



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Asunto:	Impugnación
Proceso:	Acción de Tutela
Radicado No:	66001-31-05-004-2023-00047-01
Accionante:	Jesús María Buitrago Zuluaga
Agente oficioso:	Teresita Buitrago Salazar
Accionado:	Nueva EPS, IPS Cuidarte tu Salud S.A.S. y Clínica San Rafael
Vinculado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES
Tema:	Derecho a la salud – daño consumado

Pereira, Risaralda, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Acta de Discusión No. 24 del 10-03-2023

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida el **16-02-2023** por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Jesús María Buitrago Zuluaga, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.304.253, quien actúa a través de agente oficioso y recibe notificación en la calle 89 No. 29 – 86 Manzana 7 casa 11 Santa Clara las Villas de Pereira y correo electrónico ter.24@hotmail.com en contra de la Nueva EPS, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S. y Clínica San Rafael; trámite al que se vinculó a la Administradora de los Recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres.

ANTECEDENTES

1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda

Quien promueve la acción pretende se protejan los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social y, en consecuencia, que los accionados en forma “integral” suministren los pañales, pañitos húmedos, cremas, suplementos alimenticios (Ensure), enfermera, apoyo de ambulancia para los desplazamientos a las citas médicas que no tiene atención domiciliaria como psiquiatría, medicina interna y demás que requiera a causa de las enfermedades que padece.

Asimismo, que se cubra todos los gastos que deba incurrir de llegarse a remitir a otra ciudad, los exámenes de laboratorio, entre otros.

Narró la agente oficioso que: i) su padre fue diagnosticado con “*Pangastopatía atrófica, úlcera duodenal forrest III gigante, biopsia duodeno, delirium hipoactivo sobrepuesto a demencia, síndrome de alteración de funciones mentales, síndrome de alteración de la marcha, síndrome anémico en estudio, EPOC, hipertensión arterial, fibrilación ventricular e hipertiroidismo*”; ii) por sus patologías requiere de una enfermera permanente, ya que necesita cuidados especiales para que no se generen escaras, pues se encuentra sin movilidad, postrado en cama; iii) cuida de su padre pero actualmente se encuentra vinculada laboralmente con el fin de “sobrellevar” la carga económica del hogar, pues debe asumir el pago del arriendo, alimentación, transporte y manutención de su hija de 18 años quien estudia en la Universidad Tecnológica de Pereira.

2. Pronunciamiento de los accionados y vinculado

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres solicitó negar al amparo pretendido porque ninguna acción u omisión ha ocasionado que vulnere los derechos fundamentales del actor y, agregó que de darse cualquier orden a las EPS no se acceda al recobro solicitado por esta porque los servicios, medicamentos o insumos que necesita el usuario se encuentran cubiertos a través de la UPC.

La Nueva EPS requirió no tutelar los derechos fundamentales del actor porque ha garantizado la prestación de los servicios médicos que requiere sin que exista órdenes médicas respecto del servicio de pañitos húmedos, alimento nutricional, auxiliar de enfermería y demás insumos requeridos en la tutela; además, algunos de los servicios se encuentran excluidos del Plan de Beneficios de Salud contenido en la Resolución No. 0002273 de 22-12-2021.

Clínica San Rafael solicitó la desvinculación de la tutela ante la inexistencia de vulneración de los derechos del señor Jesús María Buitrago Zapata que pueda ser imputada a la entidad.

La IPS Cuidarte tu Salud S.A.S. guardó silencio, pese a estar notificada.

3. Sentencia impugnada

EL Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira tuteló los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del accionante y, en consecuencia, ordenó a la Nueva EPS que le preste el servicio de cuidador, para lo cual, deberá realizar consulta médica domiciliaria para que se determine las condiciones en que se deberá prestar tal servicio, los días y las cualidades que debe tener el cuidador.

Asimismo, desvinculó del presente trámite a la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S., Clínica San Rafael y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres); además, negó las demás pretensiones de la tutela.

Para arribar a dicha determinación, circunscribió el problema jurídico a la necesidad de cuidador, en tanto, la agente oficiosa, mediante llamada telefónica, informó al despacho que la EPS, una vez promovió la acción, suministró los pañales, pañitos y demás servicios que habían sido prescritos por su médico.

Así, encontró acreditado la necesidad del paciente en recibir el servicio de cuidador, pues de acuerdo a la historia clínica de la IPS Cuidarte tu Salud S.A.S. aquel es incapaz de cuidarse solo, requiere de atención especial, no puede realizar las actividades cotidianas por sí solo; existe imposibilidad de su núcleo familiar de prestar el servicio, pues la hija es madre cabeza de hogar y la única que genera los ingresos para el sostenimiento del hogar y su nieta estudia en la Universidad; además, carecen de los recursos económicos para asumir los costos del cuidador y existe orden médica que dispone la prestación del servicio.

