



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN MARTÍN-CESAR
Correo Electrónico J01prmpalsanmarti@Cendoj.Ramajudicial.Gov.Co

SAN MARTIN-CESAR, TRECE (13) DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRES (2023).

ASUNTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	YURY TATIANA LLANOS BARBOSA
ACCIONADO	ASMET SALUD EPS
RADICADO	20 77 004 89 001 2023 00406 00
DECISIÓN	CONCEDE PARCIALMENTE

ASUNTO:

Entra este Juzgado a proferir el fallo de tutela que en derecho corresponda dentro de la presente acción impetrada por YURY TATIANA LLANOS BARBOSA en contra ASMET SALUD EPS por violación a los derechos fundamentales de salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

HECHOS ACCIONANTE:

La accionante actuando en calidad de agente oficiosa del señor Carlos Llanos Calderón quien tiene 76 años de edad, indica que su padre se encuentra con una discapacidad permanente debido a una amputación transfemoral (izquierda) y su estado de obesidad han causado un gran deterioro en su salud.

En virtud de lo anterior, señala que el señor Carlos Llanos requiere un auxiliar de enfermería de manera permanente, debido que no puede valerse por si solo y necesita de cuidados especiales, atendiendo que su familia es de escasos recursos y tienen que trabajar.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados solicito a la señora Juez disponer y ordenar a la parte accionada y a mi favor, lo siguiente:

1. Solicita se proteja los derechos fundamentales de salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.
2. Se ordene a la EPS ASMET SALUD visita domiciliaria por medicina general una vez al mes.

3. Se ordene a la EPS ASMET SALUD cuidador y/o auxiliar de enfermería domiciliario 12 horas permanente nocturnas y que sus honorarios sean cancelados por la EPS, así mismo los medicamentos no pos y ensures.

ACTUACIÓN PROCESAL

En auto del 06 de diciembre de 2023, se admitió la acción de tutela, presentada por YURY TATIANA LLANOS BARBOSA, en contra de la EPS ASMET SALUD, así mismo se procedió a la vinculación de la secretaria de salud departamental del cesar, adres, superintendencia de salud, los cuales fueron notificados por vía correo electrónico, frente a la demanda constitucional se pronuncio al respecto:

CONTESTACIÓN

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

Indica que, frente a la vinculación de La Superintendencia Nacional De Salud, al trámite de acción de tutela de la referencia, encuentro preciso indicar que resulta improcedente, lo anterior teniendo en cuenta que, una vez analizada la presente acción de tutela y las manifestaciones realizadas en el escrito de tutela por YURY TATIANA LLANOS BARBOSA agente oficiosa de CARLOS LLANOS CALDERON, es viable considerar que el derecho solo se viola o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones y la situación materia de amparo judicial, situación que no se ha presentado entre el accionante y La Superintendencia Nacional De Salud, de manera que se evidencia que esta entidad no ha infringido los derechos fundamentales aquí deprecados a YURY TATIANA LLANOS BARBOSA agente oficiosa de CARLOS LLANOS CALDERON.

ASMET SALUD E.P.S S.A.S

A través del interventor dan contestación a los hechos esbozados por la accionante, en que indica que en el traslado de la demanda constitucional no se observa orden médica que ordene la necesidad del SUPLEMENTO ENSURES Y MEDICAMENTOS NO PBS, tampoco se relaciona dentro del pliego de pruebas y anexos del escrito de tutela, relación de la historia clínica que fundamenten los servicios médicos presuntamente requeridos por el usuario, lo que nos conlleva a inferir la no existencia necesidad del servicio.

Referente al servicio de CUIDADOR Y/O AUXILIAR DE ENFERMERIA 12 HORAS, respetuosamente nos permitimos informar que el CUIDADOR es una exclusión del PBS, Bajo ese entendido, en aras de garantizar acceso a los servicios de salud a favor del señor CARLOS LLANOS CALDERON y dada a la falta de ordenes medicas ante el servicio deprecado, ASMET SALUD EPS SAS, como puerta de entrada procede a gestionar cita médica con medicina general domiciliaria, para que de conformidad

al estado padecido por parte del usuario se determine o no la viabilidad de los servicios anteriormente mencionado. El cual quedo programada la cita medica para 17 de diciembre de 2023 a las 7:00 a.m. con el doctor Juan David Olarte, IPS Marfi.

