

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL**

Mosquera, cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2.020)

I. ASUNTO A TRATAR

En ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, **AURA LIGIA GARZON** actuando como Agente Oficioso de su madre **FIDELIGNA BELTRAN DE GARZON**, solicita se le amparen los derechos fundamentales a la salud, vida y derecho de petición, los cuales estima vulnerados por **SERVISALUD QCL EPS**, representada legalmente por **MAURICIO ALVAREZ GIL** y/o quien haga sus veces.

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, el Despacho profiere el presente fallo que pone fin a esta primera instancia.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS: Menciona la accionante como fundamentos fácticos los siguientes:

La agenciada, cuenta en la actualidad con 96 años de edad, fue diagnosticada con HEMIPLEGIA IZQUIERDA, HTA, CARDIOPATIA ISQUEMICA, INCONTINENCIA DE ESFINTERES y ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA (EPOC), por lo que a causa de su patología, requiere el uso permanente de pañales, pañitos húmedos y crema anti-pañalitis con el fin de evitar quemaduras y escamas, además requiere atención especial, dependiendo de los cuidados de un tercero las 24 horas al día.

Precisa que **SERVISALUD QCL EPS**, ha omitido el servicio de cuidador permanente, así como la entrega periódica de los insumos antes indicados, por lo que el día 8 de septiembre de 2020 a través de la página web de la EPS, radico un derecho de petición con asignación No. 9960, solicitando lo anteriormente indicado.

Manifiesta que no cuenta con los recursos para sufragar los gastos de los insumos.

2. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE: Además de la protección de las prerrogativas fundamentales, impetra se disponga el cuidador permanente de manera urgente para su señora madre, el suministro de pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis por la patología padecida.

CONTESTACIÓN AL AMPARO

1.- SERVISALUD QCL EPS: con fecha 23 de noviembre de 2020, se le notifico la presente acción a la entidad accionada quien dentro del término para contestar guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1.- Ha de partir el Despacho por admitir su competencia para conocer el presente asunto, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el art. 1º numeral 1º del Decreto 1983 de 2017 que modificó el art. 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

2.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o particulares en ciertos casos.

La finalidad última de esta causa constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

3.- Se encuentra que las exigencias del petitum se centran básicamente en que **SERVISALUD QCL EPS** le asigne a FIDELIGNA BELTRAN DE GARZON el servicio de (cuidador) enfermería domiciliaria las 24 horas del día y el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis debido a su patología y se pronuncie sobre la petición elevada el día 8 de septiembre de 2020 a través de la página web de la EPS, con asignación No. 9960.

4.- Descendiendo al caso materia de estudio, procede el despacho a determinar si la accionada **SERVISALUD QCL EPS**, vulneró los derechos fundamentales del accionante al no autorizar y suministrar el servicio de (cuidador) enfermería domiciliaria las 24 horas del día y el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis, para mitigar el padecimiento del agenciado y si a la vez ha dado respuesta la petición incoada por la aquí accionante.

5.- Bajo este norte de comprensión, debe tenerse en cuenta que las empresas prestadoras de servicios de salud, están en el deber de garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, en razón de la prestación que les ha sido confiada, la cual deberá cumplirse bajo los principios que enmarcan su función, no pudiendo incurrir en omisiones o realizar actos que comprometan la continuidad y eficacia del servicio.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional, en reiteración de jurisprudencia puntualizó que:

“...La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible.”¹.

Más, debe ponerse de relieve que hoy día el avance jurisprudencial, de cara al artículo 49 de la Constitución Política y el desarrollo legal – Ley 1751 de 2015- ha considerado el derecho a la salud como una garantía iusfundamental que debe prestarse dentro los principios de oportunidad, eficacia, calidad, integralidad y continuidad.

La Corte Constitucional ha estudiado múltiples casos en los que se acude a la acción de tutela por medio de la figura jurídica de la agencia oficiosa para reclamar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, concretamente en relación con el acceso a servicios de salud de personas de la tercera edad, que no se encuentran en condiciones de promover su propia defensa. En primer lugar, ha desarrollado en diversos pronunciamientos el contenido y alcance del derecho a la salud, donde ha establecido que este no es únicamente un servicio a cargo del Estado, sino un derecho fundamental autónomo y en sí mismo, relacionado y conectado directamente con la vida, la integridad

¹ Sent. T-121/15

física y mental, y la dignidad humana, porque disfrutar de una buena salud es indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales y una buena calidad de vida, protegiendo no sólo el ámbito físico de la persona, sino también el psíquico entre otras. Estas estudiaron casos de agentes oficiosos, que vía tutela solicitaron el suministro de servicios y medicamentos, por afecciones de salud de personas de la tercera edad.

