



JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	05001 40 03 013 2021 00960 00
Procedimiento:	Acción de tutela
Accionante:	Gloria Stella Monsalve Duque
Afectada:	Olga Rosa Díaz Polo
Accionado:	EPS Suramericana S.A.
Tema:	Del derecho fundamental a la salud
Sentencia	General: 222 Especial: 217
Decisión:	Niega amparo constitucional solicitado

Se procede a resolver la acción de tutela del trámite de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Adujo la accionante que la señora Olga Rosa Díaz Polo tiene 70 años y se encuentra en silla de ruedas, debido a que padece de *“artritis reumatoide, fracturas patológicas, hiperparatiroidismo, gonoartrosis bilateral severa, además de cataratas en ambos ojos”*. Indicó que la afectada vive en un hogar geriátrico llamado Hogar Mis Abuelos.

Aseguró que, por su manutención vela una de sus hermanas que reside en el extranjero y es quien sufraga los gastos en el hogar y la afiliación a la seguridad social. Indicó que, no obstante, la señora Monsalve se encuentre afiliada a EPS Sura, no se le brinda una atención adecuada, pues por las condiciones particulares de su enfermedad, requiere que se le atiendan sus necesidades básicas como alimentación y baño, y que en el hogar donde reside, sólo hay una enfermera para alrededor de veinte pacientes, por lo que requiere una atención personalizada de enfermería.

También relató que la afectada interpuso una acción de tutela anteriormente, y que la EPS Sura viene dándole cumplimiento, pero no le han prestado el servicio de enfermería personalizada que requiere.

Por lo expuesto, solicitó se tutelaran sus derechos fundamentales, ordenando a EPS Sura que le brinde una atención adecuada, integral y pronta, suministrándole *“una enfermera personalizada y continua en el HOGAR MIS ABUELOS”*.

1.2. La acción de tutela fue admitida el 07 de septiembre de 2021 y se ordenó la notificación de la EPS Sura mediante correo electrónico. Se requirió a la actora, para que aportara el fallo de la tutela que interpuso con anterioridad; a lo que dio cumplimiento.

1.3. EPS Suramericana S.A. remitió escrito, en el que indicó, en primera medida que, la afectada no cuenta con una prescripción médica, en la que se disponga la necesidad, viabilidad, conducencia y pertinencia del servicio *“Enfermería por 24 horas”*.

Indicó que, no obstante, con la finalidad de evaluar la necesidad de la paciente de que se le preste el servicio de enfermería o cuidador, el 09 de septiembre de 2021, un médico realizó valoración en el lugar donde habita la afectada, quien determinó que no era procedente, en los siguientes términos: *“la paciente reside en hogar geriátrico, requiere asistencia de sus cuidados básicos como higiene personal, cambio de pañal, alimentación oral, cambios de posición, cuidados de la piel, que pueden ser realizados por un cuidador primario y no requieren de conocimientos técnicos o de experticia para realizarlos, actualmente son brindados por personal entrenado del hogar geriátrico desde el ingreso al mismo.....Paciente no tiene dispositivos que requieran un manejo por enfermería, como ventilación mecánica, bombas de infusión para aplicación de medicamentos intravenosos, etc por lo cual no requiere cuidados por enfermera, solo por cuidador primario....Se invita al curso de cuidador primario...”*.

Aseguró que las obligaciones de ejercer los cuidados primarios del paciente corresponden en principio a la familia, en atención al principio de solidaridad y, que servicios tales como bañarse, preparación de alimentos, es decir,

cuidados generales, no son actividades propias de la profesión de enfermería. Además, de lo narrado en la tutela se desprende que la usuaria en su núcleo familiar cuenta con hermanos, por lo que es responsabilidad de la familia el cuidado y demás que requiera.

Concluyó solicitando que, se desestime la pretensión de tutela ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales de la afectada.

II. COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591 de 1991, artículo 32, es competente este Despacho para conocer y decidir respecto de la solicitud de tutela impetrada.

III. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a esta Dependencia Judicial, determinar si la accionada está vulnerando los derechos fundamentales alegados por la accionante, al no suministrar una enfermera permanente, para los cuidados que requiere la señora Olga Rosa Díaz Polo.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela de linaje constitucional, está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas del Estado cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca.

4.2. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA (ACTIVA – PASIVA) EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

De conformidad con el artículo 86 de la constitución política “Toda Persona” puede recurrir a la acción de tutela “para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, **por sí mismo o por quien actúe a su nombre**, la protección inmediata de sus

derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Conforme lo anterior, la acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

Como ya se expresó, por mandato constitucional se faculta a todo ciudadano para que en su propio nombre instaure acción de tutela ante una autoridad judicial con el fin de hacer valer sus derechos fundamentales cuando los considere vulnerados o amenazados; dentro del presente caso, la señora **Gloria Stella Monsalve Duque**, actúa como agente oficiosa de la señora **Olga Rosa Díaz Polo**, quien ante su estado de salud no puede acudir en nombre propio, por lo que se encuentra legitimada en la causa por **activa**.