4. Impugnación

El accionante a través del agente oficioso solicitó adicionar el fallo de primera instancia, pues en su sentir omitió la *a quo* pronunciarse sobre el servicio de ambulancia para el desplazamiento que deba realizar a los diferentes especialistas, teniendo en cuenta las patologías que lo aquejan.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción al ser superior del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, Risaralda, quien profirió la decisión.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo lo expuesto la Sala se formulan los siguientes:

2.1. ¿Los accionados y vinculado vulneraron los derechos fundamentales del señor Jesús María Buitrago Zuluaga y por ende hay lugar a ampliar la orden dada por la primera instancia?

2.2. ¿En el presente caso se configuró hecho sobreviniente que implique el archivo de este trámite?

Previamente se precisará si se satisfacen los presupuestos de procedencia de la acción de tutela.

3. Requisitos de procedencia de la tutela

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los intervinientes, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad¹.

3.1. Legitimación

Está legitimado por activa el señor Jesús María Buitrago Zuluaga, quien actúa a través de agente oficioso al tenor del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y en lo que interesa a la tutela en la valoración le ordenaron: “*pañales talla L cada 8 horas*”

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Jesús María Buitrago Zuluaga vs. Nueva EPS, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S., Clínica San Rafael y ADRES. También lo están la Nueva EPS por ser su afiliado, la Clínica San Rafael y Cuidarte Tu Salud S.A.S. por ser las IPS a través de las cuales se emitieron las órdenes médicas a favor del afiliado (pág. 12 del c. 1).

3.2. Inmediatez

En relación con el requisito de la inmediatez, se encuentra satisfecho toda vez que entre la valoración médica del afiliado – 27-01-2023- y la interposición de esta tutela -08-02-2023- ha mediado menos de 6 meses, lapso que se considera razonable para incoar el amparo.

3.3. Derecho Fundamental y Subsidiariedad

No cabe duda que, los derechos a la salud, vida digna y seguridad social son fundamentales, siendo la acción constitucional el mecanismo idóneo para su protección.

Así se tienen satisfechos estos últimos presupuestos.

4. Solución al interrogante planteado

4.1 Fundamento jurídico

4.1.1. Derecho a la salud

La salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser garantizado atendiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad; derecho que se encuentra estatuido entre otros, en la Ley 100/93 y Ley 1751/15.

Es así como el artículo 6 de la Ley 1751 ib establece que el derecho a la salud comprende unos elementos y principios que guían la prestación de ese servicio, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional, los que convergen con el fin de que se garantice la atención integral en salud con alta calidad y con el personal idóneo y calificado, lo que permite adecuarlo a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 dispone que las EPS son las encargadas de cumplir con las obligaciones derivadas del aseguramiento,

Jesús María Buitrago Zuluaga vs. Nueva EPS, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S., Clínica San Rafael y ADRES. entendiendo este como la administración del riesgo financiero, la gestión en riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y la garantía en la calidad de la prestación de los servicios de salud, que a su vez materializa el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

4.1.2. Carencia actual de objeto por daño consumado y hecho sobreviniente

La tutela fue establecida como un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que resulten vulnerados o amenazados por una acción u omisión de cualquier autoridad pública; sin embargo, en algunos eventos el desaparecimiento de las circunstancias que dieron origen a la petición de amparo lleva a que la tutela pierda su “razón de ser” y, por ende, la doctrina constitucional ha agrupado en la categoría de “carencia actual de objeto” tres situaciones que se pueden presentar, esto es, hecho superado, daño consumado y hecho sobreviniente.

Así, la Corte en la sentencia SU522 de 2019 frente al daño consumado ha establecido que opera cuando se ha perfeccionado la afectación que se quería evitar con la tutela “(...) *de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela dé una orden para retrotraer la situación*”; figura que para su declaratoria, es necesario que se den los siguiente presupuestos: i) que al momento de interponer la acción era claro que el daño se había generado, caso en el cual el juez declarara improcedente el amparo; ii) si el daño se consume durante el trámite judicial, sea en primera, segunda o en sede de revisión, el fallador puede emitir órdenes adicionales para “*proteger la dimensión objetiva del derecho, evitar repeticiones o identificar los responsables*” y, iii) el daño debe ser irreversible, de no serlo, ninguna declaratoria de carencia actual de objeto se podría decretar.

A manera de ejemplo, la Corte señaló que el evento más común para invocar esta figura es cuando el peticionario ha fallecido en el transcurso de la tutela, pero aclaró que puede suceder que ese suceso no sea una consecuencia directa de la violación de derechos alegada en el escrito de tutela y mucho menos atribuible a la entidad demandada, por lo que en este supuesto se genera un “hecho sobreviniente”, sin que sea dable declarar hecho superado por cuanto la pretensión final del amparo no fue satisfecha.