ADRES

De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, 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, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

A su vez frente al recobro indica que la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Lo anterior significa que la ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios “no incluidos” en los recursos de la UPC y así, suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos para asegurar la disponibilidad de éstos cuyo propósito es garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Por lo que solicita DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional. Adicionalmente, se implora NEGAR cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

I. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer la acción de conformidad con lo establecido el Art. 86 de la C.N. y el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

II. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Por activa El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que *“(...) 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 asu nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales(...)”*.

por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo *“procede contra toda acción u omisión de las autoridades”*, si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificarsi las entidades presuntamente trasgresoras de las prerrogativas de un individuo tienen la *“aptitud legal”* para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso.

III. SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ

Subsidiariedad. Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos *per se* por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio.

El principio de subsidiaridad se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial *“porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante”*.

Inmediatez respecto de la oportunidad para su presentación, la corte constitucional ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales.

IV. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si en el caso del agenciado quien es mayor de edad y discapacitado es procedente, por vía de tutela, ordenar al accionado que le sea autorizado el auxiliar de enfermería o cuidador.

V. REFERENTE NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA DECISIÓN.

La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando se acredita que están siendo lesionados o amenazados por actuaciones u omisiones de una autoridad pública, o inclusive de un particular que esté encargado de la prestación de un servicio público o respecto del cual el accionante se encuentre en condiciones de subordinación o indefensión. Se trata de un mecanismo excepcional y subsidiario que solo procede a falta de otros medios de amparo de los derechos, o cuando a pesar de la existencia de estos se necesita una protección actual, inmediata y efectiva de los mismos.

La especial protección constitucional de los adultos mayores y la protección por vía de tutela de su derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

Del mandato constitucional contenido en el inciso 2º del artículo 46 de la Carta, se desprende la obligación del Estado de garantizar los servicios de seguridad social integral a los adultos mayores, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud, a modo de salvaguarda especial de derechos prestacionales que permitan el adecuado ejercicio de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana, en vista de las especiales condiciones en que se encuentran sus titulares. La Corte Constitucional ha sostenido que “[el] derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”. En reciente sentencia, esta Corte señaló que “el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma [cuando] se trata de un adulto mayor que goza de una protección reforzada a partir de lo señalado en la Constitución Política y en tratados internacionales”. Así, ante la omisión de las autoridades públicas, la falta de atención médica o la prestación indebida del servicio de salud que implique grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión - como la falta de capacidad económica-, el padecimiento de una enfermedad catastrófica y el riesgo de afectación de la vida digna son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo.

Del servicio de cuidador y enfermera

La Corte Constitucional al analizar el alcance del derecho a la salud y su estrecha relación con el goce de otros derechos, como el de la vida y el de la dignidad humana, incluyendo el servicio del cuidador en sentencia T-065 de 2018, señaló:

“... No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud...”

Frente a la obligación de suministrar el cuidador, así como la obligación del suministro del servicio de auxiliar de enfermería y la entidad que debe asumir el costo de estos servicios, el Alto Tribunal Constitucional señaló en sentencia T-414 de 2016:

“Aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de CUIDADOR, se han contemplado circunstancias excepcionálísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del CUIDADOR como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado en cabeza de la E.P.S. quien deba asumir la prestación de dicho servicio. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de CUIDADOR, se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado...”

para dar solución al caso, la Sala reiteró que el servicio de enfermería domiciliaria “es un servicio incluido en el plan de beneficios en salud que debe ser asumido por las EPS siempre:

- i. Que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente.
- ii. Que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de

solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad.

VI. CASO CONCRETO

La solución que se aviene al problema jurídico planteado es que la entidad accionada vulneró el derecho a la salud del accionante al no suministrar un auxiliar de enfermería o cuidador, así como medicamentos no pos y ensures.