Se tiene además la legitimación en la causa por **pasiva** de la accionada **EPS Suramericana S.A.**, toda vez que es la entidad a la cual se le endilga la “presunta” vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos por la accionante.

4.3. DERECHO A LA SALUD.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha expresado que *“El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece 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”¹.

-A saber, en la sentencia T 196 de 2018 la alta corporación estableció lo siguiente:

“Es preciso señalar que la referida Ley Estatutaria 1751 de 2015² fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”³.

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

Ello permite reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, entendido este como un concepto amplio que busca materializar la dignidad humana de las personas.

4.4. LA ATENCIÓN DOMICILIARIA.

¹C. Const., T-196 de 2018.

²“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

³ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T 458 de 2018 indicó: *Ha diferenciado esta Corte los **servicios de auxiliar de enfermería y de cuidador**. Por una parte considera a los primeros necesarios, cuando el paciente demanda de apoyo para la realización de algunos procedimientos que sólo podría brindarle personal con conocimientos calificados en salud. Será en este caso el médico tratante, en virtud de la idoneidad y conocimientos en medicina, quien determine el estado de la persona para establecer si se hace necesario el apoyo de este profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente.*

Los segundos, no requieren instrucción especializada en salud y podría ofrecerse por personas cercanas al paciente: sus amigos o familiares, quienes, en virtud del principio de solidaridad, estarían en posibilidad de acudir en su ayuda. *Hay circunstancias, que ha considerado esta Corporación, en las cuales las EPS deben asumir este servicio (cuidador): “(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.*

(...) 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.”

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”.

En el mismo sentido, en sentencia T-435 de 2019, la Corte Constitucional dispuso: *“La atención domiciliaria es 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 salud y la participación de la familia” y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Es así como éste servicio médico asistencial; hace referencia a la prestación directa de un servicio por una tercera persona. Bajo ese entendido, entonces, **no se puede ordenar a una EPS autorizarlo directamente, pues por su naturaleza debe ser el médico tratante quien determine de qué forma y bajo qué condiciones de calidad deben ser suministrados, atendiendo a la disponibilidad de los profesionales encargados”.***

*De esta forma, la atención domiciliaria es un servicio que se encuentra expresamente incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud (PBS) y la obligación de suministrarla es de la EPS. No obstante, dicha obligación está sujeta al concepto técnico, científico del médico tratante, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad y pertinencia del servicio en cada caso concreto. Por esta razón, esta Corporación ha señalado que **es estrictamente necesario que exista una prescripción del médico tratante, o en los casos en los que dicha atención sea solicitada por los pacientes, un concepto en el que el profesional de salud indique la***

pertinencia y oportunidad de la misma, con el fin de que esta pueda ser exigida a través de la acción constitucional.

También en sentencia T-423 de 2019, indicó: ***“La atención 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; 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.***

(...) Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis.

A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que 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 núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la

efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida”. (Subrayas intencionales).

4.5. CASO CONCRETO.

En el asunto particular que ocupa la atención del Juzgado, se observa que la actora presentó solicitud de amparo constitucional contra EPS Sura, invocando la protección de los derechos fundamentales de la señora Olga Rosa Díaz Polo, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada, al no garantizarle la asistencia de una enfermera permanente, que le brinde los cuidados que requiere, debido a sus condiciones de salud.

Por su parte EPS Sura, manifiesta que la paciente no cuenta con una orden médica para la asistencia de una enfermera permanente. Además, indicó que el 09 de septiembre de 2021, un médico realizó la valoración en el lugar donde habita la afectada, concluyendo que los cuidados que requiere “*son básicos como higiene personal, cambio de pañal, alimentación oral, cambios de posición, cuidados de la piel, que pueden ser realizados por un cuidador primario y no requieren de conocimientos técnicos o de experticia para realizarlos, actualmente son brindados por personal entrenado del hogar geriátrico desde el ingreso al mismo*”.

Aseguró que las obligaciones de ejercer los cuidados primarios del paciente corresponden en principio a la familia, en atención al principio de solidaridad, pues no son actividades propias de la profesión de enfermería.

Descendiendo al caso concreto, el despacho debe indicar lo siguiente:

En primera medida, conforme a los hechos narrados, las pruebas adosadas a la solicitud de tutela, el Despacho evidenció que el señor Juan Alberto Giraldo Zuluaga, como agente oficioso de la señora Olga Rosa Díaz Polo, el 26 de marzo del 2021, presentó acción de tutela en contra de EPS Sura, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Solicitando que se le ordenara a la EPS accionada “*la intervención quirúrgica de cataratas en ambos*

ojos, con el suministro de pañales, de acuerdo a sus dolencias, directamente personalizada en el hogar donde subyace, denominado HOGAR MIS ABUELOS”. Además, que “sea trasladada a la IPS COMFAMA ubicada en la Calle 47 No. 80 – 05, la cual se encuentra cerca a dicho hogar”.

