

JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ



Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Accionante: Julia Toro Bohórquez como agente
oficiosa de Luís Alberto Toro.
Accionado: Nueva E.P.S.
Radicado: 11001400303220210052200.
Decisión: Niega (Salud).

Se resuelve la acción de tutela de la referencia, trámite al que se vinculó a la Clínica Nuestra Señora de la Paz y al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme los siguientes

ANTECEDENTES

La accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social del agenciado, presuntamente lesionados por la EPS accionada, ante su omisión de garantizar y/o suministrar el servicio de enfermería de manera continua e ininterrumpida durante 12 horas diarias, tal y como fue prescrito por el médico tratante.

Sobre el particular, señaló que su representado se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la entidad prestadora del servicio Nueva E.P.S., quien por intermedio de su red de médicos adscritos, le diagnosticó el padecimiento de las enfermedades denominadas *“Discapacidad cognitiva total no rehabilitable secundaria a demencia en la enfermedad de Alzheimer, además de hipotiroidismo y arritmia cardiaca”*

Ante esta circunstancia, el galeno que conoce su caso, prescribió el servicio de enfermería en su lugar de residencia, durante 12 horas diarias. Prestación asistencial que ha sido denegada por la EPS encartada, tras aducir que el paciente no requiere del servicio de médico domiciliario, sino la ayuda de un “cuidador”, beneficio que no se encuentra contemplado y/o previsto en el Plan Básico de Salud (PBS)

Resaltó que tal conducta, vulnera las prerrogativas fundamentales del paciente, quien no sólo es una persona de la tercera edad, sino que además, no puede valerse por sí misma, por lo que, requiere de un profesional idóneo que le ayude a mejorar sus condiciones de existencia. Planteamiento que se refuerza cuando se observa que en su calidad de

hija no cuenta con la capacidad económica, técnica y asistencial, para brindarle el cuidado y apoyo que el usuario necesita.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el amparo de las prerrogativas constitucionales invocadas, ordenando a la accionada autorizar, suministrar y proveer el servicio de enfermería en la forma y términos en que fue prescrita por el galeno tratante.

Enterado del trámite constitucional, el **Ministerio de Salud y Protección Social**, solicitó su desvinculación de los efectos del fallo que ha de proferirse en la presente acción constitucional, al sostener que carecía de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que no era de su resorte la prestación de los servicios de salud solicitados. Labor que en su sentir, es exclusiva de la entidad promotora de salud a la que el actor se encuentra afiliado, la que debía efectuar de manera eficiente, integral y oportuna, siguiendo los lineamientos del médico tratante.

En similar sentido, se pronunció la **Clínica Nuestra Señora de la Paz**, tras señalar que no se encuentra legalmente facultada para autorizar, suministrar y/o garantizar los servicios médico-asistenciales requeridos por el paciente, pues dicha tarea corresponde únicamente a la aseguradora en salud a la que este último se encuentra afiliado. Aspecto que reiteró al señalar que sus actuaciones únicamente se limitaron a brindar la atención por consulta externa en la especialidad de psiquiatría, requerida por el aquí accionante, los días 23 de julio, 6 y 13 de agosto de 2018.

Por su parte, **Nueva E.P.S.**, solicitó la denegación del amparo solicitado, tras sostener que no ha vulnerado o amenazado ningún derecho fundamental del agenciado, pues ha suministrado oportuna y eficientemente todos y cada uno de los servicios requeridos por aquél. Precisó además, que no ha autorizado el servicio de “cuidador” y/o “enfermero domiciliario”, pues la orden médica que dispuso tal asistencia actualmente se encuentra sin vigencia alguna, aunado a que, no se dan los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente, para ordenarlo, máxime cuando se observa que el accionante y su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos suficientes para acceder por su cuenta, al servicio de “cuidador” solicitado.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a una persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos

de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado. Tiene como finalidad que, consideradas las circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.C. Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Censura la accionante la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Luís Alberto Toro a la vida en condiciones dignas, salud y seguridad social debido a que este último requiere de la prestación del servicio de enfermería en la forma y términos que fueron prescritos por el médico tratante, esto es, durante 12 horas diarias, de domingo a domingo.

Sea lo primero destacar que en el presente asunto, en lo que se refiere a los temas de salud, se satisfacen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, en razón a que, de un lado, el padecimiento de una enfermedad incurable por parte del aquí agenciado conlleva a señalar que la denegación del servicio de enfermería deprecado, constituye una situación vulneradora permanente en el tiempo, pues “pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual”¹ y de otro, el procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia de Salud no resulta eficaz por cuanto “[d]icho procedimiento ordinario, en muchos casos, no es el apropiado para salvaguardar los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud pues, aunque se le dio la condición de mecanismo preferente y sumario, se descuidó cierta precisión acerca de los términos de solución de la herramienta, especialmente en lo que toca con el trámite de los recursos” (C.C. Sentencia T-014 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En segundo lugar, está demostrado que el agenciado no se encuentra en condiciones para demandar directamente la salvaguarda de sus prerrogativas fundamentales, pues de acuerdo con su historia clínica fácilmente se desprende que aquél fue diagnosticado con “Discapacidad cognitiva total no rehabilitable secundaria a demencia en la enfermedad de Alzheimer, además de hipotiroidismo y arritmia cardiaca”. Contexto

¹Corte Constitucional. Sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.

que habilita a Julia Toro Bohórquez, quien se identifica como su hija, para actuar como su agente oficiosa en el presente trámite.

