REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: *1100140030****-51-2020-00350-01***
ACCIONANTE: ***ANA PATRICIA GONZÁLEZ ROJAS como AGENTE OFICIOSO de la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO***
ACCIONADA: ***NUEVA EPS y HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL***

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación propuesta por la accionante contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2020 por el JUZGADO CINCUENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C., mediante el cual se negó el amparo constitucional invocado por la promotora, trámite al que fue vinculada la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES

1. *La señora ANA PATRICIA GONZÁLEZ ROJAS, actuando como agente oficioso de su señora madre RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO, reclama la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social, presuntamente quebrantados por la NUEVA EPS y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL.*

2. *Como hechos soporte de la queja constitucional relató, en concreto que:*

El 29 de mayo de 2020, la señora ROJAS CASTIBLANCO ingresó por el servicio de urgencias del HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, debido a una obstrucción de faringe, teniendo que ser intervenida por la especialidad de gastroenterología. Posteriormente, le dieron de alta.

Pasadas 24 horas de la cirugía, presentó dificultad respiratoria, por lo que tuvo que ser internada nuevamente en el centro médico en cita, evidenciándose que durante el procedimiento realizado inicialmente se había perforado su esófago.

Con ocasión de lo expuesto, tuvo que ser sometida a una traqueotomía y gastrostomía, sumado a que sufrió un infarto cerebral.

El hospital accionado expidió orden de salida, con prescripción únicamente de hospitalización domiciliaria, dejando de lado que se trata de un paciente con diagnóstico de alzheimer, infarto cerebral, patologías que le han ocasionado secuelas tales como, pérdida severa de la memoria, desorientación, alucinaciones, delirio, agresividad, pérdida del habla y de control de esfínteres.

Debido a lo anterior, requiere de la asistencia de una persona para la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, alimentarse, asearse, así como de tipo fisiológico, inclusive de un enfermero las 24 horas para que la asista en los protocolos médicos para el manejo de los equipos entregados.

Manifiesta el agente oficioso que es madre cabeza de hogar, a cargo de sus dos hijos de 15 y 15 años de edad, y que su señora madre RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO depende económicamente de ella, de ahí que los gastos que demanda su hogar, tales como, arriendo, alimentación, pensión de colegios, deudas personales, le impiden asumir de manera particular la atención médica que requiere la señora RAQUEL, por lo que se vio en la necesidad de solicitar al área de servicio social de la Clínica accionada la asignación de un enfermero; sin embargo la respuesta fue negativa, adicional a que le pusieron de presente que el lugar en el que reside la actora se encuentra en alerta naranja por el COVID-19.

También solicitó ante la EPS el suministro de pañales, no obstante, le contestaron que ello debía determinarlo el médico tratante en la visita

domiciliaria, por lo que hasta la fecha ha tenido que asumir el costo de los mismos, sumado a la incertidumbre en cuanto a su prescripción por parte del profesional de la salud.

Con ocasión de lo expuesto, solicitó se ordene a la convocada (i) autorizar el servicio de enfermería 24 horas, (ii) autorizar el suministro de insumos tales como pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras, bolsas para nutrición y (iii) la concesión del tratamiento integral.

II. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El a-quo negó el resguardo invocado debido a la ausencia de orden médica respecto de los servicios e insumos reclamados por esta especial vía, por lo que concluyó que es el galeno tratante quien debe determinar la necesidad de los mismos, pues escapa de la órbita de competencia asignada al Juez de Tutela resolver sobre ello.

Agregó además que en tratándose de elementos de aseo, quien haga uso de este mecanismo con el propósito de obtener su entrega, debe demostrar que su situación económica es precaria y que por tanto requiere de la intervención del Juez Constitucional para acceder a ellos, lo cual no ocurre en este caso, toda vez que la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud, por lo que se presume su capacidad de pagar los insumos reclamados.

III. LA IMPUGNACIÓN

La propone el agente oficioso, argumentando, que el pasado 19 de julio la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO tuvo que ser atendida por el servicio de urgencias, por cuanto la sonda de gastrostomía se infectó debido a la mala manipulación, siendo dada de alta el 11 de agosto siguiente sin ninguna orden médica.

Pese a que solicitó a los galenos tratantes le expidieran las ordenes solicitadas en sede de tutela, aquellos se negaron aduciendo no estar autorizados.

En su sentir, debido a las patologías de su señora madre RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO, las ordenes médicas echadas de menos por la autoridad judicial de primer grado no son necesarias, toda vez que de su delicado estado de salud emerge la necesidad de los mismos, pues insistió en que se esta en presencia de un sujeto que no puede valerse por si mismo y que por tanto requiere asistencia permanente de un tercero para llevar su vida en condicione dignas.

Manifestó que en el evento de que sus pretensiones sean negadas, se ordene la realización de una junta médica en la que se estudie el caso de la señora RAQUEL y se determine por las especialidades respectivas los insumos y servicios que ella requiere.

IV. CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del artículo 2.2.3.1.2.1, del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, modificado por el Artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, el cual fijo reglas para el reparto de las acciones de tutela.

Si la acción de tutela fue consagrada en el ordenamiento constitucional con el claro propósito de garantizar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y de asegurar su efectiva protección y aplicación frente a eventuales violaciones o amenazas por el ejercicio arbitrario o extralimitado de la función pública o por la acción de los particulares, es claro entonces, que a través de ella resulta posible la reclamación de la defensa de los derechos que han sido desconocidos por la acción u omisión de las autoridades públicas o conculcados por la

actividad de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o que afecte gravemente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en condiciones de subordinación o indefensión, en las circunstancias establecidas por la ley.

