

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Diecinueve Civil Municipal

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Ref. Acción de tutela No. 2021-00658

I.OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde frente a la acción de tutela incoada por Martha Jeanette Hernández y Liliam Carolina Rivas Hernández en contra de Emanuel IPS y Famisanar EPS.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte accionante solicitó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, integridad física y seguridad social en salud, que considera vulnerados por la accionada, en consecuencia, pide que se ordene a las entidades accionadas suministrar el servicio de enfermera domiciliaria a la mayor brevedad posible con retroactividad.

2. Fundamentos fácticos

1. La actora, coadyuvada por su madre Martha Jeanette Hernández. adujo que cuenta con 34 años de edad, el pasado 2 de mayo ingresó a la Clínica Palermo con un diagnóstico SARS/COC-2 O (Covid-19) que le ocasionó un Choque séptico Pulmonar (Neumonía multilobar viral grave más falla Ventilatoria) y colonización traqueal por germen KPC y además obstrucción intestinal en colon derecho, más perforación causando peritonitis por lo cual requirió laparotomía exploratoria, teniendo una *Hemicolectomía Derecha*, así mismo, tuvo un derrame perdiendo sangre durante su estancia en la unidad de cuidados intensivos y pérdida de oxígeno por lo que se le tuvo que realizar reanimación.

2. Indicó que tiene obesidad mordida, diabetes tipo 2, hipertensión arterial, trastorno mixto de ansiedad con Borden Line e hipotiroidismo, después de 55 días en la Clínica Palermo fue dada de alta con PHD (Plan de Hospitalización Domiciliaria) servicio que debía ser prestado por la IPS Emmanuel, el plan incluye “*TERAPIA RESPIRATORIA, TERAPIA FISICA, TERAPIA OCUPACIONAL Y SERVICIO DE ENFERMERA DOMICILIARIA*”, adicionalmente requiere oxígeno permanente.

3. Señaló que fue dada de alta el 26 de junio del año en curso y ese mismo día la IPS en mención, realizó la valoración por enfermera, no obstante, a la fecha solo la han visitado 4 días (4, 6, 7 y 8 de julio) un supernumerario que prestó el servicio de reemplazo bastante deficiente, razón por la que, se ha comunicado con la IPS EMMANUEL quien adujo no contar con el personal de enfermería y que se encuentra en proceso de contratación.

4. Manifestó que debido a su rehabilitación requiere ayuda para bañarse, vestirse, comer, tiene oxígeno permanente, se encuentra en proceso de respirar

por sí misma, por lo cual la continuidad en las terapias y en su proceso de rehabilitación tanto física como respiratoria y ocupacional debe ser constante debiendo acudir a un servicio particular que resulta bastante costoso.

3. Trámite procesal

La acción de tutela se admitió mediante proveído de 16 de julio de la presente anualidad, y se dispuso la vinculación de Secretaría Distrital de Salud, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, Superintendencia Nacional de Salud y la Clínica Palermo.

1. En respuesta al requerimiento efectuado, la **CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN**, en representación de la **CLÍNICA PALERMO**, informó que una vez la entidad promotora de salud de la cual haga parte el paciente autorice el procedimiento, consulta o examen la institución lo atiende en razón a la existencia previa de un contrato de prestación de servicios en salud suscrito con la respectiva EPS, salvo que se trate de una urgencia, evento en el cual se realizan los procedimientos sin mediar autorización o pago previo, de ahí que, no sea la persona jurídica responsable de las autorizaciones y del suministro de medicamentos o insumos, máxime cuando en ningún momento se ha denegado o condicionado la atención de la paciente, sin que actualmente cuente con ocupación, pues tiene más de 250 pacientes entre hospitalizados y en observación en el servicio de urgencias.

2. Por su parte la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, afirmó que la señora Liliam Carolina Rivas Hernández se encuentra afiliada al régimen contributivo como cotizante, cuenta con 34 años de edad, presenta un diagnóstico de “INFECCIÓN POR SARS COV 2, CHOQUE SEPTICO PULMONAR Y ABDOMINAL HEMICOLECTOMÍA, NEUMONÍA MULTILobar VIRAL GRAVE” a quien se ordenó por parte de su médico tratante atención domiciliaria (TERAPIA RESPIRATORIA 12 sesiones mes, TERAPIA FÍSICA 12 sesiones mes, TERAPIA OCUPACIONAL 12 sesiones mes y SERVICIO DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA 12 horas al día por 30 días, visita médica una vez mes), todo incluido en el Plan de Beneficios en Salud, por lo que la EPS accionada debe realizar las atenciones ordenadas, sin dilación alguna.

Agregó que acreditada la orden del médico tratante, se pueden despachar favorablemente las pretensiones de la acción de tutela correspondiendo a FAMISANAR EPS, prestar los servicios de salud al usuario que cuenten con el respectivo aval médico de manera oportuna, continuada y sin dilaciones a través de un prestador dentro de su red contratada con el fin de prevenir, paliar o curar la enfermedad padecida con independencia de su origen o la condición de salud, de manera que no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos fundamentales del convocante solicitando su desvinculación del presente trámite.

