



**JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA**

Bucaramanga, febrero ocho (08) de dos mil veintidós (2.022)

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO No. 680014105002-2022-00024-00

ACCIONANTE: LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR identificado con C.C 13.352.949

ACCIONADA: SANITAS EPS

VINCULADA: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en Derecho corresponda respecto a la **Acción de Tutela** instaurada por el señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, identificado con la C.C 13.352.949, actuando en nombre propio, en contra **SANITAS EPS** y la vinculada **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

2. HECHOS

Manifestó el accionante que se encuentra afiliado a **SANITAS EPS** y padece diabetes mellitus, ceguera de ambos ojos e hipertension esencial, además es paciente renal.

Indicó que debido a sus patologías requiere acompañamiento de enfermera para realizar insulino terapia y glucómetrias, razón por la cual procedió a instaurar acción de tutela de la cual tuvo conocimiento el Juzgado 16 Penal Municipal con Funciones de control de Garantías, el cual tuteló sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas y diagnóstico, ordenando al representante legal que procediera a programar y realizar “**JUNTA MÉDICA DE 5 ESPECIALISTAS EN TRABAJO SOCIAL**”, adscritos a la entidad para que fueran ellos, quienes determinaran conforme al diagnóstico actual y el estado de salud del accionante, si requería o no el servicio de **CUIDADOR DOMICILIARIO** o en su defecto **ENFERMERIA DOMICILIARIA**.

Informó que la EPS en su momento dando cumplimiento al fallo de tutela le realizó la junta médica con los especialistas los cuales indicaron que debía estar asistido por una enfermera.

Señaló que la EPS envió sin inconveniente alguno una enfermera a su lugar de residencia desde el mes de octubre del año 2019 hasta el 31 de diciembre de 2021, sin embargo, desde esa fecha la EPS no volvió a prestar el servicio, argumentando que ya se había cumplido el termino de dicha prestación.

Indicó que ante la negativa de seguir prestando el servicio decidió radicar incidente de desacato ante el Juzgado 16 Penal Municipal con Funciones de control de Garantías pero este decidió denegar la apertura de este argumentando lo siguiente:

“De lo anterior, se puede concluir, que como quiera que la orden dada por este Estrado Judicial fue programar y realizar “JUNTA MÉDICA DE 5 ESPECIALISTAS EN TRABAJO SOCIAL” y NO “ORDENAR EL SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA”, es que este despacho no puede considerar que exista incumplimiento alguno, pues pese a que el servicio de enfermería domiciliario haya sido suspendido al usuario, la orden de este emitida por este estrado judicial se dirigió exclusivamente a que se realizaran las gestiones pertinentes a efectos de determinar si el paciente requería o no tales servicios, sin llegar a ordenarse de forma directa lo considerado por el médico tratante, una vez se realizara el debido diagnóstico.

Por lo anterior, no puede considerar la suscrita que la suspensión del servicio de enfermería domiciliaria, este incumpliendo el fallo de tutela, pues este despacho ordenó fue la junta de especialistas para determinar el servicio requerido, situación que conforme a lo expuesto en el plenario se surtió a cabalidad. De allí, que la prestación del servicio de enfermería domiciliario no se encuentre amparados dentro de la protección del fallo constitucional, máxime cuando en este caso se negó la atención integral en salud y no existió impugnación alguna, es decir que a la fecha el fallo se encuentra en firme.

Bajo ese colofón, concluye el despacho que el servicio de enfermería que hoy en día alega y solicita el accionante no fue amparado en el fallo de tutela expedido el pasado 10 de septiembre del 2019.

En ese orden de ideas, este despacho procede a denegar la solicitud de iniciar incidente de desacato respecto al expediente 68001.40.88.016.2019.00133, advirtiéndole a su vez al accionante, que en todo caso de querer instaurar nuevamente incidente este despacho solo podrá pronunciarse de acuerdo a lo prescrito en la parte resolutive del fallo de tutela, esto es la JUNTA MEDICA DE 5

ESPECIALISTAS EN TRABAJO SOCIAL – la cual conforme a lo expuesto en el escrito de incidente, fue realizada toda vez que se procedió a determinar que el servicio de enfermería domiciliaria era el que requería el paciente -, pues esa fue la orden explícita otorgada el pasado 10 de septiembre del cursante y por la cual el despacho puede estudiar si existe o no incumplimiento por parte de la SANITAS E.P.S.”

Por último, solicita que se amparen sus derechos fundamentales ya que se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su edad y estado de salud, así mismo, informa que ni él ni su núcleo familiar cuenta con los recursos para pagarla asumir el pago de la enfermera.

