

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL MUNICIPAL

Floridablanca, marzo quince (15) de dos mil diecinueve (2019)

I. ASUNTO

Proferir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia.

II. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL Y HECHOS RELEVANTES

La señora Sara Cadena Angarita a través de agente oficioso interpuso demanda de tutela para que se ampararan sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, derecho como persona de la tercera edad, derecho como persona disminuida física, sensorial y psíquica que consideró vulnerados por Sanitas EPS, pues le ha negado el servicio de cuidador por 12 horas.

A su vez, la agente oficiosa menciona que como hermana de la agenciada, es la única persona que la puede cuidar y por su avanzada edad (81 años) y presentar inconvenientes de salud, se le dificulta cumplir con esa tarea.

III. TRÁMITE ADELANTADO

3.1. El 4 de marzo este juzgado avocó conocimiento y ordenó correr traslado a la accionada.

3.2. Marta Argenis Rivera, Subgerente Regional de Bucaramanga, en su respuesta señala que la agenciada se encuentra afiliada al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas en calidad de pensionada, con un ingreso reportado de \$828.116.

Con respecto a los ingresos de la familia de la agenciada, dijo:

“

- *MARGARITA CADENA DE CASTILLO CC 41433138 TIENE DOS MESADAS PENSIONALES COLPENSIONES \$937.611 Y FOPEP 2015 \$1.914.443 TOTAL INGRESOS MESADA PENSIONAL \$2.852.054 (HERMANA DE SARA CADENA)*
- *MATILDE CADENA DE LOPEZ CC 27987022, PENSIONADA DE FOPEP MESADA PENSIONAL \$2.205.525*
- *HUGO ANDRES CASTILLO CADENA (SOBRINO) CC 1098613319) COTIZA COMO DEPENDIENTE DE LA EMPRESA IDOM CONSULTING ENGINEERING*

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

*ARCHITECTURE SAU IBC \$5.355.000 Y COMO INDEPENDIENTE \$1.310.000 TOTAL
INGRESOS: \$6.665.000.”*

Indica que la paciente no tiene orden médica de enfermería o cuidador en salud por falta de pertinencia del servicio y que según el área de gestión en salud, sólo requiere de un familiar o persona cercana para darle el apoyo físico y emocional.

También menciona que la usuaria tiene servicios de medicina prepagada y que esa EPS cumple a plenitud con la supervisión del cuidado del paciente a través de las recomendaciones dadas por los galenos a la familia en cuanto a sus cuidados en salud, además de la vinculación de la paciente al programa de atención domiciliaria.

Por lo expuesto, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda y en caso de que se tutelen los derechos el fallo se delimite en cuanto a la patología objeto del amparo; se ordene de manera expresa al ADRES el reintegro del 100% de los costos de los servicios y tecnologías NO POS que en virtud de la tutela se suministren a la agenciada y se ordene de manera explícita que la EPS Sanitas suministre el servicio de cuidador.

3.3. El 4 de marzo por secretaría se estableció comunicación con la agente oficiosa, quien informó que la agenciada no tiene hijos ni esposo y que devenga una pensión, la cual es administrada por su hermana “Elisa” quien vive en la ciudad de Medellín.

En la misma fecha se estableció comunicación con la señora “Elisa”, hermana de la agenciada, quien informó que el monto de la pensión que devenga “Sara” es de \$1.900.000, los cuales se distribuyen entre el pago de alimentación y habitación \$675.000; pago de medicina prepagada \$700.000; el valor de un salario mínimo que se cancela a la persona que hace aseo, cocina y arregla la ropa, y el excedente se utiliza en gastos de transporte para llevarla al médico, bonos que hay que pagar para las consultas y medicamentos que no cubra la EPS.

3.4. Con el trámite antes indicado este Despacho estima integrado debidamente el contradictorio. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Auto 059 de 2011 estableció cuál es la fórmula que debe aplicarse cuando el Juez de segunda instancia considere que el *A quo* omitió vincular alguna entidad que se pudiera ver afectada con la decisión. Dijo la Corte en dicha providencia que lo procedente era que el *Ad quem* resuelva la impugnación vinculando a la entidad que hubiese echado de menos y no decretar la nulidad de lo actuado, esto en aras de evitar dilaciones injustificadas.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente actuación de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, en consonancia con las reglas de reparto previstas en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

4.2. Problema jurídico.

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

¿Se acreditan los presupuestos jurisprudenciales para ordenar a la EPS que designe un cuidador domiciliario?

4.3. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo; procedencia del servicio de cuidador domiciliario.

4.3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo.

En sentencia T-180 de 2013 la Honorable Corte Constitucional al reiterar su jurisprudencia, expuso cómo en un principio consideraba que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, luego lo trató como derecho fundamental autónomo pero sólo cuando se trataba de sujetos de especial protección, tesis que a la postre se amplió para catalogarlo como tal sin cortapisa alguna y finalmente se acuñó en sentencia T-760 de 2008. Veamos:

“ ...
En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional...

“ ...
En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo....

“ ...
Posteriormente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007¹, amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador...

“ ...
Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”²

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”³

De este modo, si bien la actora hizo alusión a los derechos fundamentales “... a la vida en conexidad con la salud y seguridad social...”, el despacho debe referirse en exclusiva al derecho fundamental a la salud regulado en la Ley 1751 de 2015.

