



**JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE
LA CALERA- CUNDINAMARCA**

Clase de Proceso: **Acción de Tutela**

Accionante: **ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR**

Accionado: **COMPENSAR E.P.S. Y OTROS**

Radicación: **25377600066420210034500**

Asunto: **Fallo de Tutela**

Fecha de Auto: **03 de noviembre de 2021**

I.TEMA

Decídase la acción de tutela instaurada por la ciudadana por **ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR**, en contra de **COMPENSAR E.P.S.**, quien pretende que se le proteja en instancia constitucional su derecho a la salud, vida e integridad personal.

II. ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que tiene tumor auditivo por lo cual tiene reducida la movilidad y sufre de mala memoria, es un adulto mayor y solo vive con la esposa quien tiene 70 años, por lo cual solicitó a la EPS que le concediera una enfermera o cualquier persona capacitada para que le apoye en las actividades diarias, pero la EPS negó la solicitud.

III. ACTUACIONES SURTIDAS.

Mediante providencia del 19 de octubre 2021, se admitió el asunto contra **COMPENSAR E.P.S.**, e igualmente se ordenó la vinculación oficiosa de **ADRES**,

MINISTERIO DE SALUD y SUPERINTENDENCIA DE SALUD como terceros con interés legítimo en el resultado de la presente tutela.

IV. POSICIÓN DE LA ACCIONADA

Accionada COMPENSAR E.P.S.

Argumenta la entidad accionada que no existe orden médica para el servicio de enfermería y/o cuidador, y que el cuidador no es un servicio de salud, el cual por su naturaleza está a cargo del núcleo familiar en virtud del principio constitucional de solidaridad.

Vinculada MINISTERIO DE SALUD

Indica la entidad que no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno. Toda vez, que esa cartera ministerial, fue creada a través del artículo 9o de la Ley 1444 de 2011, como un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, y a través del Decreto Ley 4107 de 2011 *“Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra del Sector Administrativo de Salud y Protección Social”*, en su artículo 1o se le asignó la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud. Señala que, las competencias constitucionales y legales de esta cartera ministerial se encuentran limitadas por la Constitución y la Ley.

Resalta, que la acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable a este ente ministerial, por cuanto esta Cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por la accionante.

Vinculada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Sostiene la entidad que es un organismo de carácter técnico, de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo cual debe propugnar porque

los agentes del mismo cumplan a cabalidad sus deberes y obligaciones. Solicita su desvinculación del trámite constitucional por falta de legitimación en la causa, pues no ostenta la facultad de prestar servicio de salud, ya que los mismos están en cabeza de la E.P.S.

Vinculada ADRES

Señala que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad.

Manifiesta que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

V.CONSIDERACIONES

a. Competencia

Este Despacho Judicial es competente para conocer en Primera Instancia de la presente Acción de Tutela, dado que conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 *“son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”* y para el caso que nos ocupa, la supuesta vulneración a los derechos fundamentales indicados se está generando en esta municipalidad, toda vez, que aquí se encuentra el domicilio del accionante.

En cuanto a la Legitimación por activa; conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá la 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 resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

El ciudadano **ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR**, se encuentra habilitado para interponer la presente acción, toda vez que, conforme al Decreto-ley 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos fundamentales.

En cuanto la legitimación por pasiva; en virtud de lo dispuesto en los artículos 5° y 12° del Decreto 2591 de 1991, los accionados se encuentran legitimados como parte pasiva en la presente acción de tutela, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

b. Delimitación del caso, problema jurídico y aspectos a tratar.

De acuerdo con los fundamentos fácticos expuestos, corresponde a esta sede judicial determinar si la accionada COMPENSAR E.P.S., a través de la negativa del servicio de cuidador vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal del accionante ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR.

