

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

Carrera 10 No. 19-65 Piso 7º Edificio Camacol – Teléfono: 2868456

WhatsApp: 322 2890129

Correo Electrónico: j11pcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Estados Electrónicos: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-11-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/68>

Atención al Usuario: <https://n9.cl/x6lyr>

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2023 00249 00

ACCIONANTE: OLMAN JAVIER AVENDAÑO ROMERO como agente oficioso de su señora mamá **BERTA ROMERO SANABRIA**

ACCIONADO: FAMISANAR EPS Y CLINICA ROMA COLSUBSIDIO

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los once (11) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por la señora **OLMAN JAVIER AVENDAÑO como agente oficioso de su madre BERTA ROMERO SANABRIA** en contra de **FAMISANAR EPS Y CLINICA COLSUBSIDIO ROMA,** en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante en el archivo No. 02 del expediente.

ANTECEDENTES

OLMAN JAVIER AVENDAÑO como agente oficioso de su madre BERTA ROMERO SANABRIA, promovió acción de tutela en contra de **FAMISANAR EPS Y CLINICA COLSUBSIDIO ROMA,** con la finalidad de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y seguridad social de su madre. En consecuencia, solicita lo siguiente:

PETICIONES.

1º- Solicito al señor juez tutelar a favor de mi procurada el derecho fundamental a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y demás derechos fundamentales que se encuentren vulnerados.

2º- Como consecuencia de la anterior protección constitucional de los derechos fundamentales, se ordene a la accionada **FAMISANAR EPS,** autorizar e iniciar de manera inmediata la remisión de la paciente al servicio de atención en una Unidad de Cuidado Intermedio Crónico Paliativo en cualquiera de su red de IPSs.

3º. Como consecuencia de la anterior protección constitucional de los derechos fundamentales, se ordene a la accionada **CLÍNICA COLSUBSIDIO CIUDADA ROMA,** ordenar de manera inmediata la atención de la paciente en Unidad de Cuidado Intermedio Crónico Paliativo.

4º. Se ordene a la accionada IPS Clínica Colsubsidio abstenerse de seguir ejerciendo presión psicológica indebida para que los familiares de la paciente aceptemos la remisión de esta última a cuidados paliativos en casa y de todas las conductas que atenten en contra de los derechos fundamentales de la paciente.

5º. Se haga saber a los representantes legales de las entidades accionadas la sanción aplicable por el incumplimiento del fallo.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, relato los siguientes hechos:

HECHOS

1. Mi madre, **BERTA ROMERO SANABRIA**, de 74 años de edad es afiliada en calidad de cotizante a **FAMISANAR EPS**.

2. Padece demencia frontotemporal variante semántica, afasia primaria progresiva (f02.8), Barthel dependencia total, debido a ello presenta limitación parcial de movilidad y total de comunicación, trastorno de la deglución severo, incontinencia intestinal y urinaria, adicionalmente hipertensión arterial, hipotiroidismo, dislipidemia y glaucoma.

3. Dado su diagnóstico, de tiempo atrás la accionada **FAMISANAR EPS** ordenó atención domiciliaria para la paciente por parte de auxiliar de enfermería con intensidad horaria de 8 horas de lunes a viernes, que se venía prestando sin complicación alguna.

4. A partir del pasado 3 de enero de 2023 sin causal o justificación válida alguna, la EPS accionada decidió variar la temporalidad de los turnos del servicio de auxiliar de enfermería que se venía suministrando, reduciéndola a turnos de seis (6) horas de lunes a sábado.

5. Tal situación motivó la renuncia de la auxiliar de enfermería, ya que no prestan el servicio por menos de 8 horas diurnas

6. La correspondiente reclamación se realizó ante **FAMISANAR EPS**, sin embargo, ante la no solución de la situación y la urgencia del acompañamiento o atención domiciliaria necesaria ordenada por el médico tratante, se inició la correspondiente queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, con fecha del 20 de febrero de 2023, bajo el Rad. **PQR-20232100002062122**.

7. Frente a ello, **FAMISANAR EPS** respondió mediante oficio **PQRS-2023-S-046361** de fecha 21 de febrero de 2023, según la cual se indicaba que el servicio de enfermería se reiniciaría para el 23 de febrero siguiente, sin embargo, ello no ocurrió.

8. Luego, la accionada remitió una nueva comunicación de fecha 24 de febrero, bajo el radicado **PQRS-2023-S-049431**, anunciando el restablecimiento del servicio de

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

auxiliar de enfermería domiciliaria a partir del día 28 de febrero siguiente, lo cual también fue incumplido.

9. Una nueva comunicación, esta vez bajo el radicado **PQRS-2023-S-055155** de fecha 2 de marzo de 2023 fue recibida, prometiendo que el servicio de enfermería se restablecería, esta vez, a partir del 4 de marzo siguiente, incumpléndose nuevamente.

10. Una última comunicación, esta vez bajo el radicado **PQRS-2023-S-069595** de fecha 16 de marzo de 2023 fue recibida, prometiendo que el servicio de enfermería se restablecería a partir del 20 de marzo.

11. **Hoy en día, mi madre se encuentra hospitalizada desde el pasado 3 de marzo en la IPS Clínica Colsubsidio Ciudad Roma, en esta ciudad por un cuadro de neumonía no especificada.**

12. Frente a su delicado diagnóstico se nos indica que en adelante será una paciente oxígeno-dependiente, así mismo se dispuso la iniciación de nutrición parenteral frente a lo cual sugieren esquema de cuidados paliativos en casa, lo cual no es aceptado por nosotros sus familiares, dadas sus muchas comorbilidades y la absoluta incapacidad de atención por parte de sus cuidadores, por no tener la preparación ni los equipos que garanticen dignamente su atención.

13. Tanto la EPS Famisanar como la IPS Clínica Colsubsidio Ciudad Roma han iniciado una campaña de presión indebida para que aceptemos, a como de lugar, la remisión de la paciente a su casa.

14. Las aquí accionadas de manera sistemática han faltado a su deber de información, pues en ningún momento nos mencionaron que mi madre tiene el derecho de ser atendida por cuenta de la EPS en una unidad de cuidado intermedio crónico paliativo de conformidad con la Ley 1733 de 2014 (Ley Consuelo Devis Saavedra)¹, sino que, de mala fe, solamente nos dan la opción de atención domiciliaria con acompañamiento de auxiliar de enfermería, lo que de ninguna manera suple las necesidades de la paciente y sus derechos de conformidad con el diagnóstico.

15. Todo lo contrario, día tras día ejercen presión psicológica por parte de diferentes especialidades, incluidas psicología y auditoría, para que aceptemos cuanto antes y retiremos a mi madre de la clínica llegando, incluso, en presencia de la propia paciente, a sugerir la eutanasia sin el más mínimo asomo de ética profesional, con abierto irrespeto por nuestro dolor como hijos de la paciente y la propia dignidad de mi señora madre, pues no sabemos si escuche y entienda todo lo que ocurre a su alrededor.

16. Frente a esta nueva situación clínica de mi madre, degenerativa e irreversible, se hace urgente y necesario que se le remita sin más dilaciones y con la debida garantía del derecho a la continuidad del servicio, a una unidad de atención de cuidados intermedios especializados de la cual disponga la EPS accionada, por cuanto en casa nunca va a tener la atención profesional, técnica, científica y de calidad que solamente se le puede garantizar en un centro de atención especializada para tales fines.

17. Aceptar la remisión a cuidados en casa pone en grave riesgo la integridad y la vida de la paciente, además de que atenta gravemente en contra de su derecho a la vida digna o, incluso, su derecho a morir dignamente.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez realizadas las notificaciones a las entidades y corrido el traslado correspondiente, procedieron a contestar de la siguiente manera:

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA – ADRES (Archivo 06)

Alega falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que la EPS tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

cargo a la UPC. Aclara cuales son las gestiones que tiene a su cargo el ADRES *“De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud–ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se producirá por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.*

Solicita que se niegue la acción de tutela, en contra del ADRES y las ordenes de recobro porque del material probatorio que se arrió con la tutela, se concluye que el Adres no ha violado los derechos deprecados por el accionante.