3. PETICION

Tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar a SANITAS EPS (i) la prestación del servicio de enfermero domiciliario las 24 horas del día y (ii) una atención medica integral para las patologías que padece.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Una vez asumido el trámite se admitió la acción de tutela mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, corriéndose traslado a cada una de las accionadas a fin de que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación se pronunciara al respecto.

Contestación de las accionadas.

SUPERSALUD, allegó contestación oportuna y en su lugar solicitó que se desvincule de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad.

SANITAS EPS, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar manifestó al accionante se le han brindado todas las prestaciones médico - asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus médicos tratantes; indicó que el accionante fue valorado por medico domiciliario el pasado 14 de enero de 2022, quien durante valoración determinó el señor Luis Orlando Ramírez Villamizar, no tiene pertinencia del servicio de enfermería o cuidador *“usuario con red de apoyo e independiente para las actividades de la vida diaria”*; señaló que la atención de ejecutar actividades

básicas, no corresponde a las actividades que desempeña el personal técnico de enfermería, la atención de actividades básicas corresponde a un servicio de cuidador el cual puede ser brindado por la familia o a quien este designe; refirió que el servicio de cuidador no se encuentra dentro de las coberturas para la atención domiciliaria en el Plan de Beneficios en Salud; En relación con la pretensión de suministro de tratamiento integral, considera que no se puede presumir que en el futuro EPS Sanitas S.A.S., vulnerará o amenazará los derechos fundamentales del accionante, ya que la pretensión elevada es referente a hechos que no han ocurrido y se ignora si ocurrirán, razón por la cual, solicita la negación de dicha pretensión; por último, solicita que se ordene a ADRES que, con cargo a los recursos del sistema de salud, efectúe el pago correspondiente al servicio y/o tecnología No PBS que con ocasión de éste fallo deba suministrarse.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con 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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela ha sido concebida como un mecanismo preferente y sumario para la defensa inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, lo cual implica que su efectividad radica en la posibilidad de que el Juez, si encuentra que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien pide protección, imparta una orden para que aquel contra quien se intenta la acción actúe o se abstenga de hacerlo.

Corresponde al Despacho determinar si **SANITAS EPS** ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social del señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, al negarle la prestación del servicio de cuidador domiciliario, pese a ser una persona de la tercera edad que requiere cuidados permanentes y no contar con los medios económicos para solventar la prestación de ese servicio.

De la legitimación en la acción de tutela

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación

que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

De la legitimación del Juez de conocimiento para asumir el conocimiento de las diligencias.

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra **SANITAS EPS**, y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo 1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra esta entidad, siendo este Despacho competente para resolverla, teniendo en cuenta el domicilio del accionante y el lugar donde está ocurriendo la vulneración de los derechos de los cuales se invoca su protección.

De la legitimación por activa.

En el presente caso el señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, acude a solicitar la defensa de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, lo que deja en evidencia que se cumple el requisito de la legitimación por activa, al haberse interpuesto este mecanismo constitucional por el directo interesado, de conformidad con el Decreto 1983 de 2017 de Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000.

De la legitimación por pasiva.

La parte pasiva en el presente tramite se encuentra conformada por **SANITAS EPS**, de manera tal que al ser la directa responsable de la atención de la salud del accionante, se encuentra legitimada por pasiva para conocer de la acción de Tutela que nos ocupa, en aras de determinar si le asiste responsabilidad respecto de los derechos fundamentales de los cuales invoca su protección la parte actora.

De la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

El artículo 86 del Decreto 2591 de 1991 indica la naturaleza subsidiaria de la acción de Tutela, la cual procede por regla general solo cuando se han agotado los medios legales pertinentes.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en Sentencia C-132 de 2018, con Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ROJAS RIOS:

“El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

(...)

La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).¹

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben

ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Así las cosas, al encontrarnos frente al derecho fundamental a la salud, se torna comprensible que la parte actora hubiere acudido de forma primigenia a la acción de Tutela con miras a procurar la defensa de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta la presunta afectación al derecho fundamental a la salud y vida, ante la necesidad del servicio requerido por el paciente.

De la inmediatez en la acción de tutela

En Sentencia T-246 de 2015 Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ se analiza el criterio de inmediatez en la acción de tutela determinando lo siguiente:

*La Sentencia **SU-961 de 1999**¹ dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo...*

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto². Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

(...)

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual³.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.

(...)

*Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala Octava concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “...en algunos casos, **seis (6) meses** podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de **2 años** se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁴.*

Teniendo en cuenta que los hechos que afectan los derechos de los cuales invoca su protección el actor se mantienen vigentes, es evidente que si se cumple el requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela.