En tercer lugar y en lo que respecta al servicio de enfermería domiciliaria requerido por el paciente, cobra especial relevancia el hecho que conforme a las manifestaciones efectuadas por la agente oficiosa, así como por el material probatorio allegado al plenario, se puede establecer que con anterioridad a este trámite, se interpuso otra acción similar afincada en hechos y derechos similares, de la cual conoció el Juzgado 47 Civil del Circuito de esta localidad, quien denegó –en aquella oportunidad- la protección tutelar invocada en fallo del 11 de julio de 2017, tras considerar lo siguiente:

En el caso *sub lite* la petente DILIA BOHORQUEZ DE TORO en calidad de agente oficiosa de su esposo LUIS ALBERTO TORO, pretende que a través de la presente acción constitucional se le conceda el servicio de **cuidador especializado por 12 horas al día**, pues considera que dicha asistencia es necesaria para salvaguardar la vida e integridad de su esposo, quien en la actualidad cuenta con 81 años de edad y fue diagnosticado con “*Demencia provocada posiblemente por la enfermedad de Alzheimer, hipotiroidismo y arritmia cardiaca*” lo cual genera la necesidad de contar con “cuidado especializado” que en la actualidad le es imposible brindarle por su avanzada edad.

No obstante lo anterior, obsérvese como en el presente asunto su aspiración se encuentra destinada al fracaso, ya que como lo ha advertido la H. Corte Constitucional “*La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos del pariente en situación de debilidad manifiesta*”. Esto quiere decir que el primer obligado para brindar el cuidado y atención a esta clase de población es su núcleo familiar integrada por hijos, hermanos o parientes a quienes les asiste asumir esta clase de responsabilidad atendiendo el principio de solidaridad.

Conforme lo anterior, estima este Despacho Judicial que en este caso la *ratio decidendi* del fallo de tutela transcrito, tiene plenos efectos vinculantes en este asunto, no sólo por la homogeneidad de las partes, y la similitud de los hechos, sino además por la trascendencia del *decisum* aplicado en dicha sentencia, toda vez que, las consideraciones impartidas en dicha ocasión, abarcan temas puntuales como las obligaciones de la EPS, los criterios jurisprudenciales para el suministro domiciliario de auxiliar de enfermería o cuidador y el principio de solidaridad de los familiares con relación a la continuidad de los tratamientos médicos adelantados por sus parientes más cercanos.

Por lo que, tomar una decisión diferente, no sólo desconocería el precedente jurisprudencial que debe tenerse en cuenta para dirimir el presente asunto, pues el Juzgado 47 Civil del Circuito de esta ciudad, no sólo es el superior funcional de esta célula judicial, sino que además vulneraría los principios constitucionales de seguridad jurídica de las

providencias judiciales y cosa juzgada. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que:

“...La utilización en los casos pendientes de fallo, de los elementos de juicio que sirvieron para solucionar casos en el pasado, describe de manera general la dinámica de los precedentes judiciales. (...) De ahí que existan distintas alternativas tales como decidir un caso nuevo tal como se han decidido casos similares en el pasado, o tan sólo inspirar la solución de un caso nuevo a partir de pronunciamientos anteriores. Estas modalidades dependen de si los supuestos fácticos del caso del pasado y el caso del presente son similares o no.

De este modo, cuando se utilizan pronunciamientos anteriores que constituyen reglas jurídicas que resultan ser muy generales, es decir no describen supuestos de hecho suficientemente específicos sino amplios, difícilmente se puede sólo con ellos solucionar el caso pendiente de decisión. Los casos concretos requieren para su solución jurídica, reglas de derecho con un grado de especificidad que dé cuenta de los supuestos de hecho que los enmarcan.

(...)

Como se ve la obligatoriedad de aplicar la misma regla que solucionó un caso del pasado, al caso posterior, depende de si los supuestos de hecho de los dos casos son similares. Pero, las reglas que se presentan más generales son solamente una guía para el juez constitucional, que le puede indicar una de varias formas de fallar. Ha dicho la Corte que “...el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho”²

Como quiera que, a juicio de esta Oficina Judicial la misma situación fáctica fue puesta en conocimiento y fue evaluada por un Juez de tutela, quien zanjó los requerimientos de la promotora del amparo, de donde aflora con claridad la identidad de partes, causa petendi y objeto, resulta claro que la decisión a adoptar es la de despachar desfavorablemente el peticum, en aras de salvaguardar los principios constitucionales de seguridad jurídica y cosa juzgada,

Planteamiento que se refuerza, cuando se observa que la orden médica en que se afina la accionante para deprecar el otorgamiento del servicio de “cuidador” y/o “enfermero domiciliario”, data del año 2017

²Corte Constitucional. Sentencia T – 158 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

(Archivo 6), esto es, no hace referencia a una prescripción médica actual, circunstancia que impide la protección constitucional deprecada, pues el juez constitucional, no está habilitado para ordenarlos al no ser un profesional de la salud.

Memórese que “la condición esencial para 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” (C.C. Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa).

Además, la Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada que “los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no están llamados a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que [l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento². Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que este haya sido ordenado por el médico tratante³.” (C.C. Sentencia T-651 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Negar el amparo invocado por Julia Toro Bohórquez en calidad de agente oficiosa de Luís Alberto Toro, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Segundo: Comunicar la presente decisión a los interesados por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Si no fuere impugnada, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA CECILIA SOLER RINCÓN
Juez

Firmado Por:

Olga Cecilia Soler Rincon
Juez Municipal
Civil 032
Juzgado Municipal
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:

55274062928c1c39dd0dcbd76afa459453a7d7ec208dc5fa5fec4e042b0
aab24

Documento generado en 27/07/2021 09:09:33 p. m.

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