



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL NEIVA-HUILA

Cinco (05) de mayo de dos mil veinte (2020)

RAD: 2020-00137-00

1.- ASUNTO

Resuelve el Juzgado Quinto Civil Municipal de Neiva, la acción de tutela instaurada por el abogado **YHON EDINSON MOSQUERA DÍAZ** como agente oficioso del señor **MILTON DARÍO IBARRA CERÓN** en contra de **SANITAS E.P.S** y las vinculadas **COLPENSIONES, CITYMED** y **ADRES**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida y la seguridad social.

2.- HECHOS

Indica que el señor **MILTON DARÍO IBARRA CERÓN** actualmente padece de **MELANOMA MALIGNO DEL TRONCO (CÁNCER)** asociado a **HEMIPLEJIA ESPÁSTICA**, situación que le imposibilita ejercer su propia defensa, toda vez que se encuentra totalmente en una situación de indefensión.

Manifiesta que se encuentra vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, dentro del régimen contributivo, con la EPS **SANITAS S.A.**, como cotizante.

Argumenta que como se evidencia en la Historia Clínica de fecha 24 de marzo de 2020 cuando fue atendido en la Unidad de Oncología Surcolombiana Neiva por su médico tratante Dr. Ernesto Federico Benavides López, en donde se demuestra el diagnóstico, donde se puede verificar no solo su patología, sino que luego de haber recibido manejo en la ciudad de Cali, se le ha notado

disminución fuerza hemicuerpo izquierdo y de forma ocasional dos episodios aislados de movimientos anormales.

Que el 26 de marzo fue valorado nuevamente por la Dra. MARTHA CECILIA HERNÁNDEZ ORTIZ especialista en Medicina Física y Rehabilitación, en la IPS CITYMED ESPECIALIDAD EN SALUD, quien diagnóstico HEMIPLEJIA ESPASTICA asociado a MELANOMA MALIGNO DEL TRONCO.

Que, debido a su patología, el médico tratante ordenó el servicio de enfermería 6 horas al día durante 3 meses, servicio que ha sido negado por parte de la EPS SANITAS.

Que igualmente, se indicó por el mismo médico tratante, el servicio de valoración por medicina laboral de su Fondo de Pensiones para definir la pérdida de la capacidad laboral, sin que a la fecha la EPS SANITAS haya adelantado algún trámite o rinda algún concepto de Rehabilitación.

Que su cónyuge requiere de la presencia de un enfermero debido a la complejidad actual en que se encuentra el accionante, como quiera que le es imposible valerse por sí sólo, lo que le dificulta a su cónyuge atenderlo debido a que requiere apoyo permanente.

Que debido a su HEMIPLEJIA ESPÁSTICA, está recibiendo terapias en casa debido a la dificultad para el desplazamiento.

Que la EPS SANITAS ha incumplido con su obligación de autorizar el servicio de enfermería, cuando es necesario el suministro continuo de medicamentos y terapias ordenadas por el médico tratante, en dosis y cantidades exactas.

Que la cónyuge no cuenta con los recursos económicos suficientes para contratar el servicio de enfermería, razón por la cual tuvo que acudir al mecanismo de protección de los derechos fundamentales del señor MILTON DARÍO IBARRA CERON.

3.- TRÁMITE PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, se ordena imprimirle el trámite de rigor a la presente acción constitucional de tutela ordenando tener como pruebas las documentales aportadas con el escrito tutelar, oficiando a la accionada y vinculada, para que en el término de un (1) día, siguiente a la notificación, se pronunciaran sobre los hechos expuestos por la parte actora, y por consiguiente notificar a las partes dentro de las presentes diligencias, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 5 del Decreto 306 de 1992.

La **EPS SANITAS**, se pronunció frente a los hechos y pretensiones, argumentando que desde el momento de la afiliación del usuario, la entidad ha realizado el cubrimiento económico de los servicios que le han ordenado sus médicos tratantes.