Marco Jurídico Internacional Del Derecho A La Salud

En el ámbito internacional, al Estado colombiano le asiste multiplicidad de obligaciones. Estas se derivan de los siguientes declaraciones y normas internacionales: en principio se encuentra la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 y en la que se definió la salud como un completo estado de bienestar y el goce al grado máximo como derecho fundamental sin discriminación y se señaló además que su contenido implica la lucha contra la desigualdad, el sano desarrollo de la infancia y una política de estado, que implemente medidas socio-sanitarias, de promoción y protección a la salud.

En segundo lugar, está la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que en su artículo 25 numeral 1, contempla que todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado en alimentación, vivienda, vestido, servicios sociales y de asistencia médica. También planteó que los principios rectores del derecho a la salud son la igualdad y la universalidad.

Asimismo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales, y Culturales (PIDESC), adoptado en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas e integrado a la legislación nacional mediante la Ley 74 de 1968, es la principal herramienta del derecho internacional del derecho fundamental a la salud, pues en dicha Ley estableció los compromisos estatales respecto a esta prerrogativa y se definieron como objetivos; la reducción de mortalidad infantil, el mejoramiento de higiene del trabajo y medio ambiente, la prevención y tratamiento de enfermedades y la asistencia médica y servicios.

En la misma línea se encuentra la Observación General 14 de agosto de 2000, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla el deber de los Estados Partes de garantizar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y establece la interdependencia del derecho a la salud con otros derechos humanos.

Es importante resaltar que en ella se crean para los estados partes tres tipos de obligaciones principalmente: **(i) el respeto**, que implica la abstención por parte del Estado de limitar el acceso universal y equitativo a bienes y servicios en salud; **(ii) la protección**, que consiste en garantizar el acceso igual a servicios previstos por el Estado y por terceros, la provisión de mecanismos judiciales para evitar y reparar las trasgresiones, entre otros y finalmente, **(iii) la satisfacción**, que conlleva el acceso igual a factores determinantes básicos de la salud, la disponibilidad equitativa de servicios en el territorio nacional y la adopción de medidas legislativa.

Marco Jurídico Regional En América Sobre El Derecho A La Salud

En el caso de América, se encuentran los siguientes instrumentos vinculantes para el Estado Colombiano: para comenzar, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en la que reconoce el derecho a la preservación de la salud, acompañado de medidas socio- sanitarias y destaca dentro de los derechos sociales la salud; en segundo lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, en ella el derecho a la salud se encuentra dentro del marco de compromisos de los Estados Parte de garantizar derechos derivados de las normas económicas, sociales y de educación contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, e igualmente se resalta, el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH, que consagra en su artículo 10 el derecho universal a la salud y establece medidas para su realización por los Estados Partes, con énfasis en la asistencia primaria.

Marco Jurídico Constitucional El Derecho A La Salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Superior y su desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política que señala: *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La Corte Constitucional ha desarrollado el derecho fundamental a la salud¹ y lo ha definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*². Es decir, este derecho comprende los aspectos biológico y mental del ser humano y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, puesto que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales³.

Es por lo anterior, que la Corte de manera reiterada ha establecido que *“las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación;*

¹ Ver sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynetti). Allí se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Se señaló que son derechos fundamentales: *“(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”*. La tesis del derecho a la salud como fundamental fue recopilada en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y considerablemente reiterada en sentencias como la T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentarías), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-321 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-311 y T-214 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Siva), entre otras.

² Ver sentencia T-355 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

³ Ver sentencia T-311 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad”⁴.

Insistente ha sido la jurisprudencia constitucional al establecer que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que necesite, independientemente de si ellos se encuentran o no en el plan de salud o si la entidad a la que corresponde su prestación o suministro cuenta o no con los mecanismos para ello⁵.

En razón a esto, el máximo tribunal constitucional ha establecido cuatro premisas de cuando resulta vulnerado el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico cuando no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud, estas son: **(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.**

Sentencia Estructural del Derecho a la Salud T-760 de 2008⁶ proferida por la Corte Constitucional

Esta sentencia de Tutela se refirió con suficiente claridad al carácter *ius fundamental* del derecho a la salud, al considerar que se trata de un derecho que garantiza o asegura la dignidad humana y que, por tanto, debe ser concebido como un estado completo de bienestar físico-mental y social del más alto nivel posible dentro de cada Estado, conforme al alcance fijado en los pactos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 de la Constitución.

Sin embargo, a propósito del reconocimiento de la fundamentalidad de ese derecho, también se señaló que ello no significa que todos los aspectos cobijados por éste sean objeto de la acción de tutela, como quiera que los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, que pueden ser limitados conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-152/14.

