

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00344-00

ACCIONANTE: LUZ YANETH PEÑALOZA VILLALBA como agente oficiosa de **HÉCTOR
WILSON RIAÑO NAJAR**

**ACCIONADOS: E.P.S. FAMISANAR
ROHI I.P.S. S.A.S.**

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **LUZ YANETH PEÑALOZA VILLALBA** como agente oficiosa de **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR** y la **I.P.S. ROHI**.

RESEÑA FÁCTICA

Indica la accionante que su esposo **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR** tiene 55 años y se encuentra afiliado en la **E.P.S. FAMISANAR**.

Que padece *Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA)* y, como consecuencia, sufre fuertes dolores, se encuentra en silla de ruedas, y no puede desempeñar ninguna actividad por sí mismo.

Que la neuróloga tratante en noviembre de 2021 le prescribió terapias de fonoaudiología, terapias respiratorias, terapias de salud ocupacional, terapias físicas, auxiliar de enfermería 8 horas diarias de lunes a viernes y médico domiciliario, el cual se encargaría de seguir renovando esas órdenes en su debido momento.

Que la prestación de dichos servicios no ha sido continua ni eficiente.

Que solamente se le está prestando el servicio de terapias físicas y respiratorias 3 veces por semana, por lo que se encuentra totalmente deteriorado.

Que requiere el servicio de enfermería de domingo a domingo, ya que tiene un hijo con retraso mental moderado y le es imposible estar pendiente de ambos.

Que ella ha empezado a tener dolores lumbares y musculares ocasionados por el manejo y carga de su esposo, y no cuentan con recursos económicos para contratar a otra persona.

Conforme a lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados, y se ordene a las accionadas brindar de manera continua y con calidad, los servicios de terapias de fonoaudiología, terapias respiratorias, terapias de salud ocupacional, terapias físicas, médico domiciliario y auxiliar de enfermería. Así mismo, solicita que se suprima o modifique *“el valor a pagar”*, ya que ni ella ni su esposo cuentan con ingresos económicos.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

E.P.S. FAMISANAR:

La accionada allegó contestación el 16 de mayo de 2022, en la que manifiesta que el usuario tiene orden vigente de 12 sesiones de terapia física, 12 sesiones de terapia respiratoria, 8 sesiones de terapia ocupacional y 12 sesiones de terapia de lenguaje, servicios que se están prestando de manera oportuna.

Que el usuario no cuenta con orden médica para el servicio de enfermería, de acuerdo con visita domiciliaria realizada el 25 de febrero de 2022.

Que se contactó con la accionante, informándole que se retomaría el servicio de terapia ocupacional, y se confirmó que no cuenta con orden para el servicio de auxiliar de enfermería.

Que el concepto del médico tratante es prevalente para el suministro o no de los servicios requeridos por el usuario.

Conforme a lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, por ausencia de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del agenciado.

ROHI I.P.S. S.A.S.:

La accionada allegó contestación el 17 de mayo de 2022, en la que confirma que es la responsable de prestar al paciente los servicios de terapias física, respiratoria, ocupacionales y de lenguaje, junto con la valoración médica.

Que dichos servicios médicos se están prestando sin novedad.

Que conforme a valoración médica realizada el 25 de febrero de 2022 no se estableció la pertinencia del servicio de enfermería, de manera que se rige únicamente por lo que considere el médico en cada caso concreto y a la autorización que expida la EPS al respecto.

Que en la siguiente valoración médica se considerará nuevamente si el paciente requiere ese servicio.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La **E.P.S. FAMISANAR** y/o **ROHI I.P.S. S.A.S.** han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud y seguridad social del señor **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR**, (i) al no haber prestado de manera continua los servicios médicos de terapias de fonoaudiología, respiratorias, de salud ocupacional, físicas y médico domiciliario, ordenados por el médico tratante; y (ii) al no suministrarle el servicio de auxiliar de enfermería de domingo a domingo?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“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. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”*.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

¹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

Para efectos de esta sentencia, se ahondará en los *principios de continuidad, oportunidad e integralidad*, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto.