Aclara que el servicio de enfermería se cubre si el paciente cuenta con una orden médica y cumple con unos criterios establecidos, aduciendo que si no se cumplen con dichos requisitos lo que se requiere es un CUIDADOR y éste no hace parte de los contenidos del plan de beneficios en salud.

Asevera que el cuidador puede ser un familiar que le colabore apoyándolo en los cuidados básicos de la vida diaria como el suministro de alimentos, aseo personal, y autocuidado, aseo e higiene, lavado bucal o limpieza de habitación, suministro de alimentos o medicamentos de consumo oral, aplicación de emolientes o lubricantes de piel, cambio de ropa, acompañamiento a consultas ambulatorias, diligencias personales, entre otras.

Comenta que, si bien las pretensiones del accionante pueden indicar que estas actividades sean ejecutadas por una enfermera, es claro que las funciones a desarrollar NO requieren de un recurso humano con formación profesional o técnica en salud, pues se trata de actividades de

asistencia social y no cuidados especiales que se enmarquen dentro del ámbito de la salud.

De otro lado, comenta que dentro del servicio de transporte al señor IBARRA CERÓN se la ha cubierto transporte aéreo a la ciudad de Cali a recibir tratamiento, y en la actualidad no tiene orden médica de Transporte, no obstante, si requiere traslado en ambulancia para desplazarse se cubrirá siempre que cuente con una orden médica.

En cuanto a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, las EPS solamente califica el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en algunos casos.

Manifiesta que de requerirse la calificación de la pérdida laboral para la obtención de una eventual pensión de invalidez, ésta responsabilidad recae directamente sobre la entidad aseguradora que asumió el respectivo riesgo, es decir, sobre la administradora de fondos de pensiones en los eventos de salud de origen común, o sobre la administradora de riesgos laborales si se trata de patologías generadas en riesgo laboral.

Por tal razón, se solicita que se declare que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados por el accionante y en consecuencia se deniegue las pretensiones de la tutela.

Que, de manera subsidiaria, en caso de tutelarse los derechos invocados, la orden sea explícita en el sentido de que la EPS SANITAS debe cubrir el CUIDADOR, como también el recobro a la entidad ADRES.

El **FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES**, manifestó que legalmente solo puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que éste es el marco de su competencia y en consecuencia, no se encuentra legalmente facultado para ello.

De otro lado aduce, que no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la trasgresión de los derechos fundamentales alegados.

Por tal razón, solicita se desvincule a la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva.

ADRES manifestó que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, pero en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el PBS con cargo a la UPC.

Por tanto solicita negar el amparo deprecado por la accionante, en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, desvinculándola de esta situación.

De otro lado, solicita abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, pues entraría a definir situaciones que son de competencia exclusiva de entidades administrativas por ministerio de la Ley y el Reglamento, y en nada afecta la prestación de servicio de salud.

Dentro del término concedido la **IPS CITYMED** no se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

4.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Este Despacho judicial es competente para conocer el presente asunto de tutela, de conformidad con lo estatuido en el Art. 86 de la Constitución Política; el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que establece que son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los

jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud; y el Decreto 1983 de 2017 que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 que señala que a los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las tutelas que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital, municipal, departamental y contra particulares.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Respecto el derecho fundamental a la salud la Corte Constitucional en sentencia T - 235 de 2018 con ponencia de la Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO indicó:

"33. El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

*En numerosas oportunidades[87] y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, **su carácter de servicio público**. En cuanto a esta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.*

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial[88] y legislativo[89], cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista

dogmático, a partir de la **Sentencia T-760 de 2008** se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

34. En aras de garantizar el derecho a la salud, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado[90].

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015[91], cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de (i) sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como (ii) generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; (iii) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; (iv) vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención; (v) controlar la comercialización de equipos médicos y

medicamentos; (vi) asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y (vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores[92].

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos[93].

La jurisprudencia constitucional[94] ha reconocido que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

36. Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de

derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[99].

