

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Referencia 11001 40 03 057 2021 0430 00 Acción de Tutela

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir el fallo que corresponda dentro de la acción constitucional del epígrafe.

I. ANTECEDENTE

1. La señora MARTHA CONSUELO REY ALVAREZ en representación de ALICIA ALVAREZ HERNANDEZ presentó acción de tutela contra la EPS UT SERVISALUD SAN JOSE para obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida, integridad personal, dignidad humana, y seguridad social que consideró vulnerados por parte de la entidad encartada.

2. La situación fáctica planteada se compendia a:

2.1. La señora Alicia Álvarez Hernández, se encuentra afiliada al sistema de salud en la EPS Servisalud, desde hace más de 30 años.

2.2. El 7 de octubre de 2020 fue trasladada de urgencias al Hospital Simón Bolívar, donde se le diagnosticó trastorno psicótico agudo de tipo esquizofrénico y FO3X demencia no especificada.

2.3. El 8 de octubre de 2020 fue remitida al hospital de salud mental Fray Bartolomé de Las Casas, tras presentar un episodio paranoide.

2.4. El 10 de octubre de 2020 fue remitida al centro de salud mental Funsabiam, donde fue valorada por un especialista en psiquiatría.

2.5. El 20 de octubre de 2020, el médico tratante realizó una valoración provisional a la señora Alicia Álvarez Hernández, determinando que debía ser internada en un centro especializado de salud mental.

2.6. La entidad encartada no sufraga dicha instancia, sino por el tiempo que se requiere para estabilizar al paciente.

2.7. Advierte que, debido a ello procedió a suscribir un contrato particular con Funsabiam, el cual tiene un costo mensual de \$1.200.000.00.

2.8. El 4 de noviembre de 2020, el médico tratante le diagnosticó a la señora Alicia Álvarez Hernández demencia no especificada (FO3X), señalando que requiere de tratamiento psicofarmacológico permanente, asistencia permanente para actividades diarias, y que la paciente no está en capacidades para administrar sus bienes.

2.9. El 28 de abril de 2021, el Juzgado Veintitrés de Familia de Oralidad de Bogotá, admitió la demanda de adjudicación de apoyo transitorio.

2.10. El 28 de enero de 2021, radico derecho de petición ante la entidad cuestionada a efecto de que asumiera los costos de alojamiento, cuidado básico, y recreación de adulto mayor.

2.11. Tras presentarse una reclamación por no haberse dado respuesta a su solicitud, la entidad cuestionada le indico que en caso de generarse cobros que estén previstos en el plan de beneficios, debe presentarse la respetiva reclamación de reembolso.

3. Pretende a través de esta queja el amparo de las prerrogativas incoadas, y que se ordene a la entidad accionada EPS UT SERVISALUD SAN JOSE que asuma “...los costos totales por concepto de alojamiento, cuidado básico y recreación al adulto mayor con los respectivos servicios de enfermería, alimentación (según la dieta recomendada), servicios generales, valoración psiquiátrica, terapia ocupacional, psicológica, control en la administración de medicamentos, toma de signos vitales y la correspondiente valoración médica cuando el paciente lo requiera....”.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Este Despacho avocó el conocimiento de la acción mediante auto calendaro 5 de mayo de 2021, ordenándose notificar a la EPS UT SERVISALUD SAN JOSE, para que ejerciera su derecho de defensa. Adicionalmente se vinculó a la Secretaria de Salud Distrital, la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, el Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A., y FUNSABIAM.

2. La Secretaria Distrital de Salud señaló, que la señora Alicia Álvarez Hernández no está registrada en la base de datos de ADRES, por ende, la reclamación incoada debe ser directamente asumida por la entidad encartada, ya que le compete dispensar los servicios de salud que estén en el plan de beneficios. Agregando, que los gastos por alojamiento y asistencia de enfermería deben estar expresamente prescritos por el médico tratante para poder ser exigidos ante la Entidad Promotora de Salud.

3. La UT Servisalud San José manifestó, que dicha entidad no cumple con las funciones de EPS, sino que es una unión temporal contratada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio administrado por la Fiduprevisora S.A, quienes son los responsables de prestar los servicios médico-asistenciales de los docentes públicos activos, pensionados y sus beneficiarios, según lo prevé artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Agregando que la Fiduprevisora es la entidad que se encarga de la contratación de IPS, el reporte de novedades de ingreso y/o retiro de los docentes o sus beneficiarios, y procede a afiliar o suspender los servicios asistenciales.

De igual forma precisó, que consultada con el área de psiquiatría de la entidad se resaltó del historial médico de la paciente, que padece de demencia no especificada, sin que amerita estar internada de forma permanente en un centro de salud mental, solamente en los casos en que se presente crisis que pueden ser controladas mediante medicación y hospitalización transitoria, recomendándose que su cuidado este a cargo de sus familiares.

