

República De Colombia



Rama Judicial

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: Acción de tutela

Radicación: 1100140030242023 00010-00

Accionante: Jorge Puentes Ballesteros como agente oficioso de Luz Marina Cortés Padilla.

Accionada: Salud Total E.P.S.

Vinculados: Clínica Virrey Solís, al Centro Policlínico del Olaya, al Ministerio de Salud y Seguridad Social, a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Derechos Involucrados: Salud, vida digna y seguridad social.

En la ciudad de Bogotá D.C., en la fecha antes indicada, **LA JUEZ VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1069 de 2015, procede a decidir de fondo la solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

1. Competencia.

Corresponde a este despacho el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 37 y 2.2.3.1.2.1 numeral 1 de los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificados por el Decreto 333 de 6 de abril de 2021, respectivamente, *“Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.”*

2. Presupuestos Fácticos.

Jorge Puentes Ballesteros interpuso acción de tutela en contra de Salud Total E.P.S., para la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de Luz Marina Cortés Padilla, los que

consideran están siendo vulnerados por la accionada, dados los siguientes motivos de orden fáctico que se pasan a sintetizar:

2.1. La representada ingresó al servicio de urgencias a la Clínica Virrey Solís, y de allí fue remitida al Policlínico del Olaya, donde fue trasladada por el Cuerpo de Bomberos ante el peso de la señora Luz Marina.

2.2. Después de veinte (20) días de recibir tratamiento médico, fue dada de alta y trasladada a su domicilio, sin embargo, de acuerdo a lo señalado por el médico tratante, requiere de compañía permanente.

2.3. Señaló que no puede atender a la representada, porque solo viven los dos, debe trabajar como Bici Taxista, por su edad y ante las condiciones de la paciente.

PETICIÓN DEL ACCIONANTE

Solicitó que se le protejan a Luz Marina Cortés Padilla los derechos a la salud, vida digna y seguridad social. En consecuencia, se le ordene a Salud Total E.P.S. le asigne servicio de enfermería. Además, pidió medida provisional en ese sentido.

PRUEBAS

Ténganse las documentales militantes en el plenario.

3. Trámite Procesal.

3.1. Mediante auto de 12 de enero de los corrientes, se admitió para su trámite la presente acción de tutela, requiriendo a la entidad accionada y vinculados para que se manifestaran en torno a los hechos expuestos.

En proveído, se negó la medida provisional solicitada al no reunir los presupuestos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES después de referir la normatividad en la materia, resaltó que, no es su función la prestación de servicios de salud, por lo que solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Explicó los parámetros de cobertura de procedimientos y medicamentos, así como el trámite de reconocimiento y pago de recobros que deben hacer la Entidades Promotoras de Salud por la prestación de servicios de salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC.

3.3. Salud Total E.P.S. contestó que, el servicio de enfermería y cuidador son diferentes, el primero, que se encuentra dentro del plan de beneficios en salud, hace acompañamiento para el suministro de medicamentos y prestación de servicios de salud, el segundo, por su parte,

no es posible ordenarse pues “corresponden al personal del núcleo familiar primario o cercano a este que se hacen cargo y responsabilizan por los cuidados del familiar en condición de necesidad.”

Resaltó que no hay orden médica de profesional adscrito a esa EPS que determine la necesidad del publicitado servicio, al punto que, el médico tratante señaló que “no cumple con el criterio de EPS para el servicio de enfermería.”

Por lo que consideró que, se debe denegar la tutela al no haber vulnerado derecho fundamental alguno.

3.4. El Centro Policlínico del Olaya indicó que, son una Institución Prestadora de Servicios de Salud IPS, sin responsabilidad en la autorización y proporción de medicamentos, insumos, consultas y demás, que le corresponde exclusivamente a la Entidades Promotoras de Salud. Por lo cual, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.5. La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá respondió que, la accionante registra como afiliado a Salud Total EPS a través del régimen subsidiado en calidad de beneficiaria, mencionó que los servicios de atención domiciliaria y de enfermería se encuentran contemplados en el Plan de Beneficios de Salud. Finalmente, pidió su desvinculación al no constituirse en los encargados de suministrar los servicios instados.

3.6. Virrey Solís IPS informó que, la paciente fue valorada el 8 de enero de 2023, donde se determinó que no tiene criterios para la asignación de enfermería.

Por lo que solicitó su desvinculación, al considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno y por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

1. Como surge del recuento de los antecedentes, el problema jurídico que ocupa la atención de este juzgado se circunscribe en establecer si Salud Total E.P.S., transgredió las prerrogativas esenciales a la salud, vida digna y seguridad social de Luz Marina Cortés Padilla, al no proporcionarle servicio de enfermería o cuidador permanente.

2. 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.

3. Desde tal óptica, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé además de la facultad de interposición directa por el afectado, la posibilidad que un tercero agencie sus derechos y solicite protección "*cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*".

En el caso objeto de estudio Jorge Puentes Ballesteros agencia los derechos de su compañera Luz Marina Cortés Padilla, por sus enfermedades, de ahí que se encuentre cumplido el requisito de legitimación en la causa por activa.

4. Habida cuenta que la convocada destina su objeto social a la prestación del servicio público de salud, este mecanismo judicial es procedente para evaluar su eventual responsabilidad constitucional frente a los hechos expuestos en el escrito introductorio, que en concreto, endilgan negligencia en proporcionar el servicio de enfermería o cuidador permanente; más aún, la Corte Constitucional ha enseñado en numerosas oportunidades el carácter que cobra la salud como derecho fundamental autónomo objeto de amparo siempre que "*(I) se vea en peligro la dignidad humana del demandante de la protección, (II) que quien lo solicite sea un sujeto de especial protección constitucional y/o el demandante se encuentre en estado de indefensión por carencia de medios económicos para hacer efectivo su derecho*" (Sentencia T - 757 de 2010).