En suma, el derecho a la salud (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable tanto a nivel individual como colectivo; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; (iv) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad; (v) se rige desde el punto normativo por los principios pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad.”

43. *En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado[122] que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.*

44. *Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de*

que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

45. Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la **Sentencia T-017 de 2013**[123], de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

46. Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008**[124], resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Respecto a la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador, la Corte Constitucional en sentencia T - 065 de 2018 de fecha 26 de febrero de 2018 con ponencia del Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS indicó:

4.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

4.2. En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "Plan de Beneficios en Salud" en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser

garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una "*alternativa a la atención hospitalaria institucional*" que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "*servicio de enfermería*" constituye una especie o clase de "*atención domiciliaria*" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.^[12]

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.^[13]

4.3. En relación con la atención de cuidador^[14], es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud^[15].

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico^[16], esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del

afiliado y no por el Estado^[17]. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta^[18]. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria”^[19] se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016^[20] estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente^[21]. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones

en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren^[22]. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos^[23].

La familia, entendida como institución básica de la sociedad^[24], conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: *“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 mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”*.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.^[25]

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^[26].

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^[27].

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

4.4. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y **(ii)** en lo relacionado con la atención de cuidador, esta 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 se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se

hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Respecto al régimen legal del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional en sentencia T - 427 de 2018 de fecha 19 de octubre de 2018 con ponencia del Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ indicó:

4.6.1. En el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez, cualquiera que sea su origen (común o laboral), el ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual es realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida de y la fecha en la que se estructuró. Como ya fue señalado, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida capacidad laboral.

4.6.2. Para definir el estado de invalidez y, por lo tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, el legislador ha establecido el procedimiento que se debe cumplir, el cual impone la participación activa del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación¹.

¹ Uno de los propósitos de integrar al proceso de calificación no solo al afectado, sino también a las entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de la pensión de invalidez, es el de garantizar su derecho al debido proceso. Ello sobre la base de considerar que los resultados que se adopten en dicho proceso comprometen su responsabilidad en el reconocimiento y pago de la prestación. Al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-093 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Con la expedición del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 19932, las entidades encargadas de determinar, en una primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias son Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales³, las Compañías Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud.

4.6.3. Tratándose de enfermedades de origen común, como lo es la que se invoca por el actor, se tiene que una

2 **“Artículo 41.** *Calificación del estado de invalidez.* <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. // Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. // El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. // Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. // Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. // Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. // <Texto adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen. // A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales. // <*Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía <e invalidez*> que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.”

3 Antes de la promulgación de la Ley 1562 de 2012 las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) se denominaban Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP).

vez ocurrido el hecho generador del posible estado de invalidez, la EPS deberá emitir el concepto de rehabilitación, favorable o no, antes del día 120 y enviarlo antes del día 150 de incapacidad temporal al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el solicitante. Este último deberá iniciar el trámite, bien sea directamente –en el caso de Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida– o a través de las entidades aseguradoras que asumen el riesgo de invalidez⁴ –en el caso de las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad–.

Agotada la primera valoración, el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que si el interesado no está de acuerdo con la calificación realizada, dentro de los cinco días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, podrá acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional⁵, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional.

En todo caso, de manera excepcional, es posible que los interesados acudan directamente a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, como lo dispone el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013, en donde se señala lo siguiente:

“Artículo 29. Casos en los cuales se puede recurrir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. El trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario podrán presentar la solicitud de

4 El artículo 70 de la Ley 100 de 1993 establece que la pensión de invalidez se financiará con “*la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes*”. (Negrilla fuera del texto original). Así las cosas, los fondos privados de pensiones deben contratar seguros previsionales para garantizar la financiación de las pensiones de invalidez o de sobrevivencia de sus afiliados.

