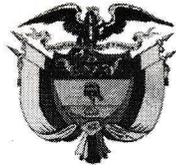


REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE LÉRIDA –
TOLIMA**

Lérida, Seis (6) de Octubre de Dos Mil Veinte (2020)

Providencia: Sentencia.
Proceso: Acción de Tutela.
Radicación: 73408-40-89-001-2020-00118-00
Accionante: Alba Orjuela en representación de su señora madre María del Carmen Orjuela
Accionado: La Nueva EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima.

Tema a Tratar: **Del Derecho a la Salud y Seguridad Social:** El Derecho a la Salud invocado, se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado y que en Colombia se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El Derecho a la Seguridad Social, dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se le confiere el carácter de servicio público obligatorio y de derecho irrenunciable de todos los colombianos, correspondiendo al Estado su dirección, coordinación y control al igual que garantizar su efectiva realización y la ampliación de su cobertura.

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela interpuesta por **Alba Orjuela** en representación de su señora madre **María del Carmen Orjuela** contra **La Nueva EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima**.

II. ANTECEDENTES:

Alba Orjuela en representación de su señora madre **María del Carmen Orjuela** promovió la presente Acción de Tutela contra **La Nueva EPS. y la Secretaría de Salud Departamental del Tolima** a fin de obtener las siguientes

III. PRETENSIONES:

Que se le proteja el derecho fundamental a la Salud, Derecho a la Vida Digna en favor de su señora madre.

Y, que en consecuencia se le ordene a la E.P.S. accionada el servicio de cuidadora durante 12 horas diarias en su domicilio y que fuera ordenada por su medico tratante.

IV. HECHOS:

Indica la accionante que su señora madre **María del Carmen Orjuela** hace aproximadamente 17 meses sufrió una trombosis cerebral que la dejó en estado de inconciencia e indefensión.

Continúa relatando que la atención primaria durante las 24 horas del día se la están brindando sus hijos, pero que ninguno tiene las capacidades ni formación para tal función, ya que se le debe suministrar medicamentos, controlar la temperatura, glicemia, ritmo cardiaco, cambio de posición pro escaras, asearla, vestirla, alimentarla y terapias de fisioterapia.

Que por lo anterior el médico tratante le ordenó una cuidadora para la atención que requiere el cual fue suministrado por la E.P.S. por algunos días, sin embargo, se le retiró y a la fecha a pesar de múltiples solicitudes, la E.P.S. no ha suministrado el servicio de cuidadora por 12 horas diarias que le ordenó el médico tratante.

V. TRÁMITE PROCESAL:

Correspondió por reparto a este Juzgado el trámite de la presente acción, admitida mediante proveído del Veintiocho (28) de Septiembre de dos mil veinte (2020), corriéndosele traslado a la parte accionada para que se pronunciara sobre los hechos vulnerantes alegados en su contra:

LA NUEVA E.P.S. a pesar de haber sido notificada del inicio y trámite de la presente acción en su contra, tanto en correo físico como electrónico, guardó absoluto silencio y no se pronunció frente a los hechos vulnerantes alegados.

De igual forma, **La Secretaría de Salud Departamental del Tolima**, tampoco se pronunció respecto de los hechos objeto de la presente acción de tutela.

VI. DE LA PRIMERA INSTANCIA:

Adelantado el trámite de la acción y estando el despacho dentro del término para decidir, se procede a resolverla luego de las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES:

1. De los Presupuestos Procesales de la Acción:

No se observa causal de nulidad que invalidare lo actuado, encontrándose acreditados los presupuestos de la acción, pues es este despacho competente para resolver la presente acción, y la misma cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

2.- De la Agencia Oficiosa:

Frente a la agencia oficiosa en la acción de tutela, la Corte Constitucional ha reiterado en repetidas ocasiones que *“no se pueden agenciar derechos ajenos, en materia de tutela, cuando no se demuestra la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su protección”*. Es decir, los elementos indispensables de la agencia oficiosa en materia de tutela son *“(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal; (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio”*.

En esta oportunidad, **Alba Orjuela** actúa en representación de - **María del Carmen Orjuela** - quien es una paciente de 79 años de edad, quien padece de secuelas de accidente cerebrovascular, hemiplejía, hipertensión esencial, diabetes mellitus, incontinencia urinaria, incontinencia fecal y síndrome del colon irritable con diarrea, según historia clínica. Con base en lo anterior, es clara la procedencia de la agencia oficiosa adelantada por la actora a favor de su representada, debido a que es precisamente la tutelante quien está a cargo de su señora madre y a las condiciones físicas y mentales de este último, por consiguiente es procedente entrar a analizar los hechos alegados como vulnerantes.