Ahora, frente al hecho sobreviniente, en la sentencia en cita, el Máximo Órgano Constitucional trae a colación los casos en que se ha declarado, así: i) cuando el actor asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; ii) un tercero distinto a las partes logra que se satisfaga ese derecho fundamental; iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad o iv) el actor simplemente perdió interés en el objeto original de la litis.

Por último, precisó que en el caso de daño consumado es perentorio que el juez emita un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión debatida, precisando si el daño ocurrió durante el trámite de la tutela, si existió o no vulneración a los derechos de la parte que promovió la acción y emitir ordenes adicionales y, respecto al hecho sobreviniente indicó que no era necesario tal pronunciamiento.

42. Fundamento fáctico.

De entrada cumple advertir, que ninguna vulneración a los derechos fundamentales del señor Jesús María Buitrago Zuluaga se dio al momento de promoverse esta acción constitucional - 08-02-2023-; pues nótese que en los supuestos fácticos se omitió mencionar la acción u omisión imputable a las accionadas como transgresoras de los derechos a la salud y vida por la no entrega de medicamentos, pañales, pañitos húmedos, terapias y programación de citas con los internistas incluso ni siquiera mencionó que hubiera solicitado la necesidad de un cuidador exponiendo las razones para ello; por el contrario, con el material probatorio se logró demostrar que se le venía prestando el servicio de salud que requería según sus patologías.

En efecto, se le realizó al señor Buitrago Zuluaga antes de promover la acción constitucional una consulta médica el 27-01-2023, en la cual el médico tratante le prescribió algunos medicamentos, ordenó consultas con especialista en neurología, medicina interna y psiquiatría, dado que sus patologías eran "*pangastropatia atrófica, ulcera duodenal Forrest III Girante, demencia, síndrome de alteración de funciones mentales, síndrome de alteración de la marcha y síndrome anémico en estudio*". Adicionalmente le mandaron terapias físicas y respiratorias, 3 veces por semana.

Respecto de los medicamentos se infiere que los mismos fueron suministrados por la EPS, pues ninguna solicitud elevó aquella en la tutela ni mencionó su omisión.

Jesús María Buitrago Zuluaga vs. Nueva EPS, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S., Clínica San Rafael y ADRES. Asimismo, de las consultas con especialista en neurología, medicina interna, psiquiatría y terapias físicas y respiratorias que prescribió la IPS Clínica San Rafael ninguna referencia hace la agente oficiosa en la tutela sobre la negativa de la EPS en ordenarlos, por lo que se infiere que estos fueron prestados por esta última entidad.

De otro lado, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S. mediante consulta domiciliaria el **07-02-2023**, determinó un plan de seguimiento a favor del accionante, un “*Control médico y por enfermería ambulatorio mensual, terapia respiratoria 3 veces por semana, terapia física 3 veces por semana, plan cargado desde hospitalización*”, así como le prescribieron unos medicamentos, pañales y una interconsulta por nutrición y dietética (doc. 12 del c.1).

Respecto a los pañales, pañitos y sobre las terapias le fueron suministrados por la EPS, pues así se dice en la sentencia de primera instancia donde se informó que la accionante vía telefónica así lo dijo.

Frente al cuidador se advierte que ningún médico tratante lo ordenó ni la agente oficiosa lo solicitó, pues sobre esto no hace ninguna mención en los hechos de la tutela, como para poder imputar una omisión arbitraria a la EPS, por lo que ante la carencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante no había lugar a tutelarlos, lo que implicaría su revocatoria para negar la acción de amparo.

Sin embargo, en el curso de esta instancia la agente oficiosa informó vía correo electrónico que su padre había fallecido el 02-03-2023; hecho sobreviniente que no le es imputable a la EPS ni a las IPS, pues de la historia clínica no se desprende la existencia de algún procedimiento médico que requiriera y fuera vital para su subsistencia y que el mismo haya sido negado por las accionadas; razón por la cual, persiste la revocatoria por carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

CONCLUSIÓN

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia en los términos mencionados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia el **16-02-2023** por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Jesús María Buitrago Zuluaga, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.304.253, quien actúa a través de agente oficioso y recibe notificación en la calle 89 No. 29 – 86 Manzana 7 casa 11 Santa Clara las Villas de Pereira y correo electrónico ter.24@hotmail.com en contra de la Nueva EPS, la IPS Cuidarte Tu Salud S.A.S. y Clínica San Rafael; trámite al que se vinculó a la Administradora de los Recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres para en su lugar **DECLARAR** carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

Con firma electrónica al final del documento

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

(Con ausencia justificada)

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

Firmado Por:

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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: **039d3878deaf443f807a1b62f832d85e46ca26ba6c2a4c8c13384141eef8ed64**

Documento generado en 10/03/2023 10:51:53 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**