4.3.2. Procedencia del servicio de cuidador domiciliario.

La Resolución 5521 de 2013, en su artículo 8º, determina el servicio de atención domiciliaria, como una “*modalidad 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*”.

¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

Así mismo, en la sentencia T-154 de 2014, la Corte Constitucional estableció como características del cuidador, las siguientes:

i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Con respecto al papel de la familia y su deber de solidaridad la Corte en sentencia T-801 de 1998, reiterada en la T-154 de 2014, indicó:

«(...)

dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

No obstante, puede darse el caso que los familiares que tienen este deber, por múltiples razones no se encuentren en condiciones de cumplirlo, al respecto en la sentencia T-096 de 2016, la Corte indicó:

“Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado”.

Para determinar si la responsabilidad de prestar el servicio de cuidador corresponde a la familia o al Estado, la jurisprudencia constitucional estableció algunas circunstancias:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia⁴.

⁴ T-154 de 2014, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

Bajo esta óptica, si no se da algunas de estas condiciones, entonces se trasladaría la responsabilidad de prestar tal servicio al Estado, para salvaguardar la vida digna de quien lo necesita.

4.4. Caso concreto.

Contrastado el presente caso con los parámetros legales y jurisprudenciales referidos, para el despacho debe negarse el amparo solicitado, por las razones que a continuación se señalan:

En la presente acción en esencia se verifica que la agenciada es una adulta mayor de 83 años de edad que padece varias patologías, entre otras, enfermedad cerebrovascular no especificada e hipertensión y se encuentra afiliada en calidad de pensionada a la EPS Sanitas SA en estado activo.

Ahora bien, revisado el material probatorio que reposa en el expediente, es claro que el servicio de cuidador, ha sido negado por parte de la EPS accionada.

La entidad accionada manifiesta que la paciente sólo requiere un acompañamiento de un familiar o persona cercana para darle el apoyo físico y emocional, cuya carga es más que soportable porque la usuaria tiene servicios de medicina prepagada, la familia tiene un ingreso de al menos \$10.000.000 y no existe orden médica de enfermería o cuidador en salud por no ser pertinente, pero en el caso que nos ocupa, es necesario entrar a evaluar las condiciones, que según la jurisprudencia constitucional, deben concurrir para determinar si este deber debe trasladarse al Estado.

En primer lugar se tiene que la agenciada requiere acompañamiento de cuidador primario para asistencia en la alimentación, baño y cuidado personal, pero no servicio de enfermería o cuidador en salud, pues no obra en el expediente orden médica que así lo describa.

También se evidencia que el familiar próximo a la agenciada, es una hermana, persona de 81 años con deficiencias de salud, para quien proporcionar el cuidado que requiere su hermana es una carga que no puede sobrellevar; Sin embargo, es relevante el hecho de que existe una persona contratada para realizar las labores de servicios generales en la vivienda donde reside, a quien se le paga un salario por ello, tal como lo indica la señora Elisa, hermana de la agenciada, quien a la vez administra su pensión.

Aunado a lo anterior, se pudo determinar que la actora percibe una pensión mensual de \$1.900.000 y que su familia más cercana tiene suficiencia económica y está en capacidad de brindar el acompañamiento físico y emocional que ella requiere.

Por último, la EPS en su respuesta dijo: *“se tiene que esta EPS está cumpliendo a plenitud con la supervisión del cuidado del paciente a través de recomendaciones dadas por los galenos a la familia de el paciente en cuanto a sus cuidados en salud, además de la vinculación del paciente al programa de atención domiciliaria”*.

Así las cosas, es claro que en el presente caso de forma particular y concreta no están dadas las condiciones y características para relevar a la familia de la agenciada de su deber de solidaridad, aunado al hecho que dicha señora

Tutela : 2019-00097 (niega)
Agenciada : Sara Cadena Angarita c.c. 27.986.476.
Agente oficiosa: Matilde Cadena de López c.c. 27.987.022.
Accionada : Sanitas EPS.

cuenta con ingresos suficientes para subsistir y contratar a un tercero como hasta ahora que la asista en los quehaceres de la casa y labores diarias. Dicho de otro modo, se acreditó que hoy por hoy la familia de la agenciada le administra su pensión y de allí se destinan los recursos para su subsistencia y cuidado, al punto que se tiene contratados los servicios de una persona para las labores de servicios generales, tales como preparar alimentos, aseo, arreglar ropa y a quien se le paga por dicho trabajo; la agenciada percibe una pensión de vejez y la familia está en capacidad de brindarle el acompañamiento físico y emocional que requiere.

Bajo estos parámetros, se concluye que no es al Estado en cabeza de la EPS, a quien debe trasladarse la responsabilidad de la prestación del servicio de cuidador primario que requiere la agenciada, con el fin de garantizarle una vida digna, siendo entonces obligación de la familia, a partir del principio de solidaridad sobre quienes recae este servicio y más aún cuando hay una persona contratada para brindar a ésta, los servicios básicos de alimentación y cuidado personal que requiere.

De este modo, se negará el amparo tutelar impetrado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo (2º) Civil Municipal de Floridablanca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela promovida a favor de Sara Cadena Angarita, identificada con c. c. 27.986.476, según lo reseñado en la parte motiva.

SEGUNDO: INFORMAR a las partes que el presente fallo es impugnabile dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que este fallo no fuere impugnado, REMITIR a la Honorable Corte Constitucional el expediente, para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ALARCÓN MÉNDEZ
Juez