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que en el caso de las personas que demandan servicios que se requieren con necesidad, cuando los mismos son indispensable para el mantenimiento de su salud, integridad, y para llevar la vida en condiciones dignas, se encuentren o no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud (PBS), y la persona que los necesita carece de medios económicos para sufragarlos, el costo de los mismos debe ser asumido por el Estado y atendido por las Entidades Promotoras de Salud de manera integral.

En ese sentido, cualquier persona que los requiera con urgencia y necesidad, de acuerdo con el concepto de la E.P.S o su médico tratante, tiene derecho a acceder efectiva y oportunamente al suministro a lo que la E.P.S debe proceder a autorizar y brindarlo sin dilación, tan pronto tengan conocimiento de que existe orden médica. Si ésta no existe, procede el derecho de toda persona a que se le realicen exámenes diagnósticos indispensables para determinar si lo pedido, a través de la acción, debe ser suministrado por la Entidad responsable. Subrayado fuera del texto. Sentencias T-840 de 2012 y T-549 de 2013 y Sentencia T-057/20

6.- Así las cosas, del análisis del material probatorio, se observa que la accionante no allegó las ordenes medicas donde le ordenan lo aquí solicitado, por los tanto con fecha 02 de diciembre se requiere para que las aporte y en su escrito de contestación manifiesta que procedió a solicitar lo requerido al médico tratante Yuli Katherine Buitrago, funcionaria de la EPS SERVISALUD QCL y la respuesta fue negativa.

Ahora bien, como se señaló NO existe una orden médica emanada por el médico tratante, que dispuso tales insumos la que no puede interpretarse de otra forma sino como un mecanismo necesario y prioritario para palear la enfermedad y hacer más llevadera la vida del paciente para efectos de respetar su dignidad humana y desde luego los derechos invocados.

Lo que impide que el amparo progrese, por los menos en la forma solicitada, atañe a ese criterio de necesidad como garantía de accesibilidad a los servicios de salud, del que tantas veces ha hablado la jurisprudencia.

En efecto, ha dicho la doctrina constitucional que:

“[d]e acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud”. [T-023 de 2013]

Y en ese preciso supuesto de hecho del que habla la Corte es el que se enmarca en caso concreto, pues si bien la tutela es suficientemente clara y enfática en aludir a la precariedad de salud de **FIDELIGNA BELTRAN DE GARZON**, incluso al de la agente oficiosa, no existe o, por lo menos, no se allega prueba de que los servicios solicitados hayan sido ordenados por un profesional en la materia, de tal suerte que el Juez Constitucional pudiese verificar la necesidad de los mismos, y por ahí derecho predicar, válidamente, la transgresión de garantías fundamentales en cabeza de la accionada.

Si lo anterior es así, lo propio sería entonces negar el amparo deprecado; sin embargo, esa misma jurisprudencia constitucional ha dicho que:

La Corte ha admitido que una persona solicite a su EPS un servicio de salud sobre el cual no existe remisión médica, en algunos casos especialísimos. En estos casos, el derecho a la salud se protege en la faceta de diagnóstico. La Corte ha señalado que una faceta del derecho fundamental a la salud es el derecho al diagnóstico; de acuerdo con éste, todo el usuario del Sistema de Salud tiene derecho a que la entidad de salud responsable, les realice las valoraciones médicas tendientes a determinar si un servicio médico, por ellos solicitados, y que no ha sido ordenado por el médico o especialista tratante, debe ser autorizado o no. De acuerdo con lo anterior, una entidad integrante del Sistema no puede negar un servicio médico, aduciendo, exclusivamente, que no existe prescripción médica, o que el mismo no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios; es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Esta decisión debe ser, además, comunicada al usuario".
[sentencia citada]

Entonces, lo que dice la jurisprudencia, en resumen, es que el criterio del médico tratante al momento de autorizar determinado servicio o tratamiento médico resulta ineluctable, a tal punto que no es posible soslayarlo por el juez de tutela. Con todo, ello no significa que el derecho a la salud del accionante quede en vilo, pues en ante la ausencia de orden del facultativo bien puede ampararse dicha garantía constitucional, pero por vía del llamado "derecho al diagnóstico".

Bajo esa premisa jurisprudencial, entonces, se negará la tutela en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud en la forma pretendida, amparando el derecho al diagnóstico.

En lo que concierne a la capacidad económica de la actora, debe atenderse los parámetros jurisprudenciales sobre la materia, y al respecto al H. Corte Constitucional en Sentencia T- 171 de 2016, expresó que:

"... Cuando el accionante alegue carencia de recursos económicos para acceder al insumo o servicio médico requerido, le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación. Ello es así por las siguientes razones: (i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. El juez de tutela debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para que éste cuente con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión. Sobre todo en aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente..."

Es de ver, entonces, que el Juez Constitucional debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan tomar una decisión al respecto.

En este caso el gestor, efectuó una afirmación indefinida, luego no requiere prueba y la carga de desvirtuarla se invierte, sin que la EPS haya efectuado pronunciamiento alguno sobre este punto en particular.

7.- Respecto al SERVICIO CUIDADOR (ENFERMERIA), solicitado, se negará también, dado que no obra orden medica que determine la necesidad del servicio, aunque éste servicio domiciliario está incluido dentro los servicios y tecnologías de salud, financiados con recursos de la UPC, razón por la cual su prestación debe estar garantizada por las EPS. **No obstante, para que se defina su prestación, debe ser autorizada por el médico tratante, quien de acuerdo con el conocimiento del caso concreto y al máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología, determinará aquellos casos en los cuales el servicio a prestar es el de “auxiliar de enfermería”.**

Por lo anterior, se le recuerda al accionante que debe acudir ante el galeno tratante quien bajo la óptica de la historia clínica del paciente revisara el tipo de servicio que satisfaga sus necesidades básicas.

La Acción de Tutela resulta improcedente, **cuando a través de su ejercicio se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine**, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente. Particularmente. (Sentencia T-345 de 2013).

8.- Finalmente frente al DERECHO DE PETICIÓN elevado por la accionante el día 8 de septiembre de 2020 a través de la página web de la EPS, con asignación No. 9960, éste se define como la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas y de obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado, que es:

“a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo.” 2

En orden a lo anterior, la contestación plena es aquella que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta, sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses y/o que por ello se le tenga que suministrar información y/o expedir la documentación requerida.

En este asunto se puede establecer que efectivamente el accionante radicó una petición el día 8 de septiembre de 2020 a través de la página web de la EPS, con asignación No. 9960, ante la entidad accionada conforme la documentación aportada, situación que no fue desvirtuada, tampoco obra en el plenario respuesta, a pesar que el término establecido en el art. 14 de ley 1755 de 2.015 para emitir la contestación ya feneció.

Así, en orden a la falta de contestación en virtud de lo consagrado a lo art. 20 del decreto 2591 de 1991, el despacho tendrá por ciertos los hechos narrados por el tutelante.

Se concluye, que en este asunto al accionante se le está violentado el derecho fundamental de petición, el cual debe ser objeto de protección.

² Sentencia T. 487/17

DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA - CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR EL DERECHO A LA SALUD incoado por **AURA LIGIA GARZON** en representación de su madre **FIDELIGNA BELTRAN DE GARZON** contra **SERVISALUD QCL EPS**, Representada Legalmente por **MAURICIO ALVAREZ GIL** o quien haga sus veces., concretamente en lo que hace al **DERECHO AL DIAGNÓSTICO**, en tal sentido se ordena que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, programe una cita, que deberá ser asignada dentro de los **CINCO (5) HÁBILES** siguientes al termino antes otorgado, con un especialista de acuerdo a la patología que actualmente sufre **FIDELIGNA BELTRAN DE GARZON**, en procura que determine el plan de manejo a seguir e insumos requeridos por la agenciada para mitigar la enfermedad que padece.

SEGUNDO: TUTELAR Y AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION DE PETICION, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente fallo y en consecuencia **ORDENAR**, a **SERVISALUD QCL EPS**, Representada Legalmente por **MAURICIO ALVAREZ GIL** o quien haga sus veces que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación del presente provisto, proceda si aún no lo ha hecho a contestar el derecho de petición radicado el día 8 de septiembre de 2020 a través de la página web de la EPS, con asignación No. 9960.

TERCERO: NEGAR el servicio de **(CUIDADOR) ENFERMERÍA DOMICILIARIA** las 24 horas del día y el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y crema anti-pañalitis.

CUARTO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO a las partes, y de no ser posible por el medio más expedito.

QUINTO: Si este fallo no es impugnado, envíese a la corte constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:

**MARIA DEL PILAR OÑATE SANCHEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA**

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:

647a759e40d64f17275cb8a1a1fda3fc7f1b5063842cd4cc0794fc4d0e5271b5

Documento generado en 04/12/2020 03:26:08 p.m.

RAD: 25-473-40-03-001-2020-00996-00

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**