MINISTERIO DE SALUD (Archivo. 07), manifiesta que frente a los hechos de la tutela no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, que el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. Por ende, alega Falta de legitimación en la causa por pasiva por lo que solicita declarar la improcedencia de la tutela frente a ese Ministerio.

Pese a que el Ministerio de Salud y Protección Social NO es el responsable de la prestación de servicios de salud, vale la pena realizar las siguientes precisiones frente al acceso a las tecnologías y servicios en salud disponibles en el país y los servicios de salud solicitados por la parte accionante:

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, existía un único paquete de servicios ofertados y garantizados a los usuarios que era conocido como el Plan Obligatorio de Salud que a su vez contemplaban unos servicios excluidos de este, a pesar de la existencia de tecnologías y servicios en salud aprobados para su uso en el territorio nacional.

Sin embargo, esta situación cambió con la expedición de la Ley 1751 de 2015, a cuyo tenor, el Ministerio de Salud y Protección Social amplió el contenido del derecho a la salud, ampliación que se traduce en el acceso a todas los servicios y tecnologías en salud autorizados en el país para la promoción de la salud y el diagnóstico, tratamiento, recuperación y paliación de la enfermedad, con dos fuentes de financiación diferentes, excepto aquellos servicios y tecnologías que cumplen con alguno de los criterios de exclusión contemplados en el inciso segundo de su artículo 15, servicios y tecnologías que no cubre el sistema de salud.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

El Ministerio de Salud y Protección Social lideró la construcción participativa del procedimiento técnico-científico de exclusiones, con el fin de determinar explícitamente aquellos servicios y tecnologías que se excluyen de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, por cumplir con los criterios señalados en el artículo 15 de la misma Ley, teniendo en cuenta el concepto y recomendaciones emitido por expertos, pacientes, ciudadanos y otros actores.

Asimismo, con la aplicación de tal procedimiento, se avanzó en establecer los beneficios implícitos reconocidos con recursos públicos asignados a la salud, que le otorga a la población del territorio nacional el acceso a la totalidad de servicios y tecnologías de salud autorizados en el país, para la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de cualquier contingencia de salud, según la prescripción del profesional tratante, con excepción de aquellos explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, siendo las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a través de su red de prestadores, las responsables de gestionar de forma eficiente, integral y continua, la salud de sus afiliados.

SUPERINTENCIA DE SALUD (Archivo 08), Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que por parte de esa entidad no se han vulnerado los derechos de la agendada. Así mismo que, *"De otro lado, respecto a la atención y tratamiento integral que requiera el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en ordenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir, y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011 los cuales versan sobre la autonomía y la autorregulación de los profesionales de la salud, por lo que se sugiere muy respetuosamente que se solicite al médico tratante de dicho paciente, cuál es el tratamiento que requiere para el manejo de la enfermedad que padece.*

FAMISANAR (Archivo 09), A través del Gerente Técnico de Acceso, contestó lo siguiente:

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

CASO CONCRETO

Una vez conocida la presente acción, se procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área encargada de la entidad, quienes con base en la historia clínica del paciente indican lo siguiente:

"(...) **EPS FAMISANAR** informa al Despacho que, el paciente se encuentra hospitalizado en la **IPS CLINICA COLSUBSIDIO ROMA** donde el día **13/03/2023** se genera el siguiente **PLAN DE EGRESO HOSPITALARIO** para manejo en domicilio de paciente con cuidados paliativos:

- Valoración médica una vez mes.
- Terapia física 8 sesiones al mes.
- Terapia respiratoria 2 sesiones al día los lunes, miércoles y viernes.
- Inserción de catéter subcutáneo para hidratación DAD 5% 200 c/c cada 12 horas.
- Auxiliar de enfermería 24 horas de domingo a domingo, el cual fue coordinado y garantizado por parte de la IPS GOLEMAN.

El servicio de valoración médica intrahospitalaria para egreso del día 17/03/2023, indica plan de manejo domiciliario:

- Valoración por cuidados paliativos
- Auxiliar de enfermería 8 horas al día por 7 días para entrenamiento en manejo de catéter subcutáneo
- Terapia física 8 sesiones al mes.
- Terapia respiratoria 12 sesiones al mes.