Así las cosas, ésta instancia deberá determinar, en primer lugar, si la presente acción de tutela es procedente conforme las reglas de la inmediatez y subsidiariedad, y de serlo, entrar a analizar, si las accionadas con su presunta conducta, desconocieron las garantías fundamentales invocadas por el accionante.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

La Alta Corporación ha planteado que las personas de la tercera edad *“tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado.”* La Corte ha basado tal

interpretación en el Artículo 46 de la Constitución, de conformidad con el cual *“el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.”* Agrega dicha norma que *“el Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”*

Para la Alta Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo.

DERECHO A LA VIDA

El derecho fundamental a la vida se encuentra estipulado en el artículo 11 de la Constitución Política, en cuyo desarrollo jurisprudencial, la H. Corte Constitucional ha determinado que “es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.”

En consonancia con lo anterior, que el derecho a la vida “no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna” por lo tanto, no solo transgrede el derecho a la vida las actuaciones u omisiones que ponen en riesgo la vida, sino también las situaciones que hacen la existencia insoportable.

INTEGRIDAD PERSONAL

El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones. En otra

definición se lee... *“El derecho a la integridad personal se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones”* .

c. Inmediatez de la Acción de Tutela

Para activar este mecanismo constitucional deberá existir un tiempo razonable entre los supuestos fácticos que motivan la interposición de la acción de tutela y su presentación, de tal forma que se evidencie la necesidad de una protección urgente por parte del juez constitucional.

En asunto bajo estudio, respecto del principio de inmediatez y conforme los lineamientos de la Alta Corporación en sentencia T-122 de 2021, para este estrado judicial está probado que la señor ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR es un sujeto de especial protección constitucional, pues es una persona de la tercera edad con complicaciones de salud, lo que de suyo implica que el estudio del requisito de la inmediatez deba ser flexibilizado.

d. Subsidiariedad de la acción de tutela

Por medio de la acción de tutela se busca brindar una protección efectiva, actual y expedita de las garantías fundamentales, en consecuencia, para su procedencia, debe verificarse que en el ordenamiento jurídico colombiano no existan otros mecanismos judiciales idóneos para la protección que se pretende, a menos que exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable, evento en el cual, procederá de manera transitoria.

Del estudio del caso en concreto, esta sede judicial reconoce la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud como mecanismo principal, sin embargo frente al caso en concreto, encuentra que la tutela procede excepcionalmente, ya que dadas las condiciones de salud del accionante se dificultó su desplazamiento ante la sede principal ubicada en la ciudad de Bogotá y evidencia la dificultad del mismo para adelantar un procedimiento vía internet.

d. Estudio del Caso en Concreto.

El accionante ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR en nombre propio, pretende a través del amparo constitucional se ordene a COMPENSAR E.P.S., asignar un CUIDADOR/ ENFERMERO que le colabore con sus actividades básicas 24 horas, resalta esta sede judicial que el mismo no cuenta con orden médica que prescriba lo solicitado.

Del estudio del caso en concreto y frente a las pretensiones del accionante, esta funcionaria en instancia constitucional negara el amparo frente a la eventual o presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida, a la salud e integridad personal, que se alega y afirma vulnerados por COMPENSAR E.P.S., en base a los siguientes argumentos.

La H. Corte Constitucional en Sentencia T-015 de 2021, ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, *la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio*

De la solicitud del accionante encuentra el despacho, no obra orden medica que determine la necesidad del servicio, y no logra probar el señor **ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR** carecer de los recursos económicos para costear lo solicitado, pues se tiene probado que su cónyuge **MARIA PATRICIA BOTERO HERRERA** se encuentra en estado activo y en calidad de cotizante respecto de su afiliación al sistema de salud y de la seguridad social, igualmente tampoco prueba que los parientes cercanos carezcan de los recursos económicos para ayudarlo, así las cosas, considera el despacho, que dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad se impone una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco que han de subsistir más allá de las desavenencias personales.

