento 02, C. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre tal prerrogativa, puede leerse, por ejemplo, la sentencia T-508/19. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia: TSP.ST2-0352-2021 del 21 de octubre de 2021, M.P.: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente: 66001312100120211007201 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-260 de 2020 [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-065 de 2018 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 04 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia TSP ST2-0378-2021 del 09 de noviembre de 2021, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)