



Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso

Sogamoso, Veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN : TUTELA
EXPEDIENTE : 2019-0001.
ACCIONANTE: LUZ DERY GOMEZ VARGAS
ACCIONADO : MEDISALUD

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la Señora LUZ DERY GOMEZ VARGAS identificada con CC. No. 23.945.356 de Aquitania actuando en calidad de Agente Oficioso de la señora CLEOFÉ ALCIRA VARGAS ALARCON quien se identifica con C.C. N° 20.344.825 de Bogotá, contra MEDISALUD, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la Salud, en conexidad con la Vida y la Integridad personal.

I.- LA DEMANDA.

Señala la accionante, que habiendo solicitado con radicación de **17 de diciembre de 2018** a MEDISALUD el servicio de enfermería por ocho (8) horas, para el cuidado y acompañamiento de su madre CLEOFÉ ALCIRA VARGAS ALARCON, respecto de la cual, al momento de la interposición de la acción no había obtenido respuesta.

Señaló que la señora CLEOFÉ ALCIRA VARGAS tiene actualmente 83 años de edad, padeciendo, según la médico tratante trastorno cognitivo en la enfermedad de **Alzheimer**, lo que le impide realizar actividades básicas del diario vivir como son comer, bañarse caminar, ir al baño, lo que la hace dependiente. Agrega la accionante, que por estar vinculada con el Magisterio en Aguazul, Departamento de Casanare, no puede hacerse cargo de su madre quien depende económicamente de ella.

Estima violado el derecho a la Salud en conexidad con el derecho fundamental a la Vida e Integridad Personal, invocando los artículos 1, 11, y 47 a 49 de la Carta.

II. TRAMITE

La demanda de tutela fue radicada el 16 de enero de 2019 (f.11) y este Despacho a quien correspondió por reparto la demanda, en providencia de la misma fecha avocó su conocimiento, dispuso la notificación de las partes y solicitó a la entidad accionada informar a este despacho sobre los hechos de la tutela. (f.13).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

MEDISALUD UT. El Dr. MILLER AUGUSTO VARGAS, se presenta como Representante Legal de Medisalud UT Nit. 901153500 (fs.16-19), aclarando que la UNION TEMPORAL inició con la prestación de servicios a partir del 01 de marzo de 2018.

A los hechos, reconoció que CLEOFE ALCIRA VARGAS de 83 años, es afiliada a MEDISALUD UT como beneficiaria, diagnosticada con **Alzheimer** y adujo que se le están prestando los servicios requeridos por la usuaria, específicamente 6 servicios, y que se le han suministrados los medicamentos formulados por el médico tratante.

Frente a la solicitud de servicios de enfermería, expuso que del examen de la historia clínica, no se evidencia la necesidad de apoyo de oxígeno por la usuaria, así como apoyo parental, que esté medicada, y de igual forma, no presenta incontinencia, tolera la vía oral y no se le ha determinado plan de rehabilitación alguno. Que el deterioro se debe a su enfermedad base y a su edad.

Que tomando lo mencionado en la historia clínica por la psiquiatra, Dra. Cristancho, lo que la paciente requiere es un cuidador primario, definido éste como la pareja o familiar del paciente *"que presta cuidado regular, sin ninguna remuneración ni capacitación formal, a otra que por tener una enfermedad o un discapacidad física, tiene dificultades para asumir su propio cuidado especialmente en lo relacionado con actividades de la vida diaria y actividades básicas cotidianas."*

Que las exclusiones del plan de beneficios resultan necesarias para la sostenibilidad financiera del sistema, aclarando que conforme lo señalado en la sentencia C-313 de 2014, la sostenibilidad financiera no puede invocarse para vulnerar los derechos de los usuarios.

Invocó el principio de solidaridad familiar consagrado en la ley 1751 de 2015 y aludido en pronunciamientos como las Sentencia T-730 de 2010, y T-900 de 2002, para señalar que el sistema de salud se basa en el apoyo entre personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades, a efecto de indicar que cuando se cuentan con recursos propios o apoyo familiar, no es tan apremiante el acceso a subsidios, ayudas o beneficios estatales, y si solo si no pueden sufragar con recursos propios un servicio excluido del plan, cuya ausencia ponga en peligro la vida o salud del paciente, en tales casos si debe el Estado asumir tal carga. Indicó además, que los afiliados al régimen contributivo cuentan con al menos con un ingreso mensual del que depende el monto de cotización, y que permite establecer que existe la capacidad económica familiar para *cubrir pañales (sic - f. 18)*.