El principio de **continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que *“una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente”*². La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación³.

Por su parte, el principio de **oportunidad** se refiere a *“que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado”*⁴. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos⁵.

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del principio de **integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones⁶.

² Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

³ Sentencias T-586 de 2008, T-234 de 2013, T-121 de 2015, T-016 de 2017 y T-448 de 2017.

⁴ Sentencia T-460 de 2012, reiterada en la Sentencia T-433 de 2014.

⁵ Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Sentencia T-121 de 2015.

De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Con todo, es necesario advertir que el concepto de integralidad *“no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”*⁷, razón por la cual, el juez constitucional tiene que valorar -en cada caso concreto- la existencia de dicho diagnóstico, para ordenar, cuando sea del caso, un tratamiento integral⁸.

EL CONCEPTO CIENTÍFICO DEL MÉDICO TRATANTE ES EL PRINCIPAL CRITERIO PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana⁹.

Esto fue recogido por la Sentencia T-760 de 2008 en la regla: *“toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud”*¹⁰ pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante¹¹.

En esta línea, la Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente¹².

⁷ Sentencia T-036 de 2017.

⁸ Sentencia T-092 de 2018.

⁹ Sentencias T-760 de 2008 y T-345 de 2013.

¹⁰ Sentencia T-760 de 2008 reiterada en las sentencias T-320 de 2009, T-346 de 2009, T-371 de 2010, T-410 de 2010, T-730 de 2010, T-953 de 2010, T-035 de 2011, T-091 de 2011, T-096 de 2011, T-160 y T-162 de 2011.

¹¹ Se ha entendido por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. La Corte en reiterada jurisprudencia ha hecho énfasis en que en los casos de atención en salud, se aplicará por regla general el procedimiento o tratamiento que haya prescrito en su momento el médico tratante, en atención a que éste *“es un profesional con formación científica médica, que adicionalmente tiene conocimiento específico del caso del paciente, y por tal razón, tiene elementos científicos precisos para determinar la necesidad y la urgencia de un servicio médico determinado”*. Sentencias T-991 de 2002, T-921 de 2003, T-001 de 2005, T-007 de 2005 y la T-440 de 2005.

¹² Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional en las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-410 de 2010 y T-873 de 2011.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio¹³.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar, y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico¹⁴.

Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un juez podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos¹⁵.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico, o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante¹⁶ pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico¹⁷.

SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA, LA FIGURA DEL CUIDADOR Y EL DEBER DE SOLIDARIDAD

¹³ Sentencia T-616 de 2004.

¹⁴ Sentencia T-569 de 2005. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-059 de 1999, T-179 de 2000, T-1325 de 2001, T- 256 de 2002, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-234 de 2007.

¹⁵ Sentencias T-1325 de 2001, reiterada en la T-427 de 2005 y en la T-234 de 2007.

¹⁶ Sentencia T-234 de 2007 y T-1080 de 2007.

¹⁷ En la Sentencia T-597 de 2001 se consideró que "(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)". Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-344 de 2002 y T- 1016 de 2006.

La reglamentación en materia de salud¹⁸ 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.

La Resolución 244 de 2019 establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; por lo 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.

Frente a la prestación de servicios domiciliarios, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos categorías diferentes de cara a la protección del derecho a la dignidad humana de los pacientes, a saber, los servicios de enfermería y los de cuidador. Los primeros, orientados a asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos dirigidos a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

De conformidad con la Sentencia T-423 de 2019, el servicio domiciliario de **enfermería** es un servicio incluido en el PBS que debe ser brindado por la E.P.S. siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

*“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; y
(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. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos”*

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 la mencionada resolución, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de esta figura, que ha sido entendida como un *“servicio o tecnología complementaria”*.¹⁹ Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

¹⁸ Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

¹⁹ Conforme a lo señalado en la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

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 Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019 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 en la Sentencia T-096 de 2016 la Corte 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.