Frente a los medicamentos aducidos, no se observa orden médica, por lo cual el Despacho se abstendrá a ordenar lo petitionado, ahora bien, frente a la cita médica, la EPS se dispuso a agendar dicha cita médica domiciliaria con medicina general para el 17 de diciembre a las 7:00 a.m. por lo cual en este sentido la EPS no se ha negado a brindar los servicios médicos requeridos.

No obstante, frente al servicio de enfermería o cuidador solicitado, el despacho advierte que existe una orden medica por el médico tratante donde se indica como plan de manejo *“se solicita cuidador para paciente con dependencia funcional total, debido que se encuentra en contexto de salud y familiar que impide el mantenimiento de salud adecuado para el paciente”* expedida el 01 de diciembre de 2023.

En virtud de lo anterior, para el Despacho es claro que siendo el servicio de enfermería una atención médica que se expide ante la necesidad evidenciada por el galeno tratante de otorgar servicios especializados y calificados por parte de un profesional y, así, conferir un tratamiento en salud específico, resulta diáfano que se trata de una prestación que requiere necesariamente del aval del médico tratante y que no puede ser autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que éste termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

Ahora, en relación con la figura del cuidador, entendida como aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como servicio médico o de la salud propiamente dicho, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado.

Lo anterior, como quiera que se busca garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, entendiendo que el mismo no busca mejorar por tratamiento alguno la patología que lo afecta, sin embargo, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva supervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una

afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

Visto lo anterior, se encuentra que en razón a la interpretación dada por la Corte Constitucional a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

Sin embargo, es necesario poner de presente que antes de tratarse de una obligación que deba ser asumida por el Estado, los primeros llamados a arrogarse dicha carga es la familia de quien requiere este modelo de atención, ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos, entendiendo la familia como institución básica de la sociedad, que conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En virtud de lo anterior, 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.

Hechas las anteriores precisiones, encuentra esta Sala que el señor Carlos Llanos Calderón acudió a la presente acción constitucional a través de agente oficiosa a fin de que la ASMET SALUD EPS suministre el servicio de enfermera o cuidador durante 12 horas, de forma permanente, lo anterior en virtud de su edad 76 años y la discapacidad que padece y la patología que lo acompañan según consta en su historia clínica.

Es por ello que en este caso, atendiendo la edad del accionante (76 años), y la discapacidad, lo cual la convierte en un sujeto de especial protección constitucional, aunado a la patologías conforme obra en la historia clínica, encuentra este Despacho que se hace necesario que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado el señor Carlos Llanos Calderón, lo anterior en cuanto no puede desconocerse que en efecto requiere de atenciones especiales que, si bien no demandan de los servicios de un profesional de la salud, no tiene la posibilidad de recibir por parte de su núcleo familiar pues solo convive con su hija y esta debe trabajar además que no cuentan con la capacidad económica para cubrir el gasto que demanda el servicio de cuidador; afirmaciones éstas que no fueron desvirtuadas por la parte accionada. Por lo que el Despacho accederá en este sentido y se negará las pretensiones frente a los

medicamentos no pos, ensures y cita médica domiciliaria de acuerdo a lo mencionado anteriormente.

Por lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Martin-Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER parcialmente los derechos invocados por Yury Tatiana Llanos Calderón agente oficiosa de Carlos Llanos Calderón en contra de Asmet Salud EPS, de acuerdo a la parte motiva.

SEGUNDO: Se ordene a Asmet Salud EPS en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente proveído proceda a autorizar y suministrar al Carlos Llanos Calderón el SERVICIO DE CUIDADOR, durante 12 horas, dadas las necesidades expuestas por la parte actora.

TERCERO: Negar medicamentos no pos y ensure, de acuerdo que no existe prescripción médica, y en cuanto a la cita médica domiciliaria con médico general se niega como quiera que ya se encuentra ordenada y agendada por la EPS.

CUARTO: Desvincular de la presente acción constitucional a la secretaria de salud departamental del cesar, adres, superintendencia de salud.

QUINTO: NOTIFICAR el presente proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: En el evento que no fuere impugnada la decisión, REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CATALINA PINEDA ALVAREZ.
JUEZ