Dicho lo anterior, la parte accionada se opuso a todas las pretensiones, aduciendo la ausencia de derechos fundamentales, que no se evidencia soporte de diagnóstico que amerite el servicio solicitado, en tanto considera que el servicio de salud se ha prestado adecuadamente.

Propuso como fundamentos defensivos, los denominados "IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA POR INEXISTENCIA DE VIOLACION A UN DERECHO FUNDAMENTAL POR PARTE DE MEDISALUD UT – CARENCIA DE OBJETO" y FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA" los dos compartiendo un núcleo argumentativo común fundado en que no se acredita el presupuesto para la procedencia de la tutela, y es la inexistencia de vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

Expuso que los medicamentos y servicios han sido suministrados según las necesidades del paciente.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Asunto a resolver.

El Juzgado debe decidir si MEDISALUD UT., vulneró los derechos fundamentales **a la salud Vida e integridad personal** de la agenciada, teniendo en cuenta que no se ha suministrado el servicio de auxiliar de enfermería que la señora CLEOFÉ ALCIRA VARGAS ALARCON requiere en razón a su patología y que fuese ordenado por la médico tratante.

4.2. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, preferente y sumario, que tiene por finalidad la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos expresamente consagrados en la ley.

La misma norma en cita dispone que la ley debe establecer los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio Público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada a: i) que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público; ii) que el particular afecte gravemente el interés colectivo y, iii) que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente al particular. En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numeral 4º establece lo siguiente: *“Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 4º Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”* Sentencia T-707/08, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Según el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, que en términos de la reiterada Jurisprudencia Constitucional deben ser idóneos, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; resulta improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, e igualmente, cuando la violación del derecho ocasionó un daño consumado. La protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

4.3. Alcance de los derechos invocados.

Lo primero que hay que señalar es que el **derecho a la salud** dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la

Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma Corporación en un **derecho fundamental autónomo**, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor Manuel José Cepeda Espinosa en la que se precisó:

“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’(...)Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...”

En esta sentencia la Corte puntualizó que se transgrede el derecho fundamental a la salud cuando se niega la prestación de servicio o medicamento que se requieren con necesidad, aun cuando no están incluidos en el POS:

“2.1.1. ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante, cuando no autoriza a una persona un servicio que requiere y no puede costearlo por sí misma, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud? La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (ver apartado 4.4.3.). Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(...)

Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

(...)

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto al derecho a la salud

(...)

4.4.3.2. De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

(...)

...Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[198]En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un

servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,[199] como en el régimen subsidiado,[200] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,[201] a la enfermedad que padece la persona[202] o al tipo de servicio que ésta requiere.[203]”[204]

(...)

4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.[208] (...) - destacados fuera de texto-

Destaca la Corte además que la prestación de los servicios debe ser oportuna y eficiente:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[287] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de las personas con VIH o sometidas a tratamientos con antibióticos, donde el suministro oportuno de los medicamentos requeridos es indispensable no sólo para conservar el grado de salud de una persona, sino también para evitar su deterioro”

Se dirá también, que el vínculo del derecho a la salud, no necesariamente está sujeto a los planes de cobertura en salud, pues tal prerrogativa se extiende a otras garantías inherentes al ser humano, como lo es la integridad personal. Así lo consideró el Alto Tribunal de la Justicia Constitucional, en Sentencia T-362/16 en la que reiterando lo manifestado en sentencia T-760 de 2008, señaló:

“(...) la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. En dicha ocasión argumentó, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación del servicio debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal.

La citada sentencia señaló:

“En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida digna (SIC) de la persona o su integridad personal.

4.4. Decisión del caso.

Ante los presupuestos planteados al caso bajo estudio se ha de tener en cuenta en principio lo atinente al Régimen Especial de Seguridad Social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las reglas establecidas para aplicar, o en su defecto inaplicar, el régimen de exclusiones del Plan de Beneficios Médicos.

Bajo estas consideraciones, es menester tener en cuenta lo establecido en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por lo que el Sistema Integral de Seguridad Social, se compone,

además, de unos regímenes de carácter especial excluidos de la aplicación de las normas generales del sistema, para el caso específico el régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quienes se rigen por sus propios estatutos.

Así las cosas, en aplicación de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, la cual tiene entre sus objetivos, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos **por los docentes y sus beneficiarios**, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, esto es el Plan de Beneficios del Magisterio.

De esta manera, los servicios de salud son prestados por el FOMAG a través de la Fiduprevisora S.A. quien, a su vez, contrata los servicios de diferentes IPS en cada departamento del país, de conformidad con los presupuestos establecidos por el régimen de la contratación estatal, Así mismo se establecieron los procedimientos no contemplados dentro del plan de atención del régimen de excepción.

De este último aparte la Corte Constitucional ha fijado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados *“no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política” subraya fuera de texto¹*. De acuerdo con ello, se ha garantizado el derecho a la salud de los beneficiarios a los que, con argumento en las exclusiones de los planes, se les niega la atención de ciertas enfermedades o condiciones que requieren una intervención enunciada en ese capítulo. En este sentido, la Corte adoptó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión de Plan Obligatorio de Salud del régimen de Seguridad Social en Salud.

En este orden de ideas, se identificaron unos criterios² que deben ser verificados con el objetivo de inaplicar el POS y ordenar el suministro, estos son:

- (i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- (ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida de relación del paciente;
- (iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.
- (iv) **Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizadora de la prestación está autorizada a cobrar” la negrilla es nuestra.**

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-515a de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

² Corte Constitucional, Sentencia T-1034 del 14 de diciembre de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, criterios que han sido reiterados en múltiple jurisprudencia.

En este sentido, solo en los eventos en que se encuentren cumplidos dichos supuestos, el procedimiento, medicamento, suministro o tratamiento debe ser suministrado por la EPS encargada de prestar el servicio al usuario, con el fin de garantizarle al afiliado los derechos a la salud y a la vida digna.

Para abordar el examen de los ordinales i) y iii) arriba señalados, frente a la materia sub examine, resulta necesario citar a la Corte Constitucional, que en Sentencia T-154 de 2014, señaló:

“La agente oficiosa manifestó que el señor Sanabria Gaitán se encuentra *“postrado en una cama”*[3], motivo por el cual, en sede de tutela solicitó que se le ordenara a la entidad accionada suministrar a su padre el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria 24 horas, pues *“su condición no se limita a un simple cuidado particular, familiar o a la participación activa del núcleo familiar”*[4]. Al respecto de esta pretensión, la tutelante adujo que Cafam EPS **negó dicho servicio por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado** (en adelante POS-S), **no estar ordenado por el médico tratante**, y tratarse de **actividades propias de un cuidador**, más no de un(a) auxiliar de enfermería. (...)

Ahora bien, en lo que respecta al **servicio domiciliario de enfermería**, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la **Resolución 5521 de 2013**, constituye una modalidad de prestación 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 la salud y la participación de la familia**”[43]. Además de ello, también se evidencia que **dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud** con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En este orden de ideas, **para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología” la necesidad de la tecnología en salud pretendida**, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional **“no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”**.

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (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[47] de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado[48], y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan[49].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que **el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud**, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud[50], y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

(...)

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, **no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (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 si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.- destacados fuera de texto-

De la consulta de la Página del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio³, y el numeral 12 del Manual del Usuario 2017-2021 de la Previsora – FOMAG⁴:

“Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de este régimen de excepción y que se describen a continuación

- Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo.
- Tratamientos y Medicamentos relacionados con la impotencia y frigidez.
- Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.
- Todos los tratamientos quirúrgicos de medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen fuera del territorio Nacional.
- Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior que no puedan ser realizados en el país.
- Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente que no se comercialicen en el territorio Nacional.
- Tratamientos de ortodoncia; rehabilitación oral con fines estéticos y Prótesis Dentales.
- Tratamientos para la obesidad, con fines estéticos, entendiéndose en estos las intervenciones de todo tipo que no sean indicadas para el tratamiento de la obesidad mórbida o los encaminados a restituir la funcionalidad endocrina.
- El contratista no podrá formular o suministrar medicamentos cuya comercialización haya sido suspendida por una autoridad competente en el ámbito nacional.
- No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados en los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, lágrimas artificiales, tratamientos capilares, champús, jabones, leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria o impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental. Los anti solares y cremas hidratantes serán cubiertos cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente.
- Los pañales de niños y adultos.
- Medicamentos y procedimientos derivados de la atención por medicina alternativa.
- **Todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido.**
- En caso de existir complicaciones posteriores a la realización de cualquier actividad, intervención o procedimiento derivados de las exclusiones del pliego de condiciones, el usuario asumirá los costos de la misma, ejemplo complicaciones de las cirugías estéticas.” (Subrayas del Despacho).

Como se advierte, el servicio domiciliario de enfermería no está excluido del Plan de Beneficios del FOMAG – como tampoco del plan de beneficios del SGSSS- y en consecuencia, basta que el médico tratante señale la necesidad del servicio.

A éste respecto, el Despacho aprecia que a reverso del folio 22, obra diagnóstico del Dr. JULIO CESAR ALCAZAR PINILLA de fecha 22 de septiembre de 2017 (Clínica del Oriente),

³ Consultado el 25 de Enero de 2019 en <http://www.fomag.gov.co/documents/Exclusiones%20Salud.pdf>

⁴ https://www.servisalud.com.co/pdf/Manual_del_Usuario_FOMAG.pdf

en cuya parte final se lee: "...compromiso cognitivo grave. Dependiente Total de su ABC. ...
Requiere enfermera acompañante 12 horas al día"

Igualmente a reverso del folio 23, en el documento HISTORIA CLINICA – PSIQUIATRIA Historia No. 20344825 de 08/10/2018, la Profesional en Psiquiatría CAROLINA M. CRISTANCHO (Hospital Regional de Sogamoso) señala en el acápite Análisis:

"Paciente con cuadro compatible con delirium en días pasados, se continúa manejo farmacológico y se espera estabilidad del cuadro para definir manejo definitivo. **Actualmente paciente DEBE TENER SUPERVISION PERMANENTE DE PERSONAL CAPACITADO** ya que por su condición y el avance de la misma amerita cuidados especiales." – se destaca-

Finalmente, en la historia clínica impresa el 30 de noviembre de 2018 (f. 28), la psiquiatra Dra. CRISTANCHO, señala en el acápite de Análisis: "*Paciente con estabilidad parcial de síntomas, con deterioro asociado a su enfermedad de base que limita la ejecución de cualquiera de las actividades de la ciudad cotidiana sin supervisión, desde el control del mes anterior se solicitó autorización para que la paciente tuviera supervisión permanente por parte de personal capacitado que en caso de la paciente sería auxiliar de enfermería. Por tanto de manera reiterada se solicita a la EPS se autorice el acompañamiento de supervisión por AUXILIAR DE ENFERMERÍA por un periodo de 8 horas diurnas.*" - se destaca-

De lo expuesto, se tiene que existe **orden** profesional médica sobre la necesidad del servicio, pues se expresó reiteradamente que dada la mengua de facultades de la paciente, su "demencia" y deterioro le *limita la ejecución de cualquiera de las actividades de la ciudad cotidiana*, y que el acompañamiento solicitado es de *personal capacitado*.

Se desestima entonces los argumentos de la parte demandada, por cuanto si bien resulta plausible sostener que en determinados casos el servicio de auxiliar de enfermería no se requeriría en tanto de acuerdo con la jurisprudencia no se imponga el cuidado de un profesional de la salud, justamente ello permite en el caso sub examine desestimar el reparo de MEDISALUD, ya que ha sido el medico psiquiatra de la señora CLEOFE ALCIRA VARGAS, quien ha determinado que requiere la asistencia de personal capacitado, en particular una auxiliar de enfermería, luego entonces, controvertir tal criterio medico como se ha intentado en la contestación de la demanda al glosar que no posee incontinencia o asistencia de oxígeno, implica el desconocimiento de los derechos fundamentales de la usuaria y más aún, la imposición de un criterio no calificado sobre uno técnico-científico, lo cual resulta inadmisibles máxime cuando para ello se apoya el argumento en la ausencia de vinculación del profesional de la salud que emite el concepto, tal como se advierte en el numeral 2 del folio 33 (rta a derecho de petición)

En punto de lo anterior en la sentencia T-036 de 2017, se indicó:

En cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente. No obstante, también ha reconocido que el

diagnóstico del médico tratante no es absoluto, pues el concepto de un médico externo puede ser vinculante, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

- “a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.*
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.*
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.*
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.”[36]*

En esos eventos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

34. Por otro lado, en la sentencia T-904 de 2014, esta Corte precisó que la exigencia de un diagnóstico o concepto médico para suministrar el medicamento, incluido o no en el POS, impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina.- se destaca-

Finalmente en relación con la capacidad económica que permita a la señora CLEOFE ALCIRA VARGAS ALARCON y su núcleo familiar, asumir los costos de un auxiliar de enfermería por ocho (8) horas diarias, se advierte que la paciente es una mujer de 83 años de edad que padece la enfermedad de Alzheimer, que carece de facultades para desarrollar cualquier actividad cotidiana, y que no es cotizante, sino que está vinculada en calidad de beneficiaria.

Luego estamos ante la presencia de una persona que cuenta con **especial protección Constitucional reforzada** perteneciente a la tercera edad, por lo que la falta de atención y prestación de los Servicios de Salud va en contravía a sus derechos fundamentales.

Sobre la protección doble y reforzada de las personas de la tercera edad, la Corte ha manifestado⁵:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentra”. Negrilla fuera de texto.

De otra parte ha reiterado la Corte Constitucional:

“Respecto a la especial condición en que se encuentran las **personas de edad avanzada**, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 superior, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otros, en fallo T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño:

“Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995),

⁵ Sentencia T-180 de 2013. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...⁶”

No existe prueba relativa al ingreso familiar que afiance la existencia de capacidad para que en principio de solidaridad, los particulares asuman la carga de proveer el acompañamiento necesitado, y que constituye uno de los argumentos de la parte accionada. Tal ausencia probatoria, conforme lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-596 de 2004 solo puede tenerse en favor del actor:

“La carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta acción y del principio de que quien puede probar tiene la carga de hacerlo. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados. A los accionantes en una acción de tutela se les exige que relaten de manera clara los hechos generadores de la vulneración de los derechos fundamentales, y de ser posible, que aporten las pruebas que tengan a su disposición. Es a los demandados a quienes les corresponde, en los informes que les pide el juez, desvirtuar la veracidad de los hechos alegados por los accionantes, llegando al punto de que si no se pronuncian sobre éstos, se presumirán ciertos.”

Corolario de lo expuesto, se impone apreciar que existe orden expresa del médico tratante para el acompañamiento de personal calificado (auxiliar de enfermería), servicio que no está excluido de plan de beneficios del FOMAG, que existe necesidad comprobada del servicio, y que no existe prueba de que pueda asumir la parte actora o su familia, los gastos inherentes al acompañamiento de marraz.

En consecuencia es latente la afectación de los derechos fundamentales incoados por la señora LUZ DERY GOMEZ VARGAS como agente oficioso de la señora CLEOFE ALCIRA VARGAS ALARCON, sujeto de especial protección constitucional, por lo cual, el Juzgado ordenará que en el término de tres días (3) MEDISALUD UT a través de su Representante Legal Doctor MILLER AUGUSTO VARGAS ZAMORA o quien haga sus veces, materialice la orden médica plasmada en la historia clínica impresa el 30 de noviembre de 2018, para que se le provea a la paciente **acompañamiento y supervisión por AUXILIAR DE ENFERMERIA por un periodo de ocho (8) horas diurnas**. So pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1.991.

Lo anterior sin perjuicio de que nuevos conceptos o valoraciones especializadas acrediten que el servicio no se requiera o surja un nuevo criterio medico en ese sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **TUTELAR** los derechos constitucionales fundamentales invocados por señora CLEOFE ALCIRA VARGAS ALARCON identificada con C.C. N° 20.344.825 de Bogotá quien actúa con agente oficioso a través de la Señora LUZ DERY GOMEZ

⁶ Sentencia T-160/14 MP. NILSON PINILLA PINILLA

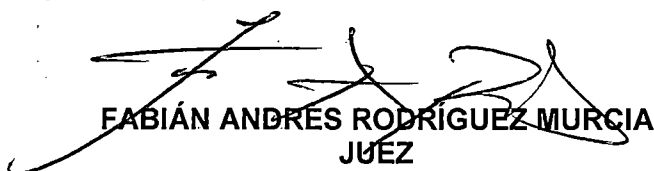
VARGAS identificada con CC. No. 23.945.356 de Aquitania con arreglo a las razones expuestas.

2. **ORDENAR** a MEDISALUD UT. a través de su Representante Legal Doctor MILLER AUGUSTO VARGAS ZAMORA o quien haga sus veces, que en el término de tres días (3) MEDISALUD UT a través de su Representante Legal Doctor MILLER AUGUSTO VARGAS ZAMORA o quien haga sus veces, materialice la orden médica plasmada en la historia clínica impresa el 30 de noviembre de 2018, para que se le provea a la paciente **acompañamiento y supervisión por AUXILIAR DE ENFERMERIA por un periodo de ocho (8) horas diurnas**. So pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1.991

Lo anterior sin perjuicio de que nuevos conceptos o valoraciones especializadas acrediten que el servicio no se requiera o surja un nuevo criterio medico en ese sentido.

3. **MEDISALUD UT.** a través de su Representante Legal Doctor MILLER AUGUSTO VARGAS ZAMORA o quien haga sus veces en el término en mención, deberá acreditar ante este Despacho y por escrito el cumplimiento a las ordenes emitidas en el presente fallo. (Art. 27 Decreto 2591 de 1991).
4. **NOTIFÍQUESE** este fallo a las partes por el medio más rápido y eficaz (art. 30 Decreto 2591 de 1991)
5. Si esta sentencia no es impugnada dentro del término de tres días, contados a partir de su notificación, **envíese** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase


FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
JUEZ