3. Problemas Jurídicos:

¿Se vulnera por parte de la accionada en el caso bajo estudio, los Derechos Fundamentales a la Salud y Seguridad Social al no autorizar los servicios de enfermería domiciliaria?

4. Desarrollo de la problemática planteada.

En el presente asunto, se debe determinar la procedencia del amparo Constitucional invocado para la protección del derecho fundamental a la salud y seguridad social del tutelante.

4.1. Del Derecho a la Salud y Seguridad Social:

El **Derecho a la Salud** invocado, se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado y que en Colombia se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Frente a este derecho, la Corte Constitucional ha precisado que la salud puede ser considerada como fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas y que el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades de alto costo que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas¹.

Por su parte, respecto al derecho a la **Seguridad Social**, dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se le confiere el carácter de servicio público obligatorio y de derecho irrenunciable de todos los colombianos, correspondiendo al Estado su dirección, coordinación y control al igual que garantizar su efectiva realización y la ampliación de su cobertura.

La Seguridad Social como servicio público, puede estar en manos de entidades públicas o privadas y está sujeta a los principios de progresividad, transparencia, eficacia, eficiencia, celeridad, universalidad y solidaridad entre otros.

A su vez, El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce en el artículo 12, parágrafo 2 que: *“ el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; así, como las medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho, entre las que encontramos ”a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el*

¹ Sentencias: T-1384 de 2000, T-365A-06.

tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

De igual manera, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”

Así mismo, la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, estableció que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”*

4.2. La procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales.

El artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013, que fija el P. O. S., establece el servicio de atención domiciliaria, como una *«modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia»*. Se trata de un servicio cubierto por el propio P. O. S., siempre que así sea prescrito por el médico tratante, y se caracteriza por su estricta relación con la gestión de la salud (artículo 29 de la misma Resolución).

Una figura diferente es el cuidador de personas en situación de dependencia, que se entiende como aquel que realiza

una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación de dependencia. En la Sentencia T-154 de 2014, se indicó que los cuidadores poseen las siguientes características:

(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 diaria² de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado³, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, 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. El cuidador facilita, además, que en la mayor medida posible el paciente tenga y disfrute de los espacios que gozan la generalidad, como, por ejemplo, la realización de actividades manuales o lúdicas, de distracción y recreación, de deporte, etcétera.

Todo esto, por supuesto, dependiendo de las circunstancias en que se halle el sujeto, pues en algunos casos los servicios del cuidador se limitarán a la asistencia de la persona dependiente en la mera realización de sus actividades y necesidades básicas. Por ejemplo, cuando aquella tiene limitada drásticamente

² «Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente o prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con los demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita». Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: “vestirse, asearse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio”. Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: “tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas” (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras. Recuperado el 06 de marzo de 2014, de <http://www.seccuidador.org/Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>)».

³ «En el estudio adelantado por el Gobierno de España junto con la Cruz Roja Española (citado en el pie de página inmediatamente anterior), se precisó lo siguiente: “Los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia son aquellas personas (familiares o amigos) que prestan a una persona con dependencia los apoyos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y aquellas otras necesidades derivadas de su condición de dependencia. // Aunque todos los miembros de una familia pueden prestar los apoyos de forma que se reparte la carga y las responsabilidades, lo común es que exista la figura del Cuidador Principal: aquel miembro de la familia que se ocupa mayoritariamente del cuidado del familiar con dependencia, asumiendo un mayor grado de responsabilidad en los cuidados, en el tiempo y esfuerzo invertido y en la toma de decisiones».

la locomoción y debe permanecer en un solo sitio la mayoría del día o en aquellos eventos en que su condición prácticamente le impide realizar todo tipo de actividades físicas, caso en el cual el cuidador se encarga de ayudarlo en su aseo e higiene personal, a suministrarle los medicamentos que consume, a organizar y mantenerle adecuados los espacios físicos y el lugar que utiliza para descansar.

El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca *«recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores»*. Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad.

En la Sentencia T-801 de 1998⁴, reiterada en la providencia T-154 de 2014⁵, esta Corporación expresó: *«(...) 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 (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)»*.

Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si se dan ciertas condiciones y

⁴M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(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 dependencia⁶.

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si una de las anteriores condiciones no concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, no se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad⁷. La Corte ha sostenido:

«En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa

⁶ T-154 de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia»⁸.

