

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.), primero (1) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 47
Rad. 76-248-40-89-002-2022-00363-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el recurso de **IMPUGNACIÓN** presentado por la parte accionada NUEVA EPS, **contra** la **sentencia No. 129 del 28 de julio de 2022**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Cerrito, (V.)**, formulada por la señora **NOHELIA ESCANDÓN TENORIO** identificada con la cédula de ciudadanía **No. 66.651.009** de El Cerrito Valle, como agente oficiosa de su madre **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** identificada con cedula de ciudadanía **No. 29.530.088** de Ginebra, Valle, radicado **2022-00363-01**.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, seguridad social, igualdad de sus agenciados.

ANTECEDENTES EXPEDIENTE

Expresó la hija y agente oficiosa de la señora **ALBA MARÍA TENORIO de ESCANDÓN** que su madre tiene 87 años, y presente "SECUELAS NEUROLÓGICAS A UN ACV (2021) - DISFAGIA- HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA - HEMATOMA GANGLIO BASAL IZQUIERDO CON VOLCAMIENTO VENTRÍCULO 3 Y 4- TRASTORNO HIDROELECTROLÍTICO RESUELTO - HIPOCALCEMIA LEVE RESUELTA, POSTRACIÓN SIN CONTROL DE TRONCO, INCONTINENCIA MIXTA".

Dice que, en su historia clínica se estableció que, por su dependencia total de un familiar para sus actividades cotidianas, se debe continuar con TERAPIA FÍSICA Y FONOAUDIOLOGÍA, VALORACIÓN POR NUTRICIÓN, HOME CARE, dado que REQUIERE CUIDADOR EFECTIVO PERMANENTE, FAMILIAR DESCRIBE AGOTAMIENTO CRÓNICO, y SOLICITA ABORDAJE POR TRABAJO SOCIAL.

Aduce la actora que, ha dedicado gran parte de su vida a brindar los cuidados necesarios a su madre, pero su economía depende de vender revistas, postres y todo lo que pueda vender, e indica que, vive solo con su madre y hermana, quienes también son de avanzada edad. Además, informa que su hermana está sufriendo quebrantos de salud mental y no puede dejarla al cuidado de su madre.

Por lo anterior, considera necesario que se autorice a su progenitora un cuidador ya que sufragarlo los gastos por sus propios medios pues no perciben pensión alguna, y aunque tiene hermanos, cada uno tiene sus propias obligaciones y pide se tutelen los derechos fundamentales y se ordene a la NUEVA EPS, autorizar servicio de cuidador y el servicio de salud de forma integral.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

La **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA** dijo a ítem 05 que con sujeción a la Ley 100 de 1993 es deber de la EPS prestar el servicio de salud a sus afiliados, por lo que indicó que la EPS es quien debe autorizar y garantizar el acceso oportuno a los servicios de salud que requiere la paciente, por lo que solicitó desvincular a la Secretaría.

ADRES (ítem 06) indicó no ha vulnerado ningún derecho a la paciente, anotando que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que se debe negar la tutela respecto de ADRES por cuanto lo pedido es responsabilidad únicamente de la EPS.

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** indicó a ítem 07, cdno 1 del expediente, que se configura falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la violación de derechos no deviene de esa entidad. Expuso la normatividad existente respecto al caso de la accionante y finalizó pidiendo la desvinculación por falta de legitimación.

A ítem 08 el **MINISTERIO DE SALUD** contestó que no se legitima en la causa dado que no es responsable directo por la prestación de servicios de salud, sobre la prescripción de servicios excluidos del PBS, dijo que pueden ser cubiertos con recursos del UPC, y finalizó diciendo que se debe exonerar del trámite.

La **NUEVA EPS** alegó a ítem 10 que, el SERVICIO DE CUIDADOR no cuenta con orden médica, que la usuaria fue valorado en febrero y se indica que no cuenta con criterio médico para servicio de enfermería y/o cuidador, dijo que el servicio de enfermería se propone asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y el de cuidador, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas y en virtud del principio de solidaridad, este apoyo puede ser brindado por familiares, por lo que solicitó NEGAR la prestación del servicio de cuidador toda vez que el mismo debe ser prestado por el núcleo familiar de la parte actora.

EL FALLO RECURRIDO

El Juez Segundo Promiscuo Municipal de El Cerrito, decidió tutelar los derechos fundamentales invocados en favor de la señora **ALBA MARÍA TENORIO de ESCANDÓN** al considerar que por su edad es sujetos de especial protección y con la omisión de la accionada se le ha vulnerado su derecho a la salud, por lo que emitió orden a la EPS para que autorice el SERVICIO DE CUIDADOR PRIMARIO (DOMICILIARIO Y PERMANENTE) negando el tratamiento integral solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

La **NUEVA PS impugnó** el fallo, fundamentando que no comparte lo dispuesto por el despacho de primera instancia, dado que se ordenaron insumos, medicamentos y/o servicios no incluidos en el PBS, por tanto, solicitó la revocatoria de la sentencia que se revisa.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Por activa se cumple en **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** quienes por razón de su calidad de ser humano es titular

de los derechos invocados. Por pasiva lo está NUEVA EPS, como la entidad prestadora de servicios de salud de la agenciada.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1382 de 2000.