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 trata²⁰.

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.

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 la 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.”

²⁰ Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que éste 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.

Corolario de lo anteriormente expuesto se tiene que, conforme lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019, las atenciones especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que i) en tratándose de la modalidad de **enfermería** debe mediar orden médica proferida por el profesional de la salud, pues el juez de tutela no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y ii) cuando las condiciones particulares del paciente lo exijan podrá acudir a la figura del **cuidador**, servicio que en principio debe ser garantizado por su núcleo familiar, salvo que el mismo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, caso en el cual es obligación del Estado suplir dicha falencia, incluso sin existir orden médica, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Adicionalmente, cabe destacar que en la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte Constitucional estableció las reglas jurisprudenciales para el amparo del derecho fundamental a la salud cuando se peticiona el servicio de enfermería.

Indicó la Corte, que dicho servicio se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud, se rige por la modalidad de atención domiciliaria, se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

En ese orden, de **contar con orden médica** que expresamente establezca la necesidad y pertinencia del servicio, corresponde al Juez de Tutela ordenar su suministro directamente; no obstante, **si no se acredita la existencia de una orden médica**, se podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de *diagnóstico* cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela, en principio, *“pierde su razón de ser cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados es superada o*

*finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo*²¹. En estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado pues ante la ausencia de supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión se convertiría en ineficaz²².

En efecto, si lo que el amparo constitucional busca es ordenar a una autoridad pública o un particular que actúe o deje de hacerlo, y *“previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”*²³. En otras palabras, ya no existirían circunstancias reales que materialicen la decisión del juez de tutela.

En ese orden, la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría de la carencia actual de objeto como una alternativa para que los pronunciamientos no se tornen inocuos, y ha aclarado que el fenómeno se produce cuando ocurren dos situaciones específicas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

Con relación a la categoría de carencia actual de objeto por hecho superado, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 lo reglamenta en los siguientes términos: *“Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”*.

La Corte Constitucional, en numerosas providencias, ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que la carencia actual de objeto por hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado²⁴. En efecto, si la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, cuando la perturbación que dio origen a la acción desaparece o es superada, el peticionario carece de interés jurídico ya que dejan de existir el sentido y objeto del amparo.

Luego, al desaparecer el hecho o los hechos que presuntamente amenazan o vulneran los derechos de un ciudadano, carece de sentido que el juez profiera órdenes que no conducen a la protección de los derechos de las personas. Así, cuando el hecho vulnerador desaparece se extingue el objeto actual del pronunciamiento, haciendo inocuo un fallo de fondo²⁵.

²¹ Sentencia T-970 de 2014.

²² Sentencias T-588A de 2014, T-653 de 2013, T-856 de 2012, T-905 de 2011, T-622 de 2010, T-634 de 2009, T-449 de 2008, T-267 de 2008, T-167 de 2008, T-856 de 2007 y T-253 de 2004.

²³ Sentencia T-168 de 2008.

²⁴ Sentencias T-267 de 2008, T-576 de 2008, T-091 de 2009, T-927 de 2013, T-098 de 2016, T-378 de 2016 y T-218 de 2017.

²⁵ Sentencia T-070 de 2018.

En síntesis, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del actor a partir de una conducta desplegada por el transgresor. En otras palabras, la omisión o acción reprochada por el accionante, ya fue superada por parte del accionado.

Cuando se presenta ese fenómeno, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo, solo cuando estime necesario *“hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes²⁶. De cualquier modo, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que en la sentencia se demuestre la reparación del derecho antes de la aprobación del fallo, es decir, que se demuestre el hecho superado²⁷”²⁸.*

CASO CONCRETO

La señora **LUZ YANETH PEÑALOZA VILLALBA** actuando como agente oficiosa de **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR**, presenta acción de tutela en aras de que se amparen los derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR** y la **I.P.S. ROHI**.