3. De otro lado, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** solicitó su desvinculación de la presente acción ya que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad circunstancia que impone declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues son las entidades promotoras de salud las llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud incluidos en el sistema general de seguridad social teniendo en cuenta que es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de inspección, vigilancia y control

debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema.

Aunado a lo anterior, informó que se debe tener en cuenta la prevalencia del médico tratante en los conflictos que puedan suscitarse entre éste y la E.P.S accionada, porque la decisión de ordenar un servicio obedece a la enfermedad y síntomas que padece el usuario, a la formación y conocimiento del galeno, sin que puedan imponerse trabas administrativas que impidan el acceso efectivo a la atención en salud.

4. Finalmente, **LA EPS FAMISANAR** manifestó que, una vez conocida la existencia de la presente acción, procedió a establecer el estado de la prestación del servicio con el área responsable informando que el servicio domiciliario se encuentra asignado con la IPS Emmanuel, quien confirma retoma del servicio de enfermería a partir del 22 de julio de 2021, lo cual por temas netamente administrativos de la IPS no se ha logrado dar cumplimiento a la prestación. No obstante, acorde con los incumplimientos identificados se define cambio de IPS a partir del próximo 28 de julio con la IPS Rohi, quien continuará con los servicios domiciliarios que se definan para la usuaria.

De modo que la programación de enfermera domiciliaria solicitada, se encuentra debidamente autorizada en cumplimiento de las obligaciones que le asisten con respecto a la normatividad que así lo establece y rige de manera general el Sistema de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, la responsabilidad es subjetiva siendo obligación de la IPS a donde se encuentra dirigido el servicio autorizado para la programación para la práctica de los procedimientos solicitando denegar el amparo constitucional teniendo en cuenta que ha venido garantizando de manera eficaz los servicios requeridos por la paciente y conforme a las ordenes medicas expedidas por los galenos tratantes, concluyendo de esta manera que se configura una carencia de objeto por hecho superado.

4. Problema jurídico

El Despacho advierte que el problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si se están vulnerando o no los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, integridad física y seguridad social en salud.

II. CONSIDERACIONES

1. Expuesto lo anterior se advierte que esta sede es competente para decidir la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el artículo el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, en virtud del cual se expidió el “*decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”.

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 por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, que preste “*un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión*”, y no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

3. Sobre la garantía al derecho a la salud, es preciso señalar que en la Ley 1751 de 2015 se dispuso que es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción (art. 2, ib.), tal como ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, según la cual *“el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela, [en especial] cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad [y] quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer”* (C. Const. Sent. T-062/17).

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que *“la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que, además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud”* (C. Const. Sent. T-384/13).

Además, la garantía del derecho fundamental a la salud se concreta en la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, que incluya la promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Es así, como en los artículos 1° y 2° de la Ley 1751 de 2015 se dispuso que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción, lo que implica *“la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos”* (lit. i, art. 10 ib).

De otro lado, recuérdese que de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud son las llamadas a garantizar la asistencia médica de sus afiliados, de manera directa o indirecta, a través de las instituciones que contratan, dado que los convenios suscritos con las IPS tienen la finalidad de suministrar todos los servicios de salud que requieran los pacientes. Su deber no se limita a autorizarlos en aquellas, sino también a garantizar que se presten oportunamente los servicios que fueron aprobados.

En ese sentido, la prestación del servicio debe darse de inmediato, sin que el afiliado se vea afectado por los trámites administrativos que le correspondan a las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que puedan poner en peligro su salud y su vida.

4. Ahora bien, en lo que tiene que ver con aquellos pacientes que por su estado de salud se encuentran en imposibilidad física para realizar por sí mismos actividades ordinarias que debe realizar cualquier ser humano y que requieren de cuidados especializados en su lugar de domicilio que deben ser brindados por persona con conocimientos calificados en el área de la salud el legislador y la jurisprudencia para garantizar la efectividad del principio de dignidad humana, ha reconocido el servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-260 de 2020 precisó:

*“(i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud, (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018, como la modalidad extramural 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 la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de **enfermedad** en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible **de alto impacto en la calidad de vida**; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, **si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.**” (énfasis fuera de texto)*

Bajo esta perspectiva cumple precisar que el criterio del profesional de la salud resulta de vital importancia pues en el marco de su autonomía conoce de primera mano las circunstancias específicas relacionadas con el estado de salud del paciente, así como, la conveniencia de cierto tratamiento en pro de su rehabilitación, la Corporación en cita ha decantado:

*“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” (subraya el despacho)*

Al margen de lo anterior de manera excepcional y atendiendo a la particularidad de cada caso pese a no existir orden del médico tratante que avale la prestación de un servicio de salud, le está dado al juez de tutela cuando advierta que el mismo es de carácter indispensable para garantizar la salud y la vida en condiciones dignas al usuario ordenar su protección a través de este mecanismo constitucional

5. Conforme a las anteriores precisiones de orden legal y jurisprudencial, descendiendo al caso puesto a consideración y revisados los medios de convicción obrantes en el plenario, se advierte que la señora Liliam Carolina Rivas Hernández cuenta con 34 años de edad y desde el 31 de mayo de 1996 se encuentra afiliada a la E.P.S FAMISANAR a través del régimen contributivo en calidad de cotizante.