Por su parte, la institución Funsabian le informó que la paciente no requería estar hospitalizada ya que su cuidado puede estar a cargo de sus familiares, precisando que los servicios médicos han sido dispensados por la Unión Temporal, y que fue por voluntad de las hijas de la señora Alicia Álvarez Hernández que permanece en dicha institución mediante contrato de orden

particular para asegurar el alojamiento, alimentación, y lavandería. Finalmente preciso que no existen ordenes medicas que respalden las pretensiones aquí reclamadas.

4. La Fiduprevisora S.A., manifestó que, en su calidad de administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no le es imputable las funciones propias de la prestación del servicio de salud, habida cuenta que esta solo atiende el manejo de recursos públicos. No obstante, en virtud a lo dispuesto por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le confirió dentro de sus obligaciones contractuales, el otorgamiento de concesiones para suscribir contratación del servicio médico asistencial en las diferentes regiones del país, estando a cargo de prestación asistencial medica la UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ, quienes velan por la prestación del servicio de salud y todo lo que éste se derive, lo cual indica que es esta última quien debe tomar las medidas tendientes a garantizar los derechos constitucionales objeto de esta diligencia, toda vez, que Fiduprevisora S.A. no es E.P.S. y mucho menos I.P.S. y por ende no está legitimada para satisfacer las pretensiones reclamadas.

5. La Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –ADRES advirtió, que no es responsable del agravio alegado por la actora, razón por la cual carece de legitimación en la causa.

6. El Ministerio de Educación indicó, que la acción de tutela se torna improcedente frente a dicha entidad, pues carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que es la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y representante del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – FOMAG, la que debe garantizar que se den las estipulaciones contractuales para dispensar el servicio de salud de los docentes y sus beneficiarios.

III. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela consagrada en la Constitución Política de 1991, se creó como una vía sumaria, preferente, y perentoria para proteger los derechos fundamentales, que hayan sido amenazados o violentados por las autoridades públicas o los particulares. En dicho evento, cualquier sujeto que se encuentre en estado de indefensión y al que se pueda causar un perjuicio irremediable, podrá acudir al juez constitucional en defensa de las prerrogativas conculcadas como mecanismo transitorio, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial. La vía constitucional no sustituye los mecanismos ordinarios principales, ni modifica las reglas de la competencia de los jueces, ni crea instancias adicionales a las existentes.

2. El problema jurídico a dilucidar, se circunscribe a verificar si la UT Servisalud San José, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, vida, integridad personal, dignidad humana, y seguridad social de la señora Alicia Álvarez Hernández, por no dispensar los servicios de alojamiento, cuidado básico, y enfermería.

3. El artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, establece que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, *“...Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades*

en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado...”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017 señaló “...la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible.

En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, 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.

Lo anterior cobra mayor importancia 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, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer , y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad , puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado...”.

4. La Corte Constitucional en sentencia SU508 de 2020, precisó “...que el servicio de enfermería se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal conocimientos calificados en salud (sic). En esos términos, será prescrito por el médico, quien deberá determinar, en cada caso, si es necesario el apoyo de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente”

(...)

El servicio de enfermería se encuentra en el plan de beneficios en salud y se rige por la modalidad de atención domiciliaria. Se define como la modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, 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. Este servicio 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, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.

(...)

Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección”. – Resalta el Despacho-

Igualmente, respecto al suministro domiciliario del servicio de auxiliar de enfermería y de cuidador permanente en el Régimen de Seguridad Social en Salud, señaló entre otros en fallo T-260 de 2020:

“...El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador. En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

En cuanto al servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (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.

Con relación a los cuidadores, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas. (ii) Esta figura es definida^[83] como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.

57. En efecto, esta Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse. Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio...”.

5. Los elementos probatorios allegados revelan que la señora Alicia Álvarez Hernández fue diagnosticada con demencia, requiriendo asistencia para sus cuidados básicos. Adicionalmente se encuentra activa en calidad de cotizante en el régimen de excepción de asistencia en salud, de los docentes públicos activos y pensionados, y que están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio según lo prevé el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Recursos públicos que son administrados por la Fiduprevisora S.A., quien actúa en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La UT SERVISALUD SAN JOSE, es la entidad contratada a efecto de brindar la prestación de los servicios médicos asistenciales de los educadores adscritos a ese distrito, sometidos al régimen de la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la entidad cuestionada al momento de contestar la acción de tutela manifestó que a la señora Alicia Álvarez Hernández se le ha prestado de manera oportuna y completa todos los servicios médicos que tiene derecho como afiliada cotizante al Plan de Beneficios de Salud, sin embargo, preciso que consultada el Área de Psiquiatría, se logró establecer que *“...después de su hospitalización en Funsabiam, la paciente fue dada de alta para que siguiera viviendo con su familia, pero los familiares se negaron a llevarla a la casa alegando que no había quien la cuidara (...) Funsabiam les ofreció el servicio de alojamiento y recreación en su sede de Santandercito, pero pagando de manera particular, explicando a los familiares que el sistema de salud no cubre alojamiento ni recreación, y explicando que todo lo relacionado con su atención en salud estaba cubierto a través de servisalud...”.*

