



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

REF: TUTELA No. 11001 4003-005-2021-00138-00

ACCIONANTE: CLARA INES MENDEZ RUIZ, en nombre propio y como agente oficioso de **MARIA ALICIA RUIZ DE MENDEZ y MOISES MENDEZ ZAMUDIO**.

ACCIONADA: EPS COMPENSAR.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez llevado en legal forma el trámite correspondiente.

ANTECEDENTES:

1.-HECHOS

Expone la señora CLARA INES MENDEZ RUIZ, que se encuentra afiliada a la EPS Compensar, desde el 22 de abril de 1999 en calidad de cotizante.

Agrega que su señora madre, MARIA ALICIA RUIZ DE MENDEZ es una persona de 93 años, con *“Diagnostico de osteoporosis con fisura de columna, Hipertiroidismo, Hipertensión, pérdida de visión, solo ve bultos, no reconoce a las personas, pérdida de audición en ambos oídos”*, además, *“fisura de columna y osteoporosis”*, por lo que se le ordenó la compra de una silla de ruedas; que su “señor padre” MOISES MENDEZ SAMUDIO es una persona de 87 años, con *“Diagnostico de alzheimer en estado avanzado Hernia inguino-escrotal izquierda severa gigante, Gastritis crónica, Artrosis degenerativa, no controla los esfínteres”*.

Añade que sus padres *“demandan cuidado las 24 horas para atender sus necesidades”* y que *“Los traslados para cumplir las citas médicas son muy complicados ya que no contamos con un vehículo propio”*.

2. LA PETICION:

Solicita se ordene a la accionada *“asigne una persona capacitada para el manejo de la enfermedad que padecen mis padres “una Enfermera 24 horas”. Y de esta manera espero mejorar la salud física y mental propia y la de mis padres”*; *“designe un médico para consultas y toma de muestras domiciliarias”*; *“Servicio de transporte puerta a puerta para las citas médicas y terapias”*, y *“Complemento alimenticio dada la dificultad para ingerir alimentos, pañales, aceite mineral, pañitos y gel antibacterial, los que son elementos necesarios para el tratamiento y mejorar la calidad de vida de mis padres”*.

SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 23 de febrero de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, otorgando un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

En providencia del pasado 01 de marzo, el Juzgado 61 Penal Municipal de Bogotá, “*considerando*” que ante dicha oficina judicial se había presentado “*la misma acción constitucional*”, pues “*es la misma demanda de tutela junto con sus anexos*”, dispuso remitir a esta célula judicial el escrito de tutela en donde actúa como accionante la señora CLARA INES MENDEZ RUIZ, y en donde los hechos y pretensiones guardan identidad a la que aquí se tramita.

EPS COMPENSAR

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por no haber vulnerado los derechos fundamentales de los promotores. Indicó que los padres de la señora Méndez Ruiz se encuentran activos en el sistema en calidad de beneficiarios de aquella. Agregó que “*tanto a la Señora MARIA ALICIA RUIZ DE MENDEZ como al Señor MOISES MENDEZ SAMUDIO se les han prestado oportuna y completamente todos los servicios a los cuales tienen derecho como afiliados al PBS, de acuerdo con las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas*”.

Destacó que, “*la enfermería, es un servicio de atención en salud extra hospitalaria prestado con el apoyo de profesionales, técnico o auxiliares del área de la salud, que tiene como finalidad brindar una solución a los problemas de salud, contrario al servicio de cuidador, el cual brinda apoyo en el cuidado de otra persona para su movilización, alimentación y realización de necesidades fisiológicas, por lo tanto, con apoyo en lo descrito por la accionante en su escrito de tutela, se colige sin asomo de duda que ES EL SERVICIO DE CUIDADOR Y NO EL SERVICIO DE ENFERMERÍA, EL QUE REQUIEREN la Señora MARIA ALICIA RUIZ DE MENDEZ y del Señor MOISES MENDEZ SAMUDIO*”; servicio de “*cuidador*” que no debe ser cubierto por el plan de beneficios en salud.

En relación con el servicio de transporte, el suministro de pañales, el de rehabilitación integral, el suministro de elementos y aditamentos, manifestó que es un servicio no PBS y que los mismos no han sido prescritos a los señores Moisés Méndez y María Alicia Ruiz, por lo que no es dable proceder con su autorización.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

En término se pronunció, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en ese sentido, solicita se desvincule de la presente acción, como quiera que no es la encargada de cumplir con las pretensiones de la acción tuitiva.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude el actor, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y falta de legitimación para con la entidad que representa. En igual sentido, puntualizo que la obligación del servicio solicitado, recae exclusivamente sobre la EPS, y no le asiste el derecho de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-.

1. LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Derecho a la Salud.

La Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2 establece el derecho a la salud como fundamental y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Sobre la naturaleza del derecho a la salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2011 señaló:

“la “faceta prestacional” del derecho fundamental a la salud implica para el Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para proporcionar a todas las personas la efectividad del mismo. De esta manera, el incumplimiento del conjunto de acciones con las cuales se facilita el acceso y el disfrute del derecho, facultan a su titular para reclamar esta garantía mediante la acción de tutela. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha indicado que en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Constitución, no todos sus aspectos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que su protección mediante esta vía procede en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un

sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”.

En conclusión, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de acceder a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.

...De manera que, para acceder a un servicio de salud incluido en el POS, procederá la acción de tutela siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) “que el servicio, tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico tratante, (ii) que sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad o algún derecho fundamental y (iii) haya sido solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud”.

Ahora, de acuerdo con el artículo 11 de la ley en cita, *“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, **la población adulta mayor**, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, **gozarán de especial protección por parte del Estado**. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención (...)*”.

Bajo ese cariz, en tratándose de adultos mayores y personas en condiciones de discapacidad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos de especial protección. Por esta razón, “a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente, en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.”¹

Aunado a lo anterior, precisa este despacho que no es posible controvertir las decisiones del galeno en ordenar determinados procedimientos, pues es el profesional idóneo para indicar en materia de salud las necesidades de cada paciente.

Precisamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

¹ Sentencia T-121 de 2015

“Concretamente, se deduce que el médico tratante, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la controvirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”. **(Sentencia T-539 de 2013)**.

2.- CASO CONCRETO:

1. En el caso bajo estudio, la señora Clara Inés Méndez Ruiz, solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales propios y los de sus señores padres María Alicia Ruiz de Méndez y Moisés Méndez Samudio ², los cuales considera que la EPS accionada ha vulnerado al no suministrarles el “*servicio de enfermera, un médico para consultas y toma de muestras domiciliarias, Servicio de transporte puerta a puerta para las citas médicas y terapias y complemento alimenticio dada la dificultad para ingerir alimentos, pañales, aceite mineral, pañitos y gel antibacterial*”.

2. La **EPS COMPENSAR**, en la contestación que hizo de la acción constitucional, adujo que para dichos servicios no media prescripción médica por el galeno tratante.

3.- Ahora bien, en revisión de las documentales aportadas a la presente acción, no milita fórmula, orden o prescripción médica, emitida por algún médico, y mucho menos adscrito a la EPS COMPENSAR, que prescriba los servicios que se menciona en la demanda de tutela.

Es verdad que los señores Moisés Méndez y María Alicia Ruiz, son unas personas de 87y 93 años de edad, y que debido a sus patologías requieren de una “*dependencia total para sus requerimientos básicos*”. No obstante, se insiste, no se advierte que su médico tratante les hubiese prescrito los servicios solicitados, siendo claro que al juez de tutela le está prohibido ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido.

Destáquese que, en lo que hace al servicio de cuidador, respecto de los adultos mayores existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad **y la familia** para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas.

En sentencia T-252-17, el Alto Tribunal Constitucional expuso:

² El requisito de la legitimación en la causa por activa se tiene por satisfecho, si se considera que conforme la jurisprudencia constitucional cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de personas de especial protección.

“Ahora bien, aun cuando la sociedad y la familia tienen un papel activo en la protección y cuidado de los adultos mayores, como población especialmente protegida, dichas prestaciones a cargo del Estado tienen un carácter asistencial parcial. Esto, porque dentro del grupo de adultos mayores hay quienes se encuentran en un mayor riesgo o en situaciones más apremiantes. En consecuencia, para estos se derivan unas prestaciones de carácter asistencial y subsidiado que deben ser brindadas por el Estado, especialmente si la familia no está presente para hacerse cargo.” Resaltado fuera de texto.

Igualmente, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013, en donde se afirmó lo siguiente:

“En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.” Resaltado fuera de texto.

En el caso bajo estudio, se probó que los señores Moisés Méndez y María Alicia Ruiz, cuentan con el apoyo de sus familiares, especialmente el de su hija Clara Inés Méndez. Y si bien se indicó que no cuentan con la capacidad económica para acceder a los servicios demandados, lo cierto es que con ese propósito no se allegó prueba alguna, quedando acreditado que la señora Clara Inés Méndez Ruiz se encuentra afiliada al sistema de salud en calidad de “**pensionado**”.

Si ello es así, no resulta factible en este caso acceder al amparo solicitado, por lo cual la acción constitucional se negará.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por CLARA INES MENDEZ RUIZ en representación de MARIA ALICIA RUIZ DE MENDEZ y MOISES MENDEZ ZAMUDIO, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

TERCERO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Carlos Fonseca Cristancho', written over a horizontal line.

**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ**