



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54001-31-05-003-2021-00123-00
ACCIONANTE: SIMÓN ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERA
ACCIONADO: NUEVA EPS Y MEDICUC IPS

Procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela impetrada por **SIMÓN ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERA** en representación del señor **SALVADOR SÁNCHEZ SIERRA** contra la **NUEVA EPS** por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana.

1. ANTECEDENTES

El señor **SIMÓN ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERA** en representación del señor **SALVADOR SÁNCHEZ SIERRA**, interpone la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que su padre **SALVADOR SÁNCHEZ SIERRA** tiene 86 años, y se encuentra en estafo crítico de salud y padece Alzheimer.
- Señala que el 10 de marzo de 2021 le realizaron consulta domiciliaria y le fueron ordenados los siguientes insumos: *“pañales desechables tena 120 por mes, 2 paquetes de pañitos húmedos por 100 unidades por mes, 1 crema Marly de 400 gramos por mes, cuidadora por 12 horas, valoración por nutrición para determinar su estado de desnutrición y posible suministro de complementos alimenticios, terapia ocupacional, atención médica domiciliaria de forma mensual, los medicamentos: losartan, acetaminofén, tiamina y memantina”*
- Conforme lo anterior, explica que ante las patologías que padece su padre, no cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos de exámenes, procedimientos y medicamentos necesarios para mantener el estado de su salud estable y en condiciones dignas, por lo que resulta indispensable la intervención del sistema de salud.
- Por otro lado, alude que teniendo en cuenta los imprevistos que se presentan ocasionalmente en la autorización y realización de procedimientos médicos, requiere atención integral inmediata por encontrarse en un estado de debilidad que merece protección especial, de tal forma que pueda asegurarse la integralidad de su vida.

2. PETICIONES

La parte accionante solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y la dignidad humana:

1. Se ordene y programe en favor de Salvador Sánchez Sierra los exámenes, curaciones, terapias físicas, respiratorias y las valoraciones que requiere, así como los insumos para sus cuidados.
2. Además de lo anterior, se ordene a NUEVA EPS que autorice y programe las citas médicas NO POS con especialistas sobre la patología de ALZHEIMER; se le autorice y haga entrega de los medicamentos ordenados, así como se le autorice y entregue los pasajes, alojamiento y alimentación a los lugares donde se ordene su remisión para tratar la patología que presenta.

3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

→ La **NUEVA EPS**, admite en contestación del presente medio Constitucional, que la accionante hace parte **ACTIVA** de sus usuarios compensados por el SGSSS encontrándose esta perteneciente al

régimen contributivo. Indica además que se le han brindado los servicios en salud conforme a sus radicaciones, dentro de su red de servicios contratada y de acuerdo a las competencias y garantías del servicio relativo a la eps.

Por otra parte, indica que este tipo de servicios, como lo es el cuidador domiciliario y/o auxiliar de enfermería que refiere para el cuidado personal del paciente, no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia, por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.

De igual forma señala que, en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, pues no se evidencia el soporte de la incapacidad de la familia de brindar el cuidado.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela, las pruebas aportadas y la respuesta de la accionada, este Despacho debe determinar si **NUEVA EPS**, vulneró los derechos fundamentales a la salud, conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana del señor **SALVADOR SÁNCHEZ SIERRA**.

6.2. Aspectos Generales de la acción de tutela

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de estos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular.

6.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En atención a las anteriores precisiones normativas, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por el señor **SIMÓN ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERA** en representación de su señor padre **SALVADOR SÁNCHEZ SIERRA**, por la defensa de sus derechos fundamentales a la salud, conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana, así pues, teniendo en cuenta su estado actual de salud y la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, se encuentra legitimado para interponer la misma.

6.4. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral

Al respecto, la sentencia 597 de 2016 explicó:

“Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.

Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.”

6.5. El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador.

La jurisprudencia ha realizado de manera reiterada la diferenciación entre el deber constitucional de proteger la dignidad humana a través de los servicios de enfermería y de cuidador domiciliario, en donde los primeros buscan asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente, y los segundos, van dirigidos al apoyo físico necesario para que la persona pueda desenvolverse y así realizar actividades básicas requeridas para asegurarse la vida digna en virtud del principio de solidaridad.

Por esto, en la sentencia T – 154 de 2014 se determinó:

“el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe”

Asimismo, en la sentencia T – 423 de 2019 se indicó:

“en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud. La Corte ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten

desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”.

La Sentencia T-414 de 2016 de la Corte “determinó que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”.

A modo de reiteración, en la Sentencia T-065 de 2018, esta Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: (i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente-, está “imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia, que la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio ocurre cuando este: “(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.

En consideración a tales requerimientos, la Sentencia T-458 de 2018 se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante. En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.”

