

Tutela : 2017-00086 (concede).

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Floridablanca, marzo dos (2) de dos mil dieciocho (2018)

I. ASUNTO

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

II. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL Y HECHOS RELEVANTES

La señora Yolanda de Patiño como agente oficiosa de su esposo Rigoberto Patiño Torrado el 19 de febrero de 2018 interpuso demanda de tutela para que se ampararan sus derechos fundamentales de su patrocinado a la salud y a la vida en condiciones dignas que consideró vulnerados por Compesar EPS, pues le ha negado el servicio de cuidador por 12 horas y la entrega del suplemento alimenticio Nepro BP x 237 prescritos por el médico tratante a raíz de las patologías que padece, entre otras, neumonía, ICC descompensada y enfermedad cardiovascular no especificada.

A su vez, la agente oficiosa menciona que como esposa del agenciado es la única persona que lo puede cuidar, por cuanto sus hijos viven en otras ciudades, y por su avanzada edad (81 años) y presentar inconvenientes de salud, se le dificulta cumplir con esa labor.

III. TRÁMITE ADELANTADO

3.1. El 19 de febrero este juzgado avocó conocimiento y ordenó correr traslado a la accionada.

3.2. María del Pilar Parra Villamil en calidad de apoderada de la Caja de Compensación Familiar Compesar EPS en su pronunciamiento menciona que el señor Rigoberto Patiño Gutierrez se encuentra vinculado a esa EPS como cotizante pensionado desde el 1º de noviembre de 2012, a quien se le han garantizado integralmente los servicios de salud teniendo en cuenta lo ordenado por el médica tratante.

Señala que revisada la historia clínica se evidencia que en noviembre y diciembre de 2017 solicitaron cuidador primario en los cuidados básicos del adulto mayor, el cual se autorizó como Auxiliar de enfermería 12 horas; posteriormente, en enero de 2018 permaneció hospitalizado por una ICC descompensada y al egreso hospitalario no sale con ordenamiento de actividades en domicilio.

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

Indica que “a solicitud de la familia tiene una valoración por el proveedor *Projec Life* donde ordenan **SERVICIO DE CUIDADOR POR 12 HORAS PARA ACOMPAÑAMIENTO DE CUIDADOR PRIMARIO POR TRES MESES (FEBRERO, MARZO, ABRIL)** (anexo 4) para realizar cuidados básicos del adulto mayor, asistencia en la alimentación, baño y arreglo del paciente y teniendo en cuenta que este servicio **No se encuentra dentro de la cobertura de Sistema de Salud**, se solicitó reevaluación de la pertinencia de este ordenamiento dado sus funciones dentro de la cobertura de la EPS; se solicita especificar las funciones para verificar la pertinencia de la enfermería (CUIDADOR) Y envían el mismo ordenamiento de febrero, indicando que se requiere el servicio de CUIDADOR para cuidados básicos y monitoreo respiratorio”.

Manifiesta que en el mes de febrero no se autorizó enfermera ya que por parte de atención domiciliaria se solicita especificar las funciones para verificar la pertinencia de la enfermería. Envían el mismo ordenamiento de febrero y en tal sentido el paciente no tiene indicaciones actuales de servicio de enfermería.

Refiere que lo solicitado por el accionante es un “*cuidador*”, obligación que corresponde asumirla a la familia o a quien ella delegue en pro de que se le proporcione el cuidado y la protección social del paciente, aclarando que el servicio de enfermería es para proporcionar servicios puntuales de salud, no para cuidado, cambio de posiciones, baño o limpieza, alimentación o acompañamiento del enfermo, dado que estas obligaciones corresponde a la familia.

Por lo expuesto solicita decretar la improsperidad de la acción constitucional, como quiera que la EPS Compesar no ha negado servicio ni medicamento alguno en relación con su patología y que si se considera tutelar los derechos fundamentales del accionante, se condicione la misma, al concepto del médico tratante del mismo, en donde se indique las actividades puntuales para las cuales deberá asistirse al paciente.

Con respecto al tratamiento integral considera que se trata de una solicitud basada en hechos futuros, aleatorios y no concretados en violación a derecho fundamental alguno, motivo por el cual resulta a todas luces improcedente.