Así las cosas, la **IPS GOLEMAN** retomará los servicios en el domicilio una vez sea efectivo el egreso hospitalario. A la fecha no se cuenta con ordenamiento ni criterio médico para traslado de la paciente a una unidad de cuidado intermedio, la indicación es manejo **PHD** (plan de hospitalización domiciliaria) paliativo. Se adjunta historia clínica y certificación de servicios. (...)"

PRECEDENTE MÉDICO Y CRITERIO CIENTÍFICO:

EPS FAMISANAR aclara a su H. Judicatura que, han sido autorizados todos los servicios que ha requerido la afiliada, conforme a las ordenes médicas expedidas por los galenos tratantes y que cumplan con los requisitos establecidos en las normas que regulan el **SGSSS**.

Así las cosas, es importante indicar que tal y como se puede evidenciar en los párrafos anteriores, a nuestra afiliado no se le han efectuado acciones de dilación médica o clínicas al momento de su estancia hospitalaria, la cual viene siendo garantizada por esta aseguradora de forma eficaz, oportuna y pertinente desde el punto de vista médico - científico y las decisiones que tomen los galenos tratantes del paciente con base en circunstancias que ameriten concluir que el usuario no se encuentra en condiciones clínicas, para ser intervenido con el procedimiento ordenado en el fallo de tutela; tales determinaciones son ajenas a **EPS FAMISANAR** en respeto de la autonomía¹ profesional del médico² tratante que así lo considere, esto bajo el principio de la **DISCRECIONALIDAD MÉDICA**³ y **AUTONOMÍA PROFESIONAL**; **FAMISANAR EPS** no tiene injerencia alguna.

Lo anterior, se debe a que son los médicos tratantes quienes determinan el tipo de tratamiento y terapias que requieren los usuarios y en tal sentido, a la solicitud planteada por la usuaria no es posible su consecución, hasta tanto el médico tratante determine el tratamiento a seguir.

A continuación, me permitiré compartir la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde establece que el profesional de la salud, quien se encuentra plenamente capacitado para determinar la conducta médica requerida y solicitada por el afiliado,

Sentencia T-345/13:

*"La Corte ha resaltado que, en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es **un profesional científicamente calificado**; (ii) es quien conoce de manera íntegra el **caso de su paciente y las particularidades** que pueden existir respecto **de su condición de salud** y (iii) **es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio**". (Subrayado y Negritas Propias)*

*"Siendo el médico tratante **la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido**, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego **el juez no puede valorar un procedimiento médico**. Por ello, **al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe, pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos**. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico". (Subrayado y Negritas Propias)*

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se adentra a verificar si es procedente la acción de tutela como garantía de los derechos fundamentales de la señora **BERTA ROMERO SANABRIA DE SANCHEZ**, con el fin de que la accionada **FAMISANAR EPS Y CLINICA COLSUBSIDIO ROMA**. Autoricen el traslado a una clínica de cuidado intermedios, tal como lo solicita el agente oficioso manifiesta que su madre requiere.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

La H. Corte Constitucional ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales, pues su propósito específico emana de su consagración constitucional, el cual, no es otro que brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

En ese sentido, el máximo Tribunal Constitucional, ha indicado que la procedencia de la acción de tutela depende de la no existencia de otros medios de defensa judicial, para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales o aunque haya otros medios, la acción de tutela es procedente si se logra acreditar que con ella busca evitarse un perjuicio irremediable, o si se verifica que el otro medio de defensa judicial no es eficaz.

En concordancia con lo anterior, el papel del Juez Constitucional en estos casos es examinar la eficacia e idoneidad de otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular del actor; es decir, el Operador Jurídico debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza, revisando en consecuencia, si la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales, o por el contrario se torna improcedente como mecanismo principal de defensa.

LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR ACTIVA EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Aun cuando una de las características que identifica la acción de tutela es su informalidad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el ejercicio de esta está supeditado al cumplimiento de unos requisitos mínimos de procedibilidad, que surgen de su propia naturaleza jurídica y de los elementos especiales que la identifican. Dentro de tales requisitos, se cuentan el de la legitimación en la causa por activa, o titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

Al respecto de dicho requisito el Máximo Tribunal Constitucional se ha manifestado de la siguiente forma:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 CP, en armonía con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que toda persona tiene el derecho constitucional de acudir al amparo constitucional de la acción tutelar, con el fin de reivindicar la protección de sus derechos fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados. En este sentido, también ha sostenido que para interponer una acción de tutela es necesario cumplir con el requisito de legitimidad por activa, esto es, estar legitimado para poder interponer dicho amparo constitucional, lo cual se cumple en ciertas circunstancias: (i) cuando persona afectada es quien directamente ejerce la acción de tutela; (ii) cuando la acción es interpuesta a través de representantes legales, como en el caso de personas jurídicas, menores de edad, incapaces absolutos o interdictos; (iii) cuando se ejerce este derecho mediante apoderado judicial, esto es, de abogado titulado, previo el otorgamiento del correspondiente poder para ello; y finalmente (iv) cuando la acción de tutela es interpuesta por un agente oficioso, como cuando las personas no están capacitadas o habilitadas para hacerlo directamente y lo hacen a través de agentes del Ministerio Público que velan por el interés general."

De lo anterior, se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y **cuando se realiza a través de agente oficioso**.

Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: "*(i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso*".

Los dos primeros elementos, es decir la manifestación del agente y la imposibilidad del agenciado para actuar son constitutivos y necesarios para que opere esta figura. El tercer elemento es de carácter interpretativo y el cuarto que versa sobre la ratificación, se refiere cuando el agenciado ha realizado actos positivos e inequívocos, esta actitud permite sustituir al agente.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se evidencia que el señor **OLMAN JAVIER AVENDAÑO** manifestó que actúa como agente oficioso de su madre **BERTA ROMERO SANABRIA**. En segundo lugar, el agente asevera que su madre tiene un delicado estado de salud, que es una persona adulto mayor; situación que le impide interponer la acción de tutela, a su vez, esta condición es confirmada con la historia clínica aportada al expediente, pues se encuentra hospitalizada.

DEL CASO CONCRETO

En primer lugar, conforme a lo expuesto por el petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone a resolver, si efectivamente se ha vulnerado los derechos constitucionales de la señora **BERTA ROMERO SANABRIA**, habida cuenta que según relata su hijo el señor **Olman Avendaño**, su madre tenía un servicio de enfermería en domicilio y sin razón justificada el mismo se modificó y no se estaba prestando, dilatando la prestación del mismo durante varias fechas, sin embargo su mamá ahora se encuentra hospitalizada, desde el 03 de marzo adelante, afirma que la clínica y la EPS Famisanar insisten en que su madre sea remitida a la casa con cuidados paliativos, empero asegura que su madre es una mujer de 74 años de edad que requiere un cuidado especial por las múltiples patologías que padece, que la agenciada será oxígeno dependiente, y se dispuso para ella alimentación parenteral, motivo por el que él y su familia no aceptan la remisión a la casa de nuevo, asegura que las accionadas obran de mala fe al insistir constantemente que su madre regrese al hogar en el estado de salud que presenta, irreversible y degenerativo, por lo que asegura que llevarla de vuelta a casa, pone en riesgo su vida. Motivo por el que él y su familia consideran que la agenciada debe ser remitida a una **Unidad de Cuidado Intermedio Crónico Paliativo**.

Ahora bien, el objeto de la tutela se centra a determinar si es procedente o no la remisión que pide el accionante.

Así las cosas, jurisprudencialmente se han establecido una serie de reglas a tener en cuenta, en el evento de que un paciente requiera de servicios especializados no incluidos en el plan de beneficios de salud, situación que nos atañe en el presente asunto.

"Quinta. Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.