5. Sobre esa base hay que admitir que toda persona tiene derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud referidos en la Ley 100 de 1993 en su artículo 162, a tal punto que, al no brindar los medicamentos, procedimientos y servicios previstos en dicho plan, o no permitir la realización de las cirugías que el mismo ampara, constituye a no dudarlo, una vulneración al derecho fundamental a la salud.

Por su parte el artículo 2° de la Ley Estatutaria núm. 1751 del 16 de febrero de 2015, "*POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL VIDA, SALUD E INTEGRIDAD PERSONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*" estableció la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, definiéndolo como:

"El derecho fundamental salud es 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."

7. Descendiendo al caso en concreto, se advierte en primer lugar que, el servicio de enfermería requerido se encuentran contemplado en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con la Resolución 2292 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social, en el entendido que en relación con

las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 de esa resolución prevé a esta modalidad de atención como una *“alternativa a la atención hospitalaria institucional”* que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha destacado que, *“en específico, el auxilio que se presta por concepto de “servicio de enfermería” constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente. De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena”*¹.

Sin embargo, aunque si bien es cierto de los documentos aportados con el escrito introductorio se establece que la promotora padece de varias enfermedades, no obra prescripción médica emitida por el galeno tratante donde se determine la necesidad del servicio de enfermería domiciliaria, aun cuando 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”*², porque no cabe duda que únicamente puede esta operadora constitucional acceder a lo ordenado por un profesional de la salud conforme se ha establecido jurisprudencialmente³.

Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia T-345 de 2013 al exponer:

“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

¹ Sentencia T-065 de 2018.

² Cfr. ib.

³ Sentencia T-345 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

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.”

Por lo cual, si bien es cierto la agenciada padece de diferentes enfermedades, no existe orden médica que avale la necesidad del servicio de enfermería pedido. Obsérvese que se escapa de la órbita de este Despacho los conocimientos técnicos necesarios para evaluar lo requerido sin una prescripción de un profesional de la salud.

En el presente asunto es menester anotar que, a pesar de la difícil situación de la señora Luz Marina Cortés Padilla, al no poder movilizarse por sí misma y no tener el desarrollo normal de las demás personas, para realizar o ayudar las acciones propias de aseo y atención personal, los médicos tratantes no han determinado la necesidad de un profesional asistencial, y el despacho se encuentra imposibilitado de hacerlo.

Colofón es que siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir los servicios que requiera la paciente, debe estarse más a su criterio, sobre todo cuando ello propende por salvaguardar su vida y salud en condiciones dignas. Además, no aflora de las probanzas allegadas al plenario que los galenos hubieren ordenado el servicio de enfermera en favor de la agenciada, al contrario, en concepto médico se señaló que “NO CUMPLE CRITERIOS DE EPS SERVICIO DE ENFERMERÍA”, así:

Análisis y Manejo
Análisis y Manejo
Condición Socioeconómica:
PACIENTE VIVE EN CUARTO EN CASA DE ARRIENDO, POBRE HIGIENE PERSONAL, TODOS LOS SERVICIOS PUBLICOS, BUENAS VIAS DE ACCESO
POBRE RED DE APOYO UNICO CUIDADOR ESPOSO ADULTO MAYOR QUIEN ADEMAS ES EL ENCARGO DE ASUMIR GASTOS ECONOMICOS DE LOS 2, POR ENDE TRABAJA LUNES A VIERNES 7AM A 7PM Y PACIENTE QUEDA SIN ACOMPAÑANTE, VIVEN EN CUARTO EN ARRIENDO CON ACINAMIENTO Y POBRE HIGIENE
NO CUMPLE CRITERIOS DE EPS SERVICIO DE ENFERMERIA
CUMPLE CRITERIOS EPS PARA SERVICIO DE TRANSPORTE EN AMBULANCIA BASICA POR NO SEDESTACION MARCHA NI BIPEDESTACION, POR OBESIDAD MORBIDA
CONTINUA EN TERAPIA FISICA, Y OCUPACIONAL
SOLICITO TERAPIA RESPIRATORIA
SOLICITO NUTRICION Y

Sobre el particular en la Sentencia T-015 de 2021 se diferenció el servicio de enfermería con el de cuidador, así:

“La atención domiciliaria es una “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 salud y la participación de la familia”^{33]} y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, **es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.** Es importante explicar las características de ambos servicios a la

luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

*En lo que respecta al **servicio del cuidador**, la jurisprudencia de la Corte destaca que: **i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos. ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional 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 EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante, como se explica a continuación.***

*De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado. En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste **el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019**, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.” (Se resaltó y subrayó)*

Es así como se concluye que, ante la falta de una prescripción médica en tal sentido, el servicio de cuidador que requiere la promotora constitucional debe ser brindado por los parientes directos en su deber de solidaridad.

9. De tal manera, la tutela debe ser negada ante la inexistencia de vulneración de las garantías esenciales invocadas.

DECISIÓN

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

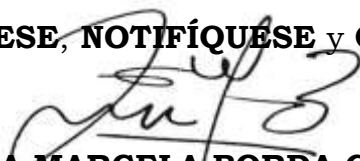
RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR **IMPROCEDENTE** el amparo de la acción de tutela propuesta por **Jorge Puentes Ballesteros** como agente oficioso de **Luz Marina Cortés Padilla** en contra de **Salud Total E.P.S.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible, relievándoles el derecho que les asiste a impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, sino estuvieren de acuerdo con lo aquí decidido.

TERCERO.- Si la presente decisión 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIANA MARCELA BORDA GUTIÉRREZ
Juez