La accionante solicita se ordene a las accionadas (i) prestar de manera continua las terapias de fonoaudiología, respiratorias, de salud ocupacional, terapias físicas y el servicio médico domiciliario; (ii) suministrar el servicio de auxiliar de enfermería de domingo a domingo; y (iii) que se suprima o modifique *“el valor a pagar”*, al no contar con los ingresos económicos suficientes.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente que el señor **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR** está afiliado a la **E.P.S. FAMISANAR** en calidad de cotizante del régimen contributivo y que ha sido diagnosticado con *Esclerosis Lateral Amiotrófica, Apnea del sueño, Enfermedades de las neuronas motoras, Infección respiratoria aguda y Disfagia*.

Al contestar la acción de tutela, la **E.P.S. FAMISANAR** y la **I.P.S. ROHI** manifestaron que han prestado al agenciado todos los servicios médicos que le han sido ordenados, que se le han realizado todas las terapias ordenadas por su médico tratante de manera continua y oportuna, pero que no cuenta con orden médica que avale el servicio de enfermería requerido en la acción de tutela.

²⁶ Sentencia T-890 de 2013.

²⁷ Sentencias SU-225 de 2013, T-856 de 2012, T-035 de 2011, T-1027 de 2010, T-170 de 2009 y T-515 de 2007.

²⁸ Sentencia T-970 de 2014.

Así las cosas, de cara a la solución de los problemas jurídicos planteados, se abordará cada uno de los pedimentos invocados por la parta actora, a efectos de establecer si se ha configurado alguna vulneración que haga procedente una orden de amparo.

- i. Frente al suministro de las terapias físicas, respiratorias, de fonoaudiología, de salud ocupacional y el servicio médico domiciliario:

Manifiesta la accionante que la **I.P.S. ROHI** no ha prestado de manera continua y eficiente las referidas terapias y el servicio médico domiciliario ordenados por el médico tratante, lo que ha deteriorado la salud del agenciado.

Al respecto, se observa que en la contestación allegada por la EPS, se aportó copia de la historia clínica de una valoración domiciliaria realizada el día 25 de febrero de 2022, por parte del médico general, Dr. Daniel Bermúdez Chávez, adscrito a la **I.P.S. ROHI**, quien en su análisis determinó: *"Paciente con diagnósticos anotados en el momento en buenas condiciones generales con signos vitales dentro de parámetros normales, al examen físico con limitación para la marcha, uso de silla neurológica, deformidad en manos, imposibilidad para agarrar objetos, dependencia funcional severa, se decide ingreso a programa crónicos para realizar terapia física de rehabilitación, terapia ocupacional para mejorar motricidad fina, terapia respiratoria por uso de bipap, terapia fonoaudiología por trastorno de lenguaje, se reformulan medicamentos y alimentación, valoración médica trimestral."*²⁹

Y, en consecuencia, ordenó como plan de tratamiento:

*"INGRESO CRONICOS
RILUZOL 50 MG CADA 12 HORAS POR 3 MESES
BROMURO IPRATROPIO 2 PUFF CADA 8 HORAS POR 3 MESES
SALBUTAMOL 2 PUFF CADA 6 HORAS POR 3 MESES
BECLOMETASONA 2 PUFF CADA 12 HORAS POR 3 MESES
TAMSULOSINA/DUTASTERIDA 0.4/0.5 MG DIA POR 3 MESES
ENSURE FIBRA 237 ML CADA 8 HORAS POR 3 MESES
TERAPIA FISICA 3 SESIONES SEMANALES POR 3 MESES
TERAPIA OCUPACIONAL 2 SESIONES SEMANALES POR 3 MESES
TERAPIA RESPIRATORIA 3 SESIONES SEMANALES POR 3 MESES
TERAPIA FONOAUDIOLOGIA 3 SEMANALES POR 3 MESES
VALORACION MEDICA TRIMESTRAL"*

De conformidad con lo anterior, la **I.P.S. ROHI** y la **E.P.S. FAMISANAR** manifestaron que, a la fecha, al agenciado se le está prestando el servicio de terapia física, terapia respiratoria, terapia ocupacional, terapia de lenguaje, y valoración médica domiciliaria, de manera continua y sin novedad, e informaron que a partir del 13 de mayo de 2022 se había retomado el servicio de terapia ocupacional con una nueva profesional.

En vista de ello, el Juzgado, mediante Auto del 20 de mayo de 2022, requirió a dichas entidades para que remitieran los soportes documentales de las terapias que se le han realizado durante el año 2022 al señor **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR**. La IPS atendió el requerimiento a través de correo electrónico del 23 de mayo de 2022, adjuntando copia documental de las historias clínicas de las diferentes terapias que se le han dispensado al agenciado durante los meses de enero a mayo de 2022³⁰.

En este punto se resalta que en el hecho tercero la accionante afirma que al agenciado se le está prestando terapias físicas y respiratoria 3 veces por semana, que corresponde a la periodicidad prescrita por el médico tratante, de manera que la inconformidad únicamente recae frente a las terapias ocupacional y de lenguaje.

Sobre el particular, las accionadas informaron que se había retomado el servicio de terapia ocupacional con la profesional Elizabeth Muñoz, a partir del 13 de mayo de 2022, y que la terapia de lenguaje se estaba prestando de manera oportuna a través de la profesional Jennifer Jiménez.

Lo anterior se encuentra demostrado con las documentales aportadas por la **I.P.S. ROHI**, donde se evidencia que, en efecto, el servicio de terapia ocupacional se reactivó el 13 de mayo de 2022, y desde ese momento se ha prestado de manera continua los días 15, 16 y 17 de mayo de 2022 con la profesional Elizabet Muñoz Albarracín³¹.

Así mismo, se avizora que las terapias de lenguaje, inicialmente realizadas por la profesional Elizabet Muñoz Albarracín, pasaron a desarrollarse desde el 06 de mayo de 2022 con la fonoaudióloga Jennifer Paola Osorio Tangarife, y desde ese momento se han prestado de manera continua³².

Ahora, si bien no está en discusión su prestación, cabe resaltar que las terapias físicas y respiratoria venían siendo atendidas por el profesional Yeisson Sierra Zamora, pero en virtud de la solicitud de cambio de profesional, a partir del 13 de mayo de 2022 los servicios vienen siendo prestados por la fisioterapeuta Saray Vanessa Otalora Herrán³³.

De conformidad con lo anterior, el Despacho considera que, en el presente asunto, la situación fáctica sobre la cual podría pronunciarse ha desaparecido, como quiera que el hecho vulnerador de los derechos fundamentales fue superado y la pretensión se encuentra satisfecha. En efecto, no se vislumbra un incumplimiento actual en la prestación

30 Archivos pdf 012 y 013

31 Archivos en formato pdf obrantes en la carpeta "013. AportaPruebasROHI I.P.S.", "MAYO", "TERAPIAS OCUPACIONALES"

32 Archivos en formato pdf obrantes en la carpeta "013. AportaPruebasROHI I.P.S.", "MAYO", "TERAPIAS LENGUAJE"

33 Archivos en formato pdf obrantes en la carpeta "013. AportaPruebasROHI I.P.S.", "MAYO", "TERAPIAS FÍSICAS" y "TERAPIAS RESPIRATORIAS"

de las terapias ordenadas por el médico tratante, pues quedó acreditado que a partir del 13 de mayo de 2022 las mismas se vienen prestando de manera oportuna y periódica, atendiendo, además, en el caso de las terapias físicas y respiratorias, a los requerimientos elevados por el paciente.