⁵ Sentencia T-760 de fecha 31 de Julio de 2008. M.P. : MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁶ Ibidem.

jurisprudencia constitucional. De modo, que la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.⁷

De ahí que en la sentencia T-1182/08⁸ se precisó que, cuando se pretende la inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud, únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Marco Jurídico Legal -Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el Derecho Fundamental a la Salud-

En su artículo 2 esta Ley estableció que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual. Además señala que éste derecho comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Así mismo determina, que el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

El servicio de cuidador y el deber de solidaridad. Reiteración de jurisprudencia

Sobre este particular, la Corte ha reiterado que:

“La reglamentación en materia de salud señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto); en este caso la Corte señaló que “(...) una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.”

⁸ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁹ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

Actualmente, el PBS está regulado íntegramente en las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017. La primera, establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, y la segunda, los procedimientos derivados de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación de Servicios Complementarios. Por tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

No obstante, la figura del cuidador no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en las mencionadas resoluciones, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de la figura del cuidador, que ha sido entendida como un “servicio o tecnología complementaria”. Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte en la Sentencia T-154 de 2014 indicó sus principales características en los siguientes términos:

“(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.”

Sobre el particular también señaló 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”.

Acto seguido, en la Sentencia T-096 de 2016 este Tribunal determinó que las funciones propias del cuidador “no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”.

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

Llegado a este punto, es debido destacar que tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata. En este sentido, la Sentencia T-220 de 2016 reiteró que:

“Dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más

próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales”.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia. Lo anterior derivado de la Sentencia T-096 de 2016 la cual recalcó que:

“el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”

De ahí que la sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

“(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 sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

Ahora, si bien esta Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

“Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el

núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado

Se subraya que para efectos de consolidar la ‘imposibilidad material’ referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni 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.”

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que este requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

En esa medida, infiere esta Corporación que existen dos niveles de solidaridad para con los enfermos: (i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente” (Subrayas y negrillas agregadas).

La capacidad económica del paciente.

Sobre la capacidad económica del paciente que acude a la acción de amparo con el fin de acceder a los servicios de salud requeridos se ha proferido amplia jurisprudencia¹⁰ sobre la información que en las EPS reposa y permite determinar la condición financiera de cada uno de los afiliados y si el mismo puede cubrir el costo de lo requerido, información que debe ser brindada al juez de tutela.

Así mismo, se ha establecido que la carga de la prueba se invierte cuando se trata de demostrar la situación financiera del accionante o el agenciado, es decir, deberá la entidad accionada probar que lo que establece el mismo no es cierto

¹⁰ Sentencias T-380 de 2015 y T-118 de 2011.

y que cuenta con la suficiente capacidad para sufragar lo requerido; ello dada la ausencia de tarifa legal para demostrar la falta de recursos económicos¹¹.

Dicho lo anterior, es la entidad accionada, en este caso la EPS, la responsable de controvertir con elementos de prueba la capacidad económica del accionante, demostrando la capacidad que este tiene de adquirir por cuenta propia lo que a través de acción de tutela pretende obtener.

6. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, pretende el accionante través de la presente acción de tutela que se ordene a las accionadas (i) la prestación del servicio de enfermero domiciliario las 24 horas del día y (ii) una atención médica integral para las patologías que padece.

Siendo así, una vez analizada en detalle la valoración realizada el día 14 de enero de 2022 por parte del equipo interdisciplinario, para el Despacho es claro que el accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de las patologías que padece (aseo personal, alimentación, soporte de desplazamiento, entre muchas más) siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino en el disfrute de una vida en condiciones dignas.

Si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, si se trata de unos que encajan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”.

Ahora bien, atendiendo reiteradas jurisprudencias resulta claro para este fallador que el servicio de cuidador se hace necesario cuando un paciente requiere ayuda para alimentarse, efectuar su aseo, ayudar con el desplazamiento, acompañamiento en el hogar o a terapias o procedimientos médicos, suministro de medicamentos orales, intradérmicos, entre otros; más este servicio en primera medida es de competencia de los familiares cercanos del paciente.

Sin embargo, dicha competencia no es exclusiva, puesto que puede ser asumido este servicio por cuenta de la EPS a la cual se encuentra afiliado siempre que se logre corroborar: 1) la necesidad y 2) Que los familiares se encuentran imposibilitados de prestar el servicio.

¹¹ Sentencias T-380 de 2015 y T-552 de 2017.