5 El Decreto 1352 de 2013 “[p]or el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones” y que fue compilado en el Decreto 1072 de 2015, establece el trámite que se debe dar a las controversias que se presenten respecto de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos en primera oportunidad por las entidades señaladas en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

calificación o recurrir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez en los siguientes casos:

a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta.

Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. (...)"

Explicado lo anterior, se concluye que, por regla general, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez intervienen para decidir las controversias que surjan respecto de los dictámenes emitidos en primera oportunidad por las entidades enlistadas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y que, solo excepcionalmente, en los dos casos expuestos *ut supra*, se puede acudir de forma directa ante ella, con miras a obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

4.6.4. En este orden de ideas, una vez expuesto el marco normativo del proceso de calificación, la Sala hará una breve exposición del alcance que se le ha dado a este proceso jurisprudencialmente y a su connotación como derecho.

Sobre este punto, se tiene que la Corte de forma sistemática ha sostenido que la calificación de pérdida de

capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente⁶. En concreto, en la Sentencia T-038 de 2011⁷, se advirtió que:

“tal evaluación [la calificación de pérdida de capacidad laboral] permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento. Adicional a ello, la evaluación permite, desde el punto de vista médico[,] especificar las causas que la originan la disminución de la capacidad laboral.”

Atendiendo a la importancia del derecho que tienen las personas dentro del Sistema de Seguridad Social de recibir una calificación de su pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías *iusfundamentales* en que ella se funda.

4.6.5. En conclusión, se tiene que el Sistema de Seguridad en Pensiones protege la contingencia de la invalidez originada por un riesgo común, a través del reconocimiento y pago de una prestación pensional en favor de aquellos trabajadores que, como consecuencia de un accidente o

6 Sentencia T-056 de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

7 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

enfermedad no provocada, y de origen no laboral, ven afectada su capacidad laboral, y con ello la posibilidad de continuar procurando su auto sostenimiento. Para tal efecto, el legislador ha estructurado un trámite destinado a establecer el estado de invalidez que, en plena garantía del derecho constitucional al debido proceso, permite resolver, de manera definitiva, el porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, el origen de dicha contingencia y la fecha de su estructuración, dictamen que se convierte en el soporte de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social en los términos ya expuestos.

CASO CONCRETO

Prima facie diremos, que la acción de Tutela es un mecanismo Constitucional que tiene como finalidad sustancial, la protección de los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos establecidos en la ley y según los trazados jurisprudenciales citados en precedencia, con la primordial aplicación de los principios de inmediatez, efectividad y subsidiariedad.

Descendiendo al caso in examine tenemos que el abogado **YHON EDINSON MOSQUERA DÍAZ** como agente oficioso del señor **MILTON DARÍO IBARRA CERÓN** interpone la pretensa acción constitucional solicitando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y la seguridad social y en consecuencia se ordene a la **E.P.S SANITAS S.A.** que le autorice y garantice el servicio de **CUIDADOS POR ENFERMERIA (POR 6 HORAS)** durante 3 meses conforme lo ordenado por el médico tratante; que adelante los trámites pertinentes de VALORACIÓN POR MEDICINA LABORAL ANTE SU FONDO DE PENSIONES PARA DEFINIR LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL; además que sufrague los gastos de transporte que sean necesarios para él y su acompañante para la continuidad de los

procedimientos, exámenes y citas fuera o dentro de la ciudad y garantice la atención médico integral al paciente.

Delanteramente diremos que se concederá el amparo tutelar deprecado, ordenado por el médico tratante, sobre la prestación del servicio de **ENFERMERIA (POR 6 HORAS)** durante 3 meses al paciente MILTON DARÍO IBARRA CERÓN, con base en la consulta médica de fecha 26/03/2020 al paciente, por las siguientes razones:

En primer lugar, debemos indicar que efectivamente el médico tratante le ordenó al paciente el servicio de **ENFERMERIA (POR 6 HORAS)** durante 3 meses, como se avizora a folio 10 del expediente, de manera que no corresponde a un capricho de sus familiares, sino a una necesidad para el manejo de su patología.