3.3. Con el trámite antes indicado este despacho estima integrado debidamente el contradictorio. Dicha aseveración surge porque 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 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 Decreto 1983 de 2017.

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

4.2. Problema jurídico.

¿Existe violación del derecho fundamental a la salud cuando una EPS niega a un adulto mayor el servicio de cuidador domiciliario y el suplemento alimentario ordenado por el médico tratante?

4.3. Sujetos de especial protección constitucional y el derecho fundamental a la salud; procedencia del servicio de cuidador domiciliario; la acción de tutela es improcedente sobre hechos futuros e inciertos.

4.3.1. Sujetos de especial protección constitucional y el derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, procura garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Por su parte, en el artículo 48 ibídem se reconoce a la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público a cargo del Estado que debe ser prestado bajo los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad.

Frente a sujetos de especial protección constitucional y el derecho fundamental a la salud, la Corte ha hecho innumerables pronunciamientos, entre otros, en la sentencia T-760 de 2008, enfatizó:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”.

Acorde con este pronunciamiento, las personas de la tercera edad que por su situación de debilidad e indefensión no puedan asumir las cargas provenientes de sus patologías, bien pueden acudir a acción de tutela para reclamar la protección de su derecho fundamental a la salud.

Con respecto al principio de integralidad en las personas de la tercera edad, la Corte señaló:

“A luz de esta doctrina constitucional, el principio de integralidad comporta que la atención y la prestación de los servicios a las personas de la tercera edad no sea parcial ni fragmentada, sino que, en atención a su condición de indefensión y vulnerabilidad, sea brindada de modo que se les garantice su bienestar físico, psicológico y psíquico, entendido como un todo. Puesto que el propósito es mejorar al usuario su situación de salud y no solo resolver el problema de una prestación específica, este objetivo general inspira el modo en que deben ser garantizados los servicios a dicho grupo, sujeto de especial protección constitucional”¹.

¹ Sentencia T-096/16, M.P., Luis Ernesto Vargas Silva

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

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”*.

Así mismo, en la Sentencia T-154 de 2014, se 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 alta Corte en la sentencia T-801 de 1998, reiterada en la providencia 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 más 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 para hacerlo, 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

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

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 dependencia².

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.

4.3.3. La acción de tutela es improcedente sobre hechos futuros e inciertos.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-652 de 2012, al reiterar su jurisprudencia, señaló:

“ ...

En Sentencia T-647 de 2003 se dejó en claro cuáles son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

“Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”

... ”

De lo anterior se concluye que corresponde al juez de tutela examinar el caso concreto para determinar el grado de protección. Expresado de otro modo, no se puede adoptar una decisión tipo para siempre negar el amparo integral porque supuestamente consistiría en tutelar hechos futuros e inciertos, como tampoco es válido concederlo de forma automática.

4.4. Caso concreto.

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

En la presente acción en esencia se verifica la vulnerabilidad e indefensión del agenciado y la existencia de unas órdenes médicas que a la fecha no se han ejecutado por parte de la EPS Compesar a su favor.

Ahora bien, revisado el material probatorio que reposa en el expediente, para el despacho es claro que el médico tratante ordenó a favor del agenciado servicio de cuidador por 12 horas para acompañamiento de cuidado primario por tres

² T-154 de 2014, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

meses (enero, febrero, marzo de 2018) (fl 7) y el suplemento alimenticio NEPRO BP x 237 ml (60 latas) (fl 11), servicios que hasta la fecha, según lo manifestado por la agente oficiosa, han sido negados por parte de la EPS accionada.

La entidad accionada manifiesta que el servicio de cuidador es responsabilidad de la familia por aplicación del principio de solidaridad, 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 el agenciado requiere acompañamiento de cuidador primario para asistencia en la alimentación, baño, arreglo personal, arreglo de la unidad y medidas antiescaras.

También se evidencia que el familiar próximo al agenciado es su esposa, persona de 81 años con deficiencias de salud, para quien proporcionar el cuidado que requiere su esposo es una carga que no puede sobrellevar. Sus hijos residen en otras ciudades, tal como lo afirma la agente oficiosa en el escrito de tutela, hecho que no fue desvirtuado por la EPS accionada.

