



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL
VALLEDUPAR-CESAR**

Valledupar-Cesar, Diecisiete (17) de febrero del año dos mil diecinueve (2019).

RADICADO 20001-41-89-002-2019-00663-00

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Accionante: ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente
oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO
Accionado: SALUD TOTAL E.P.S-S

ASUNTO A DECIDIR

Es del caso resolver la impugnación del fallo de tutela de fecha doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, dentro del trámite tutelar de la referencia.-

HECHOS

1. Indica la accionante que su madre la señora Ana María Berdugo Mejía, se encuentra afiliada a SALUD TOTAL E.P.S-S, y tiene antecedentes de diabetes mellitus tipo II, secuelas de ACV hemorrágico con hemiplejía branquio-crural izquierda, por lo que se encuentra en tratamiento con diferentes especialidades, entre estas, medicina interna.
2. Que el estado de salud de su madre es crítico, ya que el ACV la dejó en debilidad manifiesta, en la actualidad no puede caminar, tiene problemas de control de esfínteres, su piel se encuentra delicada por resequedad a la magnitud de producir úlceras y rasquiña permanente en toda su piel, por lo que, requiere de cuidados especiales para realizar actividades básicas como toma y aplicación de medicamentos, alimentación, aseo, y sus tratantes han sido enfáticos en que debe tener acompañamiento las 24 horas.
3. Que la persona que debe hacerse cargo de la señora Ana María es ella, y es madre cabeza de familia, conformada por tres hijos, los cuales se encuentran estudiando y su esposo Isaías García Medina, quien es una persona con el 40% de su cuerpo parapléjico.
4. Que no solo tiene el cuidado de su madre sino también el de su esposo, quien ha sido diagnosticado con artrosis, depresión, hernia, dolor crónico irritable, artritis, hiperplasia de la próstata, y requiere de acompañamiento derivado de condición de dependencia.
5. Que la pensión de invalidez que percibe su esposo, es un salario mínimo mensual vigente, de la cual no perciben la totalidad por haber adquirido un crédito para que sus dos hijos mayores iniciaran sus estudios profesionales.
6. Que durante los últimos 13 años su madre y su marido estuvieron por lapsos largos en la unidad de cuidados intensivos, y su esposo ha tenido varios intentos de suicidio, por lo que, junto a sus tres hijos ingresó al servicio de psiquiatría.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA**Accionante:** ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO**Accionado:** SALUD TOTAL E.P.S

7. Que fue diagnosticada con diabetes, hipertensión, tiroides, fuerte dolor en los huesos, colon irritado, venas varices profundas, lo que le impide seguir atendiendo a su madre 24 horas.
8. Por lo anterior, solicita que la accionada asuma todos los servicios médicos dentro y fuera del plan de beneficios en salud necesarios y ordenados por sus médicos tratantes en favor de su señora madre, incluido el cuidador 24 horas.

SENTENCIA IMPUGNADA

El A-quo después de historiar el proceso, CONCEDIÓ el amparo tutelar y ordenó a la accionada autorizar la atención domiciliaria de la señora Ana María Berdugo Mejía por 24 horas.

La accionada presentó impugnación al fallo de tutela por considerar que la atención de las actividades que requiere la afiliada no está contempladas como servicios de salud, por lo que es improcedente la solicitud de la accionante a favor de su madre.

CONSIDERACIONES

El constituyente de 1991 instituyó la acción de tutela como mecanismo especial para evitar el desbordamiento en las actuaciones de los funcionarios públicos o de los particulares que pusieran en peligro o vulneraran los derechos fundamentales de los ciudadanos, procurando, ante todo, su protección. Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública...”

A su vez, la Constitución en sus artículos 136 y 467, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas de la tercera edad, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. La Corte Constitucional ha valorado la edad como factor de vulneración, para establecer la procedencia de la acción de tutela en materia de salud, toda vez que ha estimado que las personas de la tercera edad se encuentran en una posición de debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para satisfacer sus necesidades básicas que le permitan disfrutar de una vida digna. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

*“Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad”.*¹

La protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que

¹ Sentencia T- 989 de 2005. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA**Accionante:** ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO**Accionado:** SALUD TOTAL E.P.S

requiera, la cual puede hacerse exigible a través de la acción de tutela. Adicionalmente, dichas personas se ven igualmente avocadas a afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez. En esa medida, se hace necesario que el Estado los proteja en relación con la acción u omisión que amenace o vulnere sus derechos y que en tales circunstancias deba obrar incluso por encima de consideraciones meramente formales.