Conforme lo anterior, resulta evidente que ese servicio de cuidador se otorga solo en casos excepcionales en los que se configuren los requisitos citados. Por lo que el juez “tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio” lo que es establecido por la sentencia T – 208 de 2017 y T – 065 de 2018.

6.6. Concurrencia de la familia en pro del cuidado del paciente bajo el principio de solidaridad

Al efecto, la Corte Constitucional se ha referido al asunto en sentencia T-154 de 2014, manifestando:

“En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia”

“(…) 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”.

6.8 Carencia actual del objeto por daño consumado

Al respecto, la Corte Constitucional¹ ha señalado que esta figura se materializa “ cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concebida como preventiva más no indemnizatoria”

En la sentencia T 123 de 2018 señaló asimismo que,

“El daño consumado se presenta en eventos en los que la protección constitucional es innecesaria, no porque las causas de la afectación desaparecieran, como es el caso del hecho superado, sino porque se concretó el riesgo que se ceñía sobre los bienes ius fundamentales del accionante. Ocurre cuando la amenaza se materializa, de modo que el juez de tutela no tiene forma efectiva de responder a la situación para restablecer su ejercicio, que por demás es imposible. En este escenario, la protección no puede concretarse y no es posible restituir las cosas al estado anterior, de modo que lo que procede es la retribución por la afectación, por lo que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo de acción para obtenerla.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento del actor durante el trámite de la acción de tutela

El accionante falleció en condiciones que esta Sala desconoce. Su muerte se produjo en el momento en que gozaba del permiso de 72 horas que regularmente le era concedido, según él mismo lo había relatado en el escrito de tutela. No puede deducirse que su muerte se haya producido como consecuencia de la amenaza que se ceñía sobre sus derechos fundamentales, como si puede hacerse en casos de reclamaciones por el derecho a la salud, cuando el paciente muere por la falta de un insumo, medicamento o servicio médico, en los que es claro que la amenaza se concreta y produce el deceso como resultado directo.”

7. Caso Concreto

Así las cosas y de conformidad con el problema jurídico planteado y el precedente jurisprudencial citado, se debe determinar si la **NUEVA EPS**, vulneró los derechos fundamentales a la salud, conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana.

De las pruebas allegadas a la presente acción, se observa que, en efecto, el accionante es un sujeto de especial protección dado su adultez, que de acuerdo a lo referido por su médico tratante posee la patología de Alzheimer, junto a otros padecimientos por su elevada edad.

Indicó igualmente que la **NUEVA EPS** está en el deber de autorizar los servicios así el evento sea POS o no POS y luego efectuar los respectivos recobros ante los entes respectivos, acotando que las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad a asegurar el acceso a la salud.

¹ Sentencia T-038 de 2019

Al respecto, en la respuesta allegada en la contestación de la tutela, la accionada explicó que el señor **SALVADOR SÁNCHEZ**, se encuentra en estado activo y perteneciente al régimen contributivo, asimismo, expresa que los servicios requeridos como lo es el cuidador domiciliario y/o auxiliar de enfermería que refiere para el cuidado personal del paciente, no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia, por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.

Por lo anteriormente enunciado, la **NUEVA EPS** haciendo uso de la jurisprudencia, refiere que el referido servicio, por principio de solidaridad entre el núcleo familiar, no ha de soportar la carga económica que acarrea el cuidador domiciliario, pues como lo ha expresado la alta corte, esta, en su mayoría de veces, se halla realizada por familiares y amigos de paciente, así como también, asegura que, de acceder a tal solicitud, estaría en una extralimitación de sus funciones.

No obstante lo anterior, se allegó al Despacho el lunes 19 de abril un oficio mediante el cual Simón Andrés Sánchez indicaba que su padre, el señor **SALVADOR SÁNCHEZ** había fallecido el 15 de abril, razón por la cual este Despacho declara la carencia actual del objeto por daño consumado, pues, la protección constitucional es innecesaria y resultaría inocua, pues las causas alegadas por el hijo del actor desaparecieron, concretándose así el riesgo y el daño, sin que el Juez tenga una manera efectiva de responder ante este imprevisto, siendo imposible restituir las cosas al estado anterior, pues el fallecimiento del actor durante el trámite de la acción de tutela, da paso a declarar esta figura jurídica.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR la carencia actual del objeto por daño consumado conforme lo descrito en la parte motiva.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991 haciéndole saber al accionado que el término con que cuenta para el cumplimiento de la orden aquí impartida empezará a correr a partir de la notificación.

TERCERO. Una vez ejecutoriada la presente providencia, en caso de no ser impugnada, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser seleccionada para revisión, se dispone a obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y el archivo de la acción.

Juzgado Tercero Laboral
del Circuito de Cúcuta

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA

Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS

Secretario