Afirmación que fue reiterada, por la encartada UT Servisalud San José al mencionar que *“...la misma institución Funsabian en donde se encuentra actualmente la agenciada confirma que el estado de salud de la señora Alicia Alvarez no amerita estar en una institución ni lugar diferente a su casa, ello pese a su estado de salud que, además nunca ha sido desprotegido por esta Unión Temporal, que sigue prestando las valoraciones médicas y dispensando los medicamentos que sean necesarios y ordenados por sus médicos tratantes....”.*

En ese orden de ideas, y atendiendo la jurisprudencia en cita, se advierte que el servicio de cuidador permanente o principal que requiera la señora Alicia

Álvarez Hernández, debe ser asumido de manera exclusiva por sus familiares, quienes están llamados a prestar acompañamiento, apoyo prioritario y comprometido con las actividades básicas que ella requiere, es decir, que un miembro de la familia o del círculo social le compete las labores de cuidador en virtud al principio de solidaridad que les asiste de socorrer a la persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta.

Frente a este punto, comporta precisar, que pese a que la señora Alicia Álvarez Hernández sea una persona de especial protección constitucional, y aunque la encartada no haya desvirtuado la carencia de los recursos económicos de la actora, así como la falta de disposición y conocimientos técnicos para brindar los cuidados requeridos por sus familiares; lo cierto es que no se evidencia afectación grave y latente a la integridad personal de la paciente que la obligue a estar en un centro de salud mental de forma permanente, como quiera que no hay orden médica en tal sentido, donde se advierte que es necesaria la internación y que su atención debe estar a cargo de un profesional de la salud (enfermería), debido a la complejidad de los procedimientos que deben ser dispensados a la paciente.¹

Con todo y lo anterior, se itera que es el médico tratante el que debe definir la pertinencia de los servicios reclamados, y no el Juez de tutela; resulta pertinente despachar favorablemente la acción constitucional, a efecto de ordenarle al representante legal o quien haga sus veces de la UT SERVISALUD SAN JOSE que en el término que más adelante se señalará deberá i) asignar una cita (fecha, hora e IPS) con el médico tratante con el ánimo de que se evalúe a la señora Alicia Álvarez Hernández y, en caso dado, sí aquel (médico) lo considera necesario, determine la viabilidad de la autorización y provisión del servicio de enfermería o internación (hospitalización) teniendo en cuenta sus condiciones de salud, ii) informar al Despacho el resultado de dicha valoración y, iii) dentro de los quince (15) días siguientes a la atención médica (valoración) brinde el servicio de salud (enfermería u hospitalización) determinado por el especialista, si a ello hay lugar.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo incoado por MARTHA CONSUELO REY ALVAREZ en representación de ALICIA ALVAREZ HERNANDEZ.

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia al representante legal de la UT SERVISALUD SAN JOSE o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta

¹ "...La Corte Constitucional ha precisado que el servicio de enfermería se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal conocimientos calificados en salud. En esos términos, será prescrito por el médico, quien deberá determinar, en cada caso, si es necesario el apoyo de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente..." Sentencia SU508 de 2020

providencia, deberá i) asignar una cita (fecha, hora e IPS) con el médico tratante con el ánimo de que se evalúe a la señora Alicia Álvarez Hernández y, en caso dado, si aquel (médico) lo considera necesario, determine la viabilidad de la autorización y provisión del servicio de enfermería o internación (hospitalización) teniendo en cuenta sus condiciones de salud, ii) informar al Despacho el resultado de dicha valoración y, iii) dentro de los quince (15) días siguientes a la atención médica (valoración) brinde el servicio de salud (enfermería u hospitalización) determinado por el especialista a favor de la accionante.

TERCERO: COMUNICAR a las partes y a las entidades vinculadas la presente decisión por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR oportunamente las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

MARLENE ARANDA CASTILLO

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

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:

40f6501a67bee2cb697239c1d09e194d85beb7f6f44ec1a7f6847fe8c8a1c38f

Documento generado en 18/05/2021 11:27:01 AM

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