DE LA AGENCIA OFICIOSA: Como quiera que la señora **NOHELIA ESCANDÓN TENORIO** indica que instauró la presente acción en representación y como agente oficioso de **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN**, quien tiene **87 años de edad**, y según reporta su historia clínica, se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta y disminuida físicamente, es por lo que resulta comprensible y aceptable el ejercicio de la agencia oficiosa dentro del presente asunto dada la edad y disminución de las condiciones físicas de la mencionada paciente, quien se encuentra en ostensible situación de vulnerabilidad, es decir se ajusta ello a lo previsto en el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 y se cumple el requisito previsto por la Corte Constitucional en su sentencia T-248 de 2005.

LA TUTELA CONTRA PARTICULARES. Tiene la acción constitucional de tutela como finalidad, la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales de carácter constitucional, contra su amenaza por acción u omisión de cualquier entidad, pública o privada, y su procedencia contra particulares que tengan a su cargo la prestación de un servicio público. De acuerdo con el precedente constitucional¹, *"la acción de tutela procede contra particulares cuando: (i) prestan un servicio público; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. Mientras que el primer supuesto es objetivo, los otros dos, requieren de valoración fáctica en cada caso, sin olvidar la relación existente entre las partes"*. Enfocados en los asuntos, estamos frente al primero de los eventos antes mencionados, ahora es preciso avocar ambos asuntos de fondo.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: El debate se centra en determinar ¿Si el proceder omisivo de la NUEVA EPS lesiona los derechos fundamentales invocados por la accionante? si es procedente por este medio amparar los derechos fundamentales invocados en favor de la señora **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN?** y por ende se debe determinar si se debe revocar la providencia de primera instancia? Ante

¹ Sentencia T-012 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Sentencias T-767 de 2001, T-1217 de 2008 y T-735 de 2010.

lo cual se contesta desde ya en sentido afirmativo a las primeras dos preguntas y en sentido negativo a la última de ellas, por las siguientes razones:

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de Colombia, el Estado tiene la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física, económica o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta³. Por su parte, la jurisprudencia constitucional dando aplicación a los postulados superiores que imponen al Estado una especial protección a favor de las personas discapacitadas, indica que los sujetos que padecen de alguna limitante física o psicológica son sujetos que se encuentran en las mismas condiciones que el resto de las personas para vivir en comunidad.

A este respecto, ha dicho la Corte: *"El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social. "Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13)."*⁴

En síntesis, según la Corte estos pacientes tienen el total derecho a que las entidades, garantes de la prestación del servicio público de salud, **les generen un tratamiento integral durante la etapa preventiva de una enfermedad**, en el **transcurso de esta, y hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud** cuando ello fuere posible todo ello acorde con el **principio de integralidad** consagrado en la Ley 100 de 1993.

³ Artículo 13 de la Constitución Política.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995.

De igual manera, dicha Corte plantea que nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado (entiéndase en este evento a través de la administración de Justicia) debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad y de protección especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de **debilidad manifiesta**⁵, como ocurre en este caso, pues: la señora **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** es una persona adulta de 87 años de edad, por ende persona de la tercera edad al tenor de la ley 1276 del 2009⁶, artículo 7, literal b, con derecho a una protección prevalente, y quien conforme la historia clínica allegada en copias a folio 11 ítem 01, presenta diagnóstico de **SECUELAS NEUROLÓGICAS A UN ACV (2021) - DISFAGIA- HIPERTENSIÓN ARTERIAL CRÓNICA - HEMATOMA GANGLIO BASAL IZQUIERDO CON VOLCAMIENTO VENTRÍCULO 3 Y 4- TRASTORNO HIDROELECTROLÍTICO RESUELTO -HIPOCALCEMIA LEVE RESUELTA. SECUELAS: POSTRACIÓN SIN CONTROL DE TRONCO, INCONTINENCIA MIXTA**, lo que por sí mismo permite asumir que se encuentra en **condiciones de debilidad manifiesta, y por ende resulta ser sujeto de especial protección constitucional reforzada**.

Ahora bien, es necesario recordar las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las que encontramos el **carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud** y la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional⁷, elemento este último que es pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que la señora Tenorio de Escandón requiere un servicio, para continuar su tratamiento por padecer las enfermedades antes referidas y por el desgaste de la edad de los años vividos.