En el asunto que nos ocupa se evidencia que la persona a favor de quien se interpuso la acción de tutela es una persona de la tercera edad que ha sido diagnosticada con HIPERTENSIÓN ARTERIAL, DIABETES MELLITUS y SECUELAS DE ACV HEMORRÁGICO, por lo que su médico tratante le ha ordenado servicio de cuidador domiciliario por 24 horas.

En lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, la Resolución 3512 de 2019, establece que esta es una *“modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”* y es un servicio que está incluido en la cobertura de beneficios del Plan de Beneficios en Salud, 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.

De otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, la Corte Constitucional ha considerado que: *“(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.*

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, 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.”²

En ese orden de ideas, la sentencia T-1079 de 2001 sostuvo que *“la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.*

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

² Sentencia T-154 de 2014

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO

Accionado: SALUD TOTAL E.P.S

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.

No obstante lo anterior, también ha establecido la jurisprudencia constitucional que una Entidad Prestadora de Salud (E.P.S) siempre que se presenten las siguientes circunstancias, 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 E.P.S a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”*

Así las cosas, en caso de no darse tales presupuestos el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, 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

Conforme con lo anterior, se encuentra que en el presente caso a la señora Ana María Berdugo Mejía presenta secuelas de accidente cerebrovascular hemorrágico, con hemiplejía izquierda, diabetes mellitus e hipertensión arterial, por lo que permanece encamada de manera permanente, razón por la cual, le fue ordenado por su médico tratante el cuidador permanente por 24 horas por ya que, “*presenta riesgo de broncoaspiración y riesgo de asfixia por episodios de emesis espontánea*”. Además, que ella y su familia carecen de los recursos económicos para asumir los cuidados que ella requiere, lo cual se entiende demostrado no solo por no existir prueba de lo afirmado en la tutela por la accionante y que no fue desvirtuado por la E.P.S sino también porque al ser beneficiaria del sistema de salud en la categoría A, su base de cotización es solo un salario mínimo legal.

En esas condiciones, habiendo sido ordenado por el médico tratante el servicio de cuidador a la madre de la accionante, quien es sujeto de especial protección en virtud de su edad y por las condiciones de salud en las que se encuentra, y teniendo en cuenta que en virtud del principio de solidaridad, cuando sobreviene la incapacidad de una familia de cuidar a sus familiares enfermos, la entidades de salud deben entrar a suplir aquellas carencias que pongan en riesgo el derecho fundamental de los usuarios. No existe duda para este despacho de que SALUD TOTAL E.P.S-S

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA**Accionante:** ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO**Accionado:** SALUD TOTAL E.P.S

desconoció el derecho fundamental a la salud de la señora ANA MARÍA BERDUGO, quien sufre de enfermedades graves e irreversibles, hemiplejía izquierda, que la hacen depender totalmente de un tercero, al negarle el acceso al servicio asistencial que necesita y que le fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad accionada y que por ello, correspondía al juez de tutela entrar a proteger sus derechos fundamentales y ordenar a la accionada que prestara el servicio de cuidador permanente que requiere, como en efecto se hizo, en la sentencia proferida en primera instancia.

Ahora bien, como quiera que, el origen de la facultad de realizar el recobro por los servicios prestados que no están dentro del plan de beneficios en salud es legal y no jurisprudencial, es claro que, no se requiere que el Juez de tutela emita una decisión en tal sentido, para que la E.P.S pueda hacer valer sus derechos ante la entidad correspondiente, y tampoco puede ser usado esto de excusa para negar la prestación de los servicios de salud a los afiliados.

En consecuencia, no accederá este despacho a modificar el fallo impugnado autorizando por esta vía constitucional el recobro ante el ADRES, ya que, como se dijo y se itera, está demostrado que es competencia de SALUD TOTAL E.P.S la autorización del servicio de salud que requiere la accionante para el manejo de sus enfermedades, esté o no incluidos en el PBS, correspondiéndole al ADRES únicamente asumir el pago de dicho servicio una vez sea prestado el servicio por la IPS designada por la E.P.S-S al afiliado.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, administrando Justicia por autoridad del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferido por Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, dentro del trámite tutelar iniciado por ANA MARÍA BERDUGO MEJÍA a través de agente oficioso DENIS ESTHER MOLINA BERDUGO, en contra de SALUD TOTAL E.P.S.

SEGUNDO.- Notifíquese este proveído a las partes y al despacho judicial de primera instancia por el medio más expedito. Librese el oficio correspondiente.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiése.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DANITH CECILIA BOLÍVAR OCHOA
Juez.

S.F