Por último, no se evidencia en el expediente que la EPS tutelada haya brindado a la familia, en este caso, a la esposa del agenciado, un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de su esposo, así como tampoco se ha dado un apoyo y seguimiento continuo a la labor que realizará como cuidador, para verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado, siendo ésta su responsabilidad.

Así las cosas, es claro para el despacho que en el caso bajo estudio la familia del actor no está en capacidad de asumir tal rol, siendo relevante que la pariente más cercana es una persona de la tercera edad, es decir, una persona según la jurisprudencia es vulnerable e indefensa, que no está en condiciones físicas ni de salud, para llevar la carga que le quiere imponer la EPS.

Bajo estos parámetros, se concluye que es al Estado en cabeza de la EPS, a quien debe trasladarse la responsabilidad de la prestación del servicio de cuidador que requiere el agenciado, con el fin de garantizarle una vida digna.

De este modo, se tutelaré el derecho fundamental a la salud y se ordenará a COMPENSAR EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y haga efectivo a favor del señor Rigoberto Patiño Torrado, el servicio de cuidador primario por tres (3) meses. En todo caso, no sobra destacar que corresponde al médico tratante en los controles pronunciarse sobre la evolución o no del paciente.

En lo que respecta a la solicitud de amparo integral, el despacho de conformidad con el diagnóstico médico, evidencia que el accionado padece enfermedades de carácter crónico, es una persona en circunstancias de debilidad manifiesta y se observa que la deficiencia ha radicado en la negativa de la EPS para hacer efectivos el servicio de cuidador y el suplemento alimenticio NEPRO BP X 237 ml (60 latas), ordenadas por el médico tratante, lo que hace necesario un amparo integral.

Por último, es pertinente resaltar que conforme con lo señalado en la sentencia T-760 de 2008, no corresponde al juez de tutela hacer mención a la posibilidad o

Tutela : 2017-00086 (concede)

Accionante: Yolanda de la Rosa Patiño agente oficioso de Rigoberto Patiño Torrado, identificado con c.c. # 1.975.454.

Accionada: Compesar EPS.

no de recobros ante el ADRES o ante el ente territorial, según cada caso. Por ende, se debe tener en cuenta que la EPS está en libertad de realizar los recobros que estime procedentes conforme la reglamentación administrativa que rige la materia. Como quiera que ese eventual trámite administrativo de recobro es ajeno a la tutela, no puede considerarse que para integrar el litis consorcio debía vincularse a la entidad destinataria de esa solicitud de pago³. En ese trámite administrativo ya mencionado y del cual -dígase de nuevo- es ajeno a la tutela, corresponderá determinar si es procedente o no el recobro conforme la reglamentación de ese asunto.

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

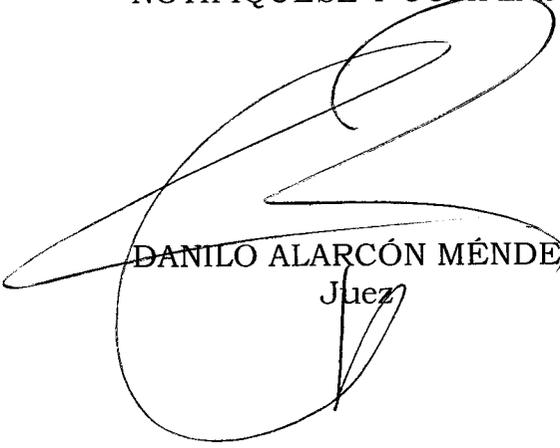
PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud del señor Rigoberto Patiño Torrado identificada con cédula de ciudadanía 1.975.454, según lo reseñado en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a COMPENSAR EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo autorice y haga efectivo a favor del señor Rigoberto Patiño Torrado, el servicio de cuidador primario. Así mismo, autorice y haga entrega del suplemento alimenticio NEPRO BP x 237 ml (60 latas). A su vez, se otorga amparo integral en las condiciones señaladas en la parte motiva.

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

CUARTO: 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

³ Ver, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Tutela 27658 del 10 de octubre de 2006; o, de la misma Corporación T-29327 del 30 de enero de 2007; y Corte Constitucional Auto 193 de 2011.