Por tal motivo, el objeto de la tutela pierde su razón de ser frente a este pedimento en particular, así como su eficacia e inmediatez y, por ende, su justificación constitucional, por lo que habrá de declararse la carencia actual de objeto por **hecho superado**.

Finalmente, en lo que respecta al servicio médico domiciliario, advierte el Despacho que, en atención a la orden del médico tratante, transcrita líneas atrás, se ordenó que dicho servicio debía prestarse de manera trimestral. En ese orden, como la última valoración médica domiciliaria se realizó el 25 de febrero de 2022, a la fecha de presentación de la acción de tutela (12 de mayo de 2022), e incluso al momento de proferirse este fallo, no se han cumplido los 3 meses para llevar a cabo una nueva valoración, de manera que las accionadas no han desconocido ningún derecho fundamental del agenciado.

ii. Frente al servicio de auxiliar de enfermería:

Solicita la accionante que le sea suministrado el servicio de enfermería de domingo a domingo, debido a que ella y el agenciado tienen un hijo con retraso mental moderado, y le es imposible estar pendiente de ambos; además, porque ha empezado a sentir dolores lumbares y musculares ocasionados por el manejo y carga de su esposo y no cuenta con los recursos económicos para contratar a otra persona.

Conforme se expuso en el marco normativo de esta sentencia, el servicio domiciliario de enfermería está incluido en el Plan de Beneficios en Salud y debe ser brindado por la E.P.S. siempre y cuando: **i)** medie el concepto del médico tratante en tal sentido y en consonancia con las patologías que padece el paciente; y **ii)** 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.

No obstante, revisadas las diligencias no se advierte la existencia de orden médica que prescriba el servicio de enfermería a favor del agenciado, así como tampoco se advierte en la historia clínica del 25 de febrero de 2022, allegada por la **E.P.S. FAMISANAR**, que se haya determinado su necesidad. Por el contrario, se avizora que, en esa oportunidad, el médico tratante únicamente determinó como pertinente el ingreso del paciente al programa *crónicos*, para lo cual ordenó la realización de terapia física de rehabilitación,

terapia ocupacional para mejorar motricidad fina, terapia respiratoria por uso de bipap, terapia de fonoaudiología por trastorno de lenguaje y valoración médica trimestral.

Si bien la accionante refiere que su esposo *necesita* el servicio de enfermería, lo cierto es que no cuenta, a la fecha, con algún procedimiento para cuya realización se requiera de conocimientos técnicos o científicos, y, por lo mismo, el médico tratante no consideró pertinente ordenar el suministro.

Además, estando acreditado que las terapias ordenadas por el médico tratante se están prestando en la forma y periodicidad prescritas, no se evidencia cuáles son las circunstancias y necesidades específicas por las que se requiera el servicio permanente y especializado de un profesional en enfermería durante todos los días de la semana.

Bajo tal panorama es dable concluir, de acuerdo con las manifestaciones de la accionante, que la finalidad del servicio de enfermería no es la de recibir cuidados especiales que requieran conocimientos técnicos y especializados en torno al tratamiento prescrito, sino la búsqueda de un apoyo permanente que le permita realizar las actividades básicas necesarias, lo que se ha conocido legal y jurisprudencialmente como un *cuidador*.

Si bien es cierto la jurisprudencia ha señalado que la diferencia entre ambas figuras, enfermero y cuidador, radica en el principio de solidaridad que se pregona principalmente de los familiares del paciente, también lo es que en casos excepcionalísimos en los cuales éstos no tienen la capacidad física, psíquica, emocional o financiera para asumir dicha carga se hace necesario trasladar dicha obligación al Estado, por lo que, eventualmente, el Juez puede ordenar a la E.P.S. suministrar este servicio, aún sin mediar orden médica.

Bajo ese entendido, tal como se indicó en el marco normativo, la *imposibilidad material* se acredita cuando el núcleo familiar: (i) no cuenta 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 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.

Hechas las anteriores precisiones, considera el Despacho que, además de que no está acreditada la necesidad del agenciado de recibir la atención de enfermería, tampoco se dan los presupuestos para concluir la imposibilidad material de su núcleo familiar en procurar su cuidado, por las razones que pasan a exponerse.

Respecto del primer supuesto, debe indicarse que, según se desprende de las historias clínicas del 25 de febrero de 2022 y de las terapias realizadas al señor **HÉCTOR WILSON RIAÑO NAJAR**, éste cuenta con una red de apoyo familiar compuesta por su esposa, la señora LUZ YANETH PEÑALOZA VILLALBA.

Si bien la accionante manifestó que ella no puede dispensar al agenciado los cuidados que requiere, debido a que también debe cuidar de su hijo con retraso mental moderado, y ha empezado a padecer quebrantos de salud, lo cierto es que no se aportó ninguna prueba, siquiera sumaria, que corrobore tales afirmaciones y, en consecuencia, que acredite que la accionante, en efecto, se encuentra imposibilitada para asumir el cuidado de su esposo.

En relación con el segundo requisito, tampoco está demostrado que sea imposible dar a la accionante la capacitación necesaria para brindar la atención y el cuidado en el desarrollo de las actividades cotidianas o el manejo de las patologías del agenciado; por el contrario, revisadas las historias clínicas de las terapias que se le han dispensado, aportadas por la **I.P.S. ROHI**, se encuentra que los profesionales informan puntualmente a la accionante los ejercicios a desarrollar en casa con el paciente en los días posteriores a las terapias.

Finalmente, respecto de la ausencia de los recursos económicos para asumir el costo del servicio, debe indicar el Despacho que, consultada la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud de la ADRES - BDUA³⁴, se constata que el señor **HECTOR WILSON RIAÑO NAJAR** ostenta la calidad de afiliado cotizante en el régimen contributivo con la **E.P.S. FAMISANAR**, circunstancia de la cual se infiere que cuenta con los medios para cubrir sus gastos de subsistencia y las atenciones en salud que requiera, por lo que no es posible tener por acreditada la manifestación elevada por la actora respecto de la carencia económica.

Por lo anterior, el Despacho no encuentra que el señor **HECTOR WILSON RIAÑO NAJAR** y su entorno familiar cumplan con las características para que el deber de cuidado y atención, derivado del principio de solidaridad e inherente a su entorno cercano, sea trasladado al Estado, razón por la cual, no se accederá a la petición del servicio de enfermería domiciliaria de domingo a domingo.

Finalmente, la accionante solicita que se suprima o modifique “*el valor a pagar*”, ya que ni ella ni su esposo cuentan con ingresos económicos. Sin embargo, este pedimento no es claro ni específico, por cuanto no se indica cuál es ese valor, a cuánto asciende, a qué concepto corresponde, ni quién lo está cobrando. Por tal motivo, no le es dable al Despacho suponer a qué valor hace referencia la parte actora, pues una interpretación extensiva

34 Archivo pdf “009. ConsultaADRESAgenciado”

desconocería el derecho al debido proceso de las accionadas, en tanto que no se les daría la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a este punto.

En todo caso, es de resaltar, que la acción de tutela no es procedente para resolver conflictos de naturaleza económica que no tengan trascendencia *iusfundamental*, por cuanto para esta clase de contiendas existen en el ordenamiento jurídico las respectivas acciones y recursos judiciales previstos por fuera de la jurisdicción constitucional³⁵.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO** en la acción de tutela de **HECTOR WILSON RIAÑO NAJAR** en contra de la **E.P.S. FAMISANAR y ROHI I.P.S. S.A.S.**, en relación con la prestación de las terapias ocupacionales y de lenguaje, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud y seguridad social, frente a las restantes pretensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ

35 Sentencia T-499 de 2011.