Según se constata de la historia clínica obrante al interior del asunto presenta antecedentes patológicos de: Infección por SARS/COV-2 confirmada por PCR el 2 de mayo de la presente anualidad, choque séptico pulmonar y abdominal, neumonía multilobar viral grave, neumonía por K. Pneumoniae, falla ventilatoria, traqueostomía percutánea realizada el 25 de mayo de 2021, colonización traqueal por germen KPC por lo que requirió hemoderivados en esa hospitalización, obesidad mórbida, diabetes tipo 2, hipertensión arterial, trastorno mixto de ansiedad y depresión, trastorno de personalidad límite, hipotiroidismo y antecedentes de consumo de SPA.

En razón a lo anterior su médico tratante determinó el siguiente plan de manejo: **i)** visita médica por médico general, domiciliaria, mensual paciente crónico, **ii)** terapia física, domiciliaria, 12 por sesiones mes, **iii)** terapia ocupacional, domiciliaria, 12 por mes, **iv)** terapia respiratoria, domiciliaria, 12 sesiones por mes, **v)** cuidados por enfermería, domiciliaria, 12 horas al día, por 30 días, domingo a domingo y **vi)** valoración por nutrición una vez por mes, así como, manejo farmacológico.

Bajo esta perspectiva, del informe rendido por la entidad promotora de salud accionada FAMISANAR E.P.S, el cual se entiende rendido bajo la gravedad de juramento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2591, se advierte que el servicio de enfermería ordenado fue autorizado y ha sido prestado en la forma prescrita en el domicilio de la paciente desde el pasado 22 de julio, circunstancia que fue confirmada por la misma accionante mediante comunicación telefónica.

De lo anterior se desprende que en presente asunto concurre una situación de hecho superado pues durante el trámite de la acción constitucional el ente encartado acreditó la programación y efectiva prestación de los servicios de salud requeridos por la promotora del amparo, siendo así, cualquier pronunciamiento en tal sentido resultaría inocuo sin que se advierta que la accionada se sustraiga de manera arbitraria de cumplir con sus funciones o que hoy por hoy estén vulnerando los derechos fundamentales deprecados a través de conductas que obstaculicen o limiten la continua atención en salud, lo que impone negar el amparo incoado por carencia actual de objeto.

Sobre esta figura, cumple precisar que se presenta frente al acaecimiento de dos supuestos: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado; el primero, téngase en cuenta que es aquel que “*se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez*” (C. Const. Sent.T-970/14). Lo cual quiere decir que ha desaparecido la vulneración que propició la acción de tutela, por tanto, ante dicha situación la decisión del juez no tendría efecto alguno. Al respecto el máximo tribunal en materia constitucional ha expresado que:

“Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”¹

En ese orden de ideas, comoquiera que el auxiliar de enfermería designado ha acudido a prestar los servicios médicos en salud que requiere la actora para su rehabilitación dada la gravedad de las patologías padecidas, las circunstancias que han dado origen a la solicitud amparo han desaparecido perdiendo su razón de ser, siendo procedente concluir que en la actualidad no existe vulneración o amenaza de las prerrogativas constitucionales de que es titular la aquí actora, pese a ello, es dable advertir a la entidad promotora de salud convocada que en lo sucesivo debe continuar prestando el servicio de manera oportuna, celeres y sin dilación alguna conforme a las recomendaciones dadas por el médico tratante y por el término establecido incluso si se presenta un cambio en la Institución Prestadora del Servicio de Salud encargada de asignar el profesional en salud que prestará los cuidados necesarios a Liliam Carolina Rivas Hernández.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-038 de 2019, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo a los derechos fundamentales incoados por Martha Jeanette Hernández y Liliam Carolina Rivas Hernández, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADVERTIR a la EPS FAMISANAR que en lo sucesivo debe continuar prestando el servicio de manera oportuna, celeré y sin dilación alguna conforme a las recomendaciones emitidas por el médico tratante y atendiendo al término establecido incluso si se presenta un cambio en la Institución Prestadora del Servicio de Salud encargada de asignar el profesional en salud que prestará los cuidados necesarios a Liliam Carolina Rivas Hernández.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si el actual proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

**IRIS MILDRED GUTIÉRREZ
JUEZ**

Firmado Por:

**IRIS MILDRED GUTIERREZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 019 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

Código de verificación: **87232cf3910330a9cebb9497becf1f47cf4aed462ccb34aafe179ec7a653eef**

Documento generado en 28/07/2021 04:11:52 p. m.