(...) Así, en dicho fallo se indicó que la acción de tutela procede para lograr una orden de amparo en este ámbito cuando, en principio, concurren las siguientes condiciones:

"1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente. 4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear

En cuanto a la tercera regla, se tiene que la negativa de la accionada en acceder a la remisión de la accionante a **Unidad de Cuidado Intermedio Crónico Paliativo.**, no se cumple ni se encuentra satisfecha pues como se ha verificado de las pruebas allegadas y la respuesta de la accionada no media una orden medica que ordene la remisión de la señora **Berta Romero.**, a otra IPS u otra clínica que tenga un nivel de atención más avanzado, por ningún lado se está demostrando con la acción de tutela que el servicio de salud de la agenciada se esté vulnerando, o se esté negando a la fecha por el contrario se observa que aquella esta hospitalizada y a pesar del inconveniente que tuvo con la prestación del servicio de enfermería en el domicilio, lo cierto es que a la fecha recibe atención.

Por otro lado, al no haber una orden medica que demuestra a esta servidora que un profesional de la salud ordenó el traslado de la accionante, la tutela no tiene vocación de prosperidad., por el contrario, se observa que la convocada ha manifestado que el servicio de enfermería se prestara de domingo a domingo por 24 horas, y luego con valoración posterior se indicó que será por 8 horas 7 días a la semana según lo ordenado por el médico que la trató, a través de la ips Goleman, veamos:

"(...) EPS FAMISANAR informa al Despacho que, el paciente se encuentra hospitalizado en la IPS CLINICA COLSUBSIDIO ROMA donde el día 13/03/2023 se genera el siguiente PLAN DE EGRESO HOSPITALARIO para manejo en domicilio de paciente con cuidados paliativos:

- Valoración médica una vez mes.
- Terapia física 8 sesiones al mes.
- Terapia respiratoria 2 sesiones al día los lunes, miércoles y viernes.
- Inserción de catéter subcutáneo para hidratación DAD 5% 200 c/c cada 12 horas.
- Auxiliar de enfermería 24 horas de domingo a domingo, el cual fue coordinado y garantizado por parte de la IPS GOLEMAN.

El servicio de valoración médica intrahospitalaria para egreso del día 17/03/2023, indica plan de manejo domiciliario:

- Valoración por cuidados paliativos
- Auxiliar de enfermería 8 horas al día por 7 días para entrenamiento en manejo de catéter subcutáneo
- Terapia física 8 sesiones al mes.
- Terapia respiratoria 12 sesiones al mes.

Así las cosas, la **IPS GOLEMAN** retomará los servicios en el domicilio una vez sea efectivo el egreso hospitalario. A la fecha no se cuenta con ordenamiento ni criterio médico para traslado de la paciente a una unidad de cuidado intermedio, la indicación es manejo **PHD** (plan de hospitalización domiciliaria) paliativo. Se adjunta historia clínica y certificación de servicios. (...)"

Así las cosas, se observa que se garantiza la prestación de un servicio de hospitalización domiciliaria en la que la agenciada estará asistida por una enfermera tal como lo ordene su médico tratante. En consecuencia, este Despacho no encuentra vulneración alguna a los derechos fundamentales, y mal haría esta juzgadora en conceder a través del amparo constitucional tratamientos y servicios que **no han sido prescritos por un médico, como quiera que se requiere del criterio médico ya que este no puede ser suplido por el criterio de Juez de tutela.** Ni atendido de manera caprichosa sin tener en cuenta que no se ha expedido orden, ni tampoco se ha demostrado que actualmente, tenga ordenes pendientes por servicios o implementos. No sin advertir a la accionada que su

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2023 00249 00

De: Olman Javier Avendaño Romero

Vs: Famisanar EPS y Otro

deber es garantizar la prestación del servicio sin obstáculos, ni dilaciones, que pongan en riesgo la salud de la activa.

Al no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**. Se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo a los derechos fundamentales invocados por el señor **OLMAN JAVIER AVENDAÑO como agente oficioso de su madre BERTA ROMERO SANABRIA**, por no existir amenaza alguna a los mismos de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR A ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a la accionada y vinculados del resultado de la presente providencia.

CUARTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

CÚMPLASE.

Firmado Por:

Viviana Licedt Quiroga Gutierrez
Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 11
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jhonatan Javier Chavarro Tello
Secretario
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 011
Bogotá, D.C. - 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: **dbe5efbdc67d3e21b83a72992c6809239de200af9c293ed76b65951ca584f549**

Documento generado en 12/04/2023 08:04:41 AM

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