Así las cosas, como en el presente asunto, la accionante acusa a la NUEVA E.P.S. y al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL de agraviarle los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social a la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO porque no le han prescrito orden médica para pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras, bolsas para nutrición, así como para el servicio de enfermería 24 horas, le corresponde al juzgado determinar si en realidad, se presenta la vulneración mencionada y si por lo mismo es viable la protección solicitada.

Obra en el proceso, aportada por la señora ANA PATRICIA GONZÁLEZ ROJAS, agente oficioso de la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO, copia de su historia clínica de fecha 29 de mayo de 2020, en la que consta que es una paciente de 75 años de edad que ingresó por el servicio de urgencias del HOSIPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, debido a una obstrucción de faringe con cuerpo extraño.

Que el 31 de mayo siguiente, tras presentar complicaciones ingresó nuevamente por el servicio de urgencias, siendo candidata para práctica de gastrostomía y traqueotomía.

Una vez dada de alta, le fue entregado equipo para oxigeno medicinal domiciliario y tienda para traqueostomía.

En la actualidad cuenta con diagnósticos de epilepsia estructural, hipertensión arterial, alzheimer, artrosis de rodillas, dislipidemia mixta, prediabetes, anemia normocítica, obesidad, lesiones nodulares pulmonares, Epoc, entre otras.

Como se dijo en párrafos anteriores, pretende la actora por esta vía se le ordene a la accionada autorizar el servicio de enfermería 24 horas, el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras y bolsas para nutrición.

No obstante lo anterior, en el expediente no obra prueba de alguna solicitud formal dirigida a la EPS-S accionada y en la que se solicitara por parte de la señora ANA PATRICIA GONZÁLEZ ROJAS en representación de su señora madre RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO el servicio de enfermería 24 horas, el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras y bolsas para nutrición, y es que pese que manifestó en el escrito de tutela actuar en tal sentido, no se allegó ningún documento que soporte tal dicho.

Expuestas así las cosas, no puede el Despacho colegir que hubo una negativa por parte de la empresa prestadora de salud accionada frente a al servicio de enfermería, suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antiescaras y bolsas para nutrición, repítase, no hay elementos probatorios que demuestren que previo a acudir a este especial mecanismo, la accionante intervino ante la EPS-S accionada con el fin de solicitar los prenombrados servicios e insumos.

Sobre el punto, es necesario tener en cuenta que si bien es cierto que la acción de tutela es un mecanismo informal que no exige carga distinta a la de expresar la acción u omisión que la motiva, la mención del derecho puesto en amenaza y/o transgredido, la identificación del autor de la amenaza o vulneración y la narrativa de las demás circunstancias relevantes, también lo es que el marco fáctico que soporta la petición de amparo debe ser demostrado al menos de forma sumaria.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-040 de 2018, frente a la carga de la prueba en el trámite de tutela se pronunció así:

> *"La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar*

> *los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.*
>
> *Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.*
>
> *En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."*

No obstante lo expuesto, el Despacho no desconoce que la actora es un adulto mayor y por tanto perteneciente a los grupos vulnerables de la sociedad, respecto de las cuales por disposición constitucional, recae un trato preferente, precisamente con el fin de proteger su vida en condiciones dignas, pues en la mayoría de los casos quienes cuentan con una avanzada edad se hallan imposibilitados para materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad.

En consonancia con lo anterior, no le asistió razón al Juez de primera instancia cuando soportó la negación de la petición de amparo en la ausencia de ordenes médicas, así como en el régimen de afiliación de la quejosa, y del que presumió en este caso su capacidad de pago para acceder a los servicios e insumos de salud reclamados, pues debió someterse a consideración al menos su edad y múltiples patologías que la aquejan, y ello no ocurrió, por lo que la decisión de instancia habrá de ser revocada.

Así las cosas, atendiendo el estado de salud de la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO, soportada inclusive con registro fotográfico, y sus diagnósticos, y como quiera que es el galeno tratante quien tiene la idoneidad para prescribir lo que requiere un paciente, resulta procedente en esta oportunidad ordenar a la EPS accionada que a través de los especialistas tratantes y mediante visita médica domiciliaria se determine si la señora RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO requiere del uso

de pañales y el servicio de enfermería 24 horas. Además, el uso de pañitos húmedos, crema antiescaras y bolsas para nutrición, u otros insumos para su cuidado e higiene, servicios e insumos que, en el evento de ser prescritos, deberán autorizarse y entregarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

Finalmente, en cuanto a la petición de tratamiento integral, el cual está encaminado entre otras cosas a que la prestación del servicio de salud sea eficaz y oportuno, evitando que el paciente acuda a la acción de tutela cada vez que necesite se le ordene la atención en salud derivada de la enfermedad que lo aqueja, será negada toda vez que no hay prueba de algún servicio, elementos o insumos prescritos a la activante por el médico tratante y negados por la empresa promotora de salud.

V. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

VI. RESUELVE

***PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 03 de agosto de 2020 por el JUZGADO CINCUENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.*

***SEGUNDO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de la accionante RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO, representada por su hija ANA PATRICIA GONZÁLEZ ROJAS.*

***TERCERO: ORDENAR** al Representante Legal de **NUEVA EPS** que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta providencia realice visita médica domiciliaria a la actora **RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO,** a través de los especialistas tratantes, quienes deberán determinar si la paciente **RAQUEL ROJAS CASTIBLANCO** requiere del uso de pañales y el servicio de enfermería*

24 horas. Además, el uso de pañitos húmedos, crema antiescaras y bolsas para nutrición, u otros insumos para su cuidado e higiene, servicios e insumos que, en el evento de ser prescritos, deberán autorizarse y entregarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

CUARTO: REMITIR *el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.*

NOTIFÍQUESE *y* ***CÚMPLASE,***

CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