En segundo lugar, porque no es de recibo para esta instancia judicial, que a pesar de contar con la orden emitida por su médico tratante, SANITAS E.P.S haya desatendido su obligación de autorizar y garantizar el servicio de enfermería, continuando por ende la transgresión de los derechos fundamentales y teniendo que recurrir el señor MILTON DARÍO IBARRA CERÓN, a través de su agente oficioso, abogado YHON EDINSON MOSQUERA DÍAZ, al juez constitucional para exigir la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del paciente.

Ahora bien, respecto de la solicitud deprecada por el abogado YHON EDINSON MOSQUERA DÍAZ como agente oficioso del accionante, en cuanto a los gastos de transporte que sean necesarios para el paciente y un acompañante para la continuidad de los procedimientos, exámenes y citas fuera o dentro de la ciudad, diremos que no se accederá a lo relacionado con el servicio de transporte, habida cuenta que revisado el expediente no se observa que la EPS SANITAS S.A. haya negado dicho servicio.

En efecto, a folio 49 del expediente, en su contestación a la presente acción constitucional, la EPS manifiesta que

al señor IBARRA CERÓN se le ha cubierto transporte aéreo a la ciudad de Cali a recibir tratamiento, lo que evidencia que cuando dicho servicio se requiere, es autorizado por la EPS.

De igual forma, con relación al tratamiento integral, no se concederá teniendo en cuenta que el juez de conocimiento no puede ordenar tratamientos, procedimientos o servicios por hechos futuros e inciertos, amen que adolece de los conocimientos en la lex artis médica para prescribir tratamientos a un paciente como en el sub judice.

En consecuencia, en cumplimiento a los lineamientos jurisprudenciales citados en precedencia se concede el amparo tutelar deprecado para proteger los derechos fundamentales a la salud, y vida digna del señor MILTON DARÍO IBARRA CERÓN, para lo cual se ordena a la **E.P.S SANITAS S.A.** que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y garantice el servicio de **ENFERMERÍA (POR 6 HORAS)** durante 3 meses, ordenado por su médico tratante.

Finalmente, se accederá a la pretensión deprecada por el señor IBARRA CERÓN a través de su agente oficioso, para que su EPS dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites encaminados a la valoración por medicina laboral del accionante, a través del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado, para determinar su pérdida de capacidad laboral.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, del señor

MILTON DARÍO IBARRA CERÓN, con base en la motivación de esta sentencia.

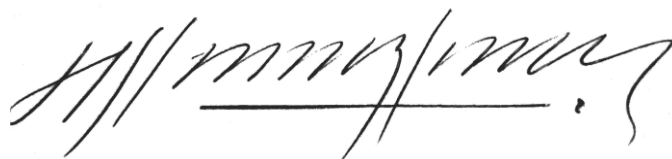
SEGUNDO. - ORDENAR a la **E.P.S SANITAS S.A.** que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y garantice al señor **MILTON DARÍO IBARRA CERÓN**, el servicio de **ENFERMERIA (POR 6 HORAS DIARIAS)** durante 3 meses, ordenado por su médico tratante en la consulta médica de fecha 26/03/2020 al paciente, con base en la motivación de esta sentencia.

TERCERO. - ORDENAR a la **E.P.S SANITAS S.A.** que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites encaminados a la VALORACIÓN POR MEDICINA LABORAL ante el FONDO DE PENSIONES a que pertenece el señor **MILTON DARÍO IBARRA CERÓN**, para definir su PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, ordenado por su médico tratante en la consulta médica de fecha 26/03/2020 al paciente, con base en la motivación de esta sentencia.

CUARTO.- NOTIFICAR este fallo a las partes en la forma y términos indicados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - En caso de no ser impugnada esta decisión, se ordena el envío de las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 31 ibídem.

NOTIFIQUESE,



HÉCTOR ÁLVAREZ LOZANO
JUEZ

mehp