Indica la norma jurídica que existe imposibilidad material de dar cumplimiento al principio de solidaridad por el núcleo familiar cercano de una persona que necesita acompañamiento cuando: (i) no cuenta ni 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 cuanto al primero de los requisitos, este Juzgador encuentra acreditado que el señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR** tiene 61 años de edad y cuenta con condiciones de salud, que permiten tener certeza de la necesidad de atenciones especiales para él, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal, desplazamientos y compañía durante el día, los cuales resultan indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano.

Respecto al segundo de los requisitos, es decir la imposibilidad por parte de los familiares de brindar estos cuidados al accionante, este Despacho considera que el núcleo familiar no cuenta con la capacidad ni las condiciones para brindar los cuidados que requiere el accionante toda vez que (i) los hijos del señor Luis Orlando Ramírez Villamizar se encargan de satisfacer sus necesidades básicas y no cuentan con los recursos económicos para asumir el pago de un cuidador tiempo completo (ii) atender los cuidados de su progenitor, les implicaría no poder disponer de un ingreso económico para su propia subsistencia, el de su grupo familiar e incluso el del mismo accionante (iii) al tener que salir a laborar para obtener los recursos económicos para su subsistencia no existe una persona a la cual se pueda capacitar y entrenar en el cuidado de su progenitor (iv) el señor Luis Orlando Ramírez Villamizar no cuenta con bienes, renta, pensión ni percibe algún ingreso económico que le permita asumir por cuenta propia el servicio solicitado (v) la accionada no logra desvirtuar la manifestación realizada por parte del accionante respecto a la falta de capacidad económica del núcleo familiar para asumir la prestación del servicio de cuidador domiciliario.

En ese orden de ideas, considera el Despacho que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos referidos para que la obligación de procurar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado.

Ahora bien, en cuanto al alcance temporal de la prestación del servicio, este Juzgador considera pertinente que el servicio de cuidador debe brindarse por 12 horas diarias, tiempo suficiente para garantizar a los familiares del accionante una jornada laboral plena, una atención posterior a su entorno familiar y un tiempo de traslado y descanso. Ya que si bien es cierto, existe una obligación por parte de las entidades de salud respecto de la protección del accionante en las condiciones de vulnerabilidad, también resulta evidente que se debe proveer por parte de su núcleo familiar del cuidado, la protección y el afecto en condiciones adecuadas, le garanticen al accionante de las condiciones mínimas de protección por parte de los familiares, que le materialicen las condiciones necesarias en términos de dignidad humana.

De acuerdo a lo anterior, se tutelarán los derechos conculcados y se ordenará a la accionada SANITAS EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre en favor del señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, identificado con la C.C 13.352.949, el servicio de cuidador domiciliario **por doce (12) horas diarias**, a fin de atender todas las necesidades básicas que no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan.

En cuanto a la pretensión de suministro de tratamiento integral, y pese a que se trata de una persona con múltiples enfermedades, no se concederá, bajo el entendido que no se aprecia en el material probatorio ni tampoco se manifestó por parte del accionante que se haya dado de forma reiterada un incumplimiento por parte de la EPS en la atención a la salud que conlleve a este fallador a considerar alta mente probable que ello vuelva a darse en eventos futuros.

Finalmente, se advertirá a la EPS, frente a la solicitud de recobro por la prestación del servicio, que será de su resorte el agotamiento de dicho procedimiento ante la entidad respectiva y según las normas que regulan la materia, pues dicho asunto escapa a la órbita del juez constitucional, quien se debe ocupar únicamente de proteger los derechos fundamentales del accionante y, no de eventuales y futuros traumatismos en el recobro por parte de la segunda a la primera de servicios médicos y hospitalarios.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA**—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

7. RESUELVE:

PRIMERO. - **TUTELAR** los derechos a a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social del señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, identificado con

la C.C 13.352.949, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - **ORDENAR** a **SANITAS EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre en favor del señor **LUIS ORLANDO RAMIREZ VILLAMIZAR**, identificado con la C.C 13.352.949, el servicio de cuidador domiciliario **por doce (12) horas diarias**, a fin de atender todas las necesidades básicas que no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan.

TERCERO: NEGAR la garantía de un tratamiento integral de salud conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO. - **NOTIFICAR** esta providencia al tutelante en forma personal y en su defecto a más tardar el día siguiente mediante oficio; y al ente accionado a más tardar al día siguiente mediante oficio, y si no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El Juez,

CRISTIAN ALEXANDER GARZÓN DÍAZ

Firmado Por:

Cristian Alexander Garzon Diaz

Juez

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 02

Bucaramanga - Santander

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:

fec09bb3ac04652a6c15917dd587b22b7a33f8e5968d4514b83b0e288746b5f4

Documento generado en 08/02/2022 03:46:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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