En ese sentido, el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Oralidad, mediante fallo del 09 de abril de 2021, tuteló los derechos fundamentales de la afectada, y a pesar de que una de sus órdenes a la EPS Sura fue “*determinar su inscripción al programa de atención domiciliaria de la IPS SALUD EN CASA*”, para esta juzgadora ese servicio estaba directamente relacionado con los atenciones en salud solicitadas para ese momento; en ese orden de ideas, en el particular, no se configura la cosa juzgada, ya que la pretensión concreta en este trámite tutelar es un servicio de enfermera permanente, por tanto, existe el surgimiento de nuevas circunstancias fácticas o/y jurídicas, lo que hace imperioso analizar las condiciones particulares del caso y establecer la viabilidad de autorizar el servicio de enfermería permanente solicitado.

En ese sentido, lo que tiene que ver con la solicitud de una enfermera permanente será despachada de manera desfavorable por lo siguiente.

No se puede perder de vista, que quien solicita la protección de sus derechos fundamentales tiene como carga, la acreditación de los requisitos establecidos en las normas o la jurisprudencia para obtener su respectiva tutela.

Al respecto, según el precedente jurisprudencial, debió la accionante demostrar:

1. Que exista un concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece.
2. 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.

Así las cosas, advierte el Despacho que los requisitos para ordenar el suministro de una enfermera no se encuentran acreditados, en el entendido que se trata de una prestación que requiere necesariamente de la orden o

prescripción del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional. Si bien la afectada por las condiciones particulares de su enfermedad, requiere un cuidado permanente, también se puede concluir que reside en una institución geriátrica, donde se prestan los servicios de protección y cuidado de las personas adultas mayores; además, cuenta con un núcleo familiar conformado por hermanos.

Aunado las atenciones que requiere la señora Olga Rosa Díaz Polo se encuentran ligadas a sus cuidados básicos y cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, pueden ofrecerse por personas cercanas al paciente como sus familiares, quienes, en virtud del principio de solidaridad, deben garantizarlo.

Ahora, si fuere el caso evaluar la posibilidad de disponer otro servicio o atención para prestar las atenciones que requiere la afectada, como es el denominado “cuidador”, para ello también debe cumplirse con unos requisitos, tales como, que las necesidades del paciente sobrepasan la capacidad física o emocional del cuidador, menoscabo de los derechos fundamentales de la cuidadora e imposibilidad de entrenar a parientes o encargados. En este punto, la actora se limitó a informar que la afectada solo cuenta con el apoyo económico de una de sus hermanas; sin embargo, no le dio a esta judicatura elementos que permitan concluir que es una carga insostenible para la familia de la afectada cuidarla y asistirle en esta etapa de la vida, más aún cuando, se repite, reside en una institución geriátrica donde podrían brindarle las atenciones que requiere.

No obstante, lo anterior, ante la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, el Despacho advierte que es eficiente -de cara a la protección de los derechos fundamentales de la afectada- ordenar a la EPS accionada que suministre, en caso de que esta sea la voluntad de la accionante, una capacitación a quien esta designe, ya sea un familiar o personal de la institución geriátrica donde reside la señora Olga Rosa Díaz Polo, a fin de que obtenga información útil en los cuidados básicos del pretendiente y teniendo en cuenta las necesidades particulares y las patologías que padece. Para lo anterior, la accionante deberá informar, en el término de 10 días a la EPS Sura la persona que tomará la capacitación y esta

tendrá el término de 8 días para programar el servicio en los términos ordenados en esta providencia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita **Juez Trece Civil Municipal de Oralidad de Medellín**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. Negar el amparo constitucional solicitado por la señora **Gloria Stella Monsalve Duque** como agente oficiosa de la señora **Olga Rosa Díaz Polo** frente a **Suramericana S.A.**, por lo expuesto en esta providencia.

Segundo. Ordenar al Representante legal de la **EPS Suramericana S.A.** o quien haga sus veces, que suministre, en caso de que esta sea la voluntad de la accionante, **una capacitación** a quien esta designe, ya sea un familiar o personal de la institución geriátrica donde reside la señora **Olga Rosa Díaz Polo** a fin de que obtenga información útil en los cuidados básicos del pretendiente y teniendo en cuenta las necesidades particulares y las patologías que esta padece. Para lo anterior, la accionante deberá informar a la accionada, en el término máximo de 10 días la persona que tomará la capacitación y esta tendrá el término de 8 días para programar el servicio en los términos ordenados en esta providencia.

Tercero. Notificar a las partes la presente providencia e informarles que puede ser impugnada al correo electrónico cmpl13med@cendoj.ramajudicial.gov.co. En caso de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase inmediatamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

PAULA ANDREA SIERRA CARO

A.

JUEZ

Firmado Por:

Paula Andrea Sierra Caro

Juez

Civil 013 Oral

Juzgado Municipal

Antioquia - Medellin

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**82183a9b6e68c2e4a970e9ccf15ac0d44deec792acef7b96861b2111cec3
95ed**

Documento generado en 15/09/2021 01:51:44 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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