La sentencia T- 154 de 2014, ha señalado que *“la familia tiene obligaciones, tales como colaborar con la atención y cuidado de sus integrantes. Por tanto, en toda situación en la que se encuentre probada la capacidad económica de alguno de los miembros más cercanos al paciente, y en la que a éste le hubieren sido prescritos servicios o medicamentos NO-POS, el Estado no asumirá el costo de los mismos, ya que sus familiares son quienes deben sufragar los gastos virtud del principio de solidaridad. El Estado sólo se abrogará tales prestaciones en los casos en que el afiliado ni sus parientes cuenten con medios económicos para cancelar los servicios requeridos con necesidad”*.

Ahora bien, este sede judicial presume el principio de buena fe en las acciones constitucionales, sin embargo, no es menos cierto, que el actor no queda exonerado de probar los hechos, tanto que el juez de tutela no puede conceder la protección solicitada con fundamento en las afirmaciones del demandante, por consiguiente si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues esta no tiene justificación.

Evidencia el despacho, el accionante, hace parte de la población de vital protección, dada su edad y las diferentes afectaciones de salud que sufre en la actualidad, pero no es posible que por vía de la acción de tutela pretenda autorizar un servicio que solo le compete al Galeno de la Salud, sobre este punto, se torna obligatorio recordar lo expuesto por la Alta Corporación respecto del concepto de médico tratante y las facultades que tiene dentro del Sistema de Salud; así en Sentencia T-345 de 2013, la citada corporación señaló: *“...En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuando una persona requiere un procedimiento, tratamiento o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud, es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que él ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que este, es un profesional científicamente calificado, es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y es quien actúa en nombre de la entidad que presta el servicio...”*

Igualmente es importante resaltar que el cuidador no es un servicio de salud, por cuanto se trata del acompañamiento que hace una persona, que de entrada se debe acotar, no debe tener conocimientos profesionales técnicos, para cuidar a la persona que tiene algún tipo de dependencia funcional para desarrollar las actividades de la vida diaria, recalca esta operadora judicial, es el núcleo familiar del accionante quien tiene la obligación y deber de solidaridad frente a su cuidado y protección; el cuidado básico del paciente es responsabilidad de los miembros de la familia quienes deberán asumir las acciones necesarias para garantizar su protección, bienestar y calidad de vida, al respecto la Corte Constitucional ha establecido:

“...la asistencia que se predica de la familia respecto de sus miembros enfermos, debe ser establecida de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga. De este modo, ya sea que se trate de un paciente hospitalizado o de alguien que puede permanecer en su hogar, han de buscarse los medios adecuados para que, junto con la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir al proceso de alivio. Será entonces necesaria la coordinación de esfuerzos para que los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo.” “Desde esta perspectiva el juez constitucional que tenga que resolver idénticas situaciones como la reseñada debe lograr armonizar tanto la intervención del Estado, de los particulares y de la familia todo en aras de lograr la mejor opción para garantizar la efectividad de los derechos a la salud y a la vida del enfermo...”

Bajo los anteriores argumentos, esta sede judicial en instancia constitucional negará el amparo solicitado.

Por último, al no advertir vulneración alguna a los derechos invocados por el accionante por parte de COMPENSAR E.P.S., ADRES, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, se dispondrá su desvinculación del presente trámite.

VI. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

PRIMERO: PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela presentado por **ALBERTO FIGUEROA ESCOBAR** quien actúa en nombre propio y en contra de **COMPENSAR E.P.S.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a **COMPENSAR E.P.S., ADRES, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Si no fuere impugnado el fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Notifíquese a las partes esta determinación a través del correo electrónico del Despacho y a sus respectivas direcciones virtuales atendiendo a la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
ÁNGELA MARÍA PERDOMO CARVAJAL
Juez

Firmado Por:

Angela Maria Perdomo Carvajal
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Juzgado 001 Promiscuo Municipal
La Calera - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a4ba7f1adfcdbd71f654cb4a1ddebd282759d1e9c4eea013501d736e2b712a898

Documento generado en 03/11/2021 09:52:59 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>