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.

Aterrizando al asunto que nos ocupa, **María del Carmen Orjuela**, por intermedio de su agente oficioso, solicita, mediante el mecanismo de amparo, que la EPS proceda a realizar las gestiones administrativas necesarias para autorizar una enfermera domiciliaria y/o cuidador domiciliario para ella; como sustento de su requerimiento, manifestó que es una persona de la tercera edad (79 años) con antecedentes de accidente cerebrovascular, y que se encuentra postrada en la cama, y por tal motivo el médico tratante le ordenó la cuidadora por 12 horas, servicio que se requiere, para su ayuda en sus actividades diarias, tales como higiene personal, suministro de medicamentos y alimentación, entre otras.

Ahora bien, al otear la historia clínica allegada con la acción de tutela se avizora y confronta lo dicho en el escrito, y en efecto se desprende que la señora **María del Carmen Orjuela**, es una paciente de 79 años de edad, quien padece de secuelas de accidente cerebrovascular, hemiplejía, hipertensión esencial, diabetes mellitus, incontinencia urinaria, incontinencia fecal y síndrome del colon irritable con diarrea y que además el servicio de cuidador por 12 horas diarias fue ordenado por su médico tratante, lo cual hace procedente el pedimento elevado por la actora constitucional y encontrarse en los presupuestos que ha establecido la Corte Constitucional para acceder el beneficio de cuidador.

Así mismo del escrito de tutela se desprende que si bien sus hijos han asumido de manera responsable el cuidado de la accionante durante las 24 horas del día, también es cierto que los mismos deben atender sus obligaciones diarias y que su cuidado está sobrecargando a la persona que la esté atendiendo, es decir, no soportable para los familiares, sumado a que no cuentan con la

⁸ T-782 de 2013 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. «En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba “postrada en cama”; allí, el mismo médico “reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.

capacitación necesaria para atenderla, sin que la E.P.S. accionada hubiere hecho manifestación alguna al respecto.

De igual forma, se tiene por acreditado que la accionante se encuentra afiliada al Sistema de Salud en el Régimen Subsidiado, lo que significa en principio que no cuenta con los recursos económicos para pagar de manera particular el servicio que ahora se reclama a través de la presente acción de tutela.

Aunado a lo anterior estos hechos por demás no fueron desvirtuados por **LA NUEVA EPS**, pues no se avizora respuesta alguna, además de no pronunciarse sobre los hechos vulnerantes alegados, dando paso a la configuración de la figura de Presunción de veracidad de que trata el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

En suma de lo anterior, se amerita la intervención del Estado en aras de garantizar el acceso a los servicios de salud que requiere, pues es claro que la EPS no ha autorizado el servicio de cuidadora por 12 horas diarias y que es necesario para el tratamiento de la patología que la aquejan a la accionante **María del Carmen Orjuela** quien es sujeto de protección constitucional especial y reforzada.

4.3. Conclusión:

Bajo este contexto y conforme a las consideraciones anteriores, se amparará el derecho fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas invocado, y en consecuencia se ordenará a **La Nueva E.P.S.** autorizar y garantizar el servicio de cuidador por 12 horas diarias en el domicilio de la accionante, por encontrarse acreditado su necesidad y siendo ordenado por su médico tratante.

VII. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lérida (Tol)** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

1. Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas invocados por **Alba Orjuela** como agente oficioso de su señora madre **María del Carmen Orjuela** por las razones expuestas en esta providencia, en consecuencia,

2. Ordenar a LA NUEVA E.P.S. que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho aún, autorizar y garantizar el servicio de cuidador por 12 horas diarias en el domicilio de la accionante, por encontrarse acreditado su necesidad y siendo ordenado por su médico tratante.

3.- Desvincular a la Secretaria De Salud Departamental Del Tolima, toda vez que es **LA NUEVA EPS,** quien debe brindar la atención integral del paciente.

4.- Autorizar a LA NUEVA E.P.S, para que realice el recobro correspondiente ante la Secretaría de Salud Departamental del Tolima de aquellos servicios que se encuentren fuera del POS hoy plan de beneficios y le sean suministrados al accionante.

5. Notificar por los medios más hábiles e idóneos a las partes interesadas, conforme lo dispuesto en el Art. 30 Decreto 2591/91.

6. Remitir las presentes diligencias ante la Honorable Corte Constitucional, si la presente providencia no fuere impugnada, a efectos de su eventual revisión y de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


JULIETH BIBIANA GUTIERREZ CRUZ