Al respecto, la Corte ha manifestado: *"Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran"*⁸

No sobra recordar que entre los grupos de personas que la mencionada Corte ha tenido a bien asumir como población vulnerable, tenemos **las mujeres**⁹, los menores

⁵ C. P. art. 13.

⁶ A través de la cual se modifica la ley 687 del 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T- 898 de 2010.

⁸ Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Sentencia T 434 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

de edad¹⁰, **los adultos mayores**¹¹, los pacientes de **enfermedades de alto costo** o ruinosas¹², a quienes se les debe dar una protección mayor que al común de los congéneres en orden a superar tal estado de desigualdad y debilidad. También cabe resaltar con relación al presente asunto que **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** resultan ser persona vulnerable, por ser mujer y por razón de su edad - 87 años-, su condición económica pues según reportó la agente oficiosa si bien está pensionada, su pensión asciende a un salario mínimo, y por las enfermedades que padece ya mencionadas en precedencia, ostentando una protección prevalente.

Ahora obsérvese que, lo acá solicitado para la señora **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** es el SERVICIO DE CUIDADOR, el cual considera requiere por su edad y por las enfermedades que presenta su progenitora, ante lo cual, considera esta judicatura que i. si bien no existe una orden médica que determine su necesidad, en su historia clínica a ítem 01 folio 15, se dice que **requiere atención de cuidador**, se refiere a la familia, pues se especificó que, ii. aunque la agenciada cuenta con varios hijos, que viven con ella, se refiere que una padece inicios de demencia por lo que no es apta para cuidarla y la acá accionante si bien hasta ahora se ha ocupado de sus cuidados básicos, refiere cansancio crónico y dolores, además de ostentar 60 años, iii. Y que, si bien la agenciada es una mujer que recibe un ingreso mensual con lo cual puede atender sus necesidades básicas, según se reporta recibe una mesada mínima con el cual deben cubrir los gastos básicos, comida y medicinas.

Al respecto, la Corte Constitucional¹³ consideró que la solicitud del SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE, mediante una acción constitucional, resulta improcedente por cuanto el cuidado domiciliario de la paciente representa una carga soportable para sus **familiares**, y sistematizó las características de los cuidadores de la siguiente manera:

(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.

¹⁰ Sentencia T-133 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Sentencia T 239 de 2015 M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez. De acuerdo con la ley 1276 de 2009, art. 7 literal b, en Colombia se es adulto mayor a partir de los 60 años de edad.

¹² Sentencia T-898 de 2010

¹³ Sentencia T-220/16 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

También cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-888/07 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO) ha tenido a bien admitir que por orden de tutela se imponga una carga a las EPS cuando quiera que: **i)** el paciente los requiera, **ii)** no sean sustituibles por otro suministro idóneo, **iii) el paciente no tenga la capacidad para adquirirlos,** **iv)** no estén incluidos en el POS, no obstante en este expediente no se probó tal situación.

En esa línea de ideas, y conforme lo manifestado es posible pensar que si la señora ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN no puede valerse por sí misma, como lo reporta su historia clínica allegada en copias, y como lo indicó su hija accionante depende de un tercero para realizar cualquier actividad, pues se encuentra limitada en su capacidad física, y que si bien a la fecha su hija se ha ocupado de atenderla, lo cierto es que se trata de una mujer de 60 años que a la fecha presenta CANSANCIO CRÓNICO y que si bien su madre es pensionada, su mesada asciende un mínimo con el cual cubren sus gastos básicos lo cual da cuenta que no pueden cubrir de su propio peculio una persona que atienda las necesidades básicas de la señora agenciada.

Por eso se encuentra fundamento para asumir una vulneración de derechos de parte de la NUEVA EPS, y conceder el amparo solicitado, por lo cual habrá de confirmarse la tutela impugnada respecto de la orden del cuidador.

En lo atinente la negación de la integralidad solicitada concuerda el despacho con lo decidido, como quiera que, la actora ya había presentado otra tutela ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Cali donde se consideró que no existía órdenes y se dispuso una valoración de la agenciada y en consecuencia los insumos y atención que de allí se derivaran, por lo que, la existencia de otra acción constitucional que ordene algo que ya se había ordenado con anterioridad no sale adelante, por lo que se debe confirmar el fallo de primera instancia.

Con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **sentencia No. 129 del 28 de julio de 2022** proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Cerrito, (V.)** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada mediante agente oficiosa por la señora **ALBA MARÍA TENORIO DE ESCANDÓN** identificada con cedula de ciudadanía **No. 29.530.088** de Ginebra, Valle **contra** la **ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD NUEVA EPS por lo expuesto en precedencia.**

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

TERCERO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:

Luz Amelia Bastidas Segura

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Palmira - Valle Del Cauca

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: **1b4befc3dd714a55c2780e533009df1eb5b8f8ad76d26a06aea3c8049441c3c0**

Documento generado en 01/09/2022 04:25:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>