

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,
(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)
-Acuerdo PCSJA18-11127-

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

Acción de Tutela N° 11001400642021-000090900 de Juan Guillermo Soler Melo en
contra de la Nueva EPS S.A.

ASUNTO

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a decidir la acción de tutela referida.

La petición y los hechos

ANTECEDENTES

Como supuestos fácticos expuso la actora, los que la judicatura procede a compendiar:

Señala la accionante Lourdes del Pilar Peña Delgado, en calidad de agente oficioso de su cónyuge, Juan Guillermo Soler Melo, quien tiene 62 años de edad, pensionado por invalidez afiliado a Nueva EPS S.A., y fue diagnosticado con Cáncer de Tiroides y Atrofia multisistémica con FM parkinsoniana diagnosticado desde el 2010, Parkinsonismo secundario no especificado, ocasionalmente sufre de alucinaciones, trastorno del sueño REM, diagnóstico de síndrome de apnea obstructiva del sueño grado moderado IAH:20 por hora, Uso de tanque de oxígeno en la noche por apnea, Carcinoma papilar de tiroides T1BNXM0 DX, patología: carcinoma papilar de patrón clásico bien diferenciado de 2 cm, hipoparatiroidismo posquirúrgico, además uso de pañales desechables por incontinencia y una marcada dependencia funcional.

Refiere que ella tiene 62 años y carece de las habilidades físicas para asistir al señor Juan Guillermo en sus actividades diarias sin el conocimiento profesional y/o técnico para cuidarlo, por lo que el 9 de junio de 2021, se le envió un correo dirigido a INNOVAR, donde informa el mal estado del señor y solicitando el servicio de enfermería domiciliar de conformidad a las políticas de Nueva EPS S.A.

Añade que el 16 de junio de 2021, la neuróloga recomendó llevarlo a emergencia por deterioro funcional, ya que estaba presentando un deterioro en su estado neurológico, asociado con irritabilidad, asimismo recomendó que se le debía asignar un auxiliar de enfermería por 24 horas a domicilio por lo que ese mismo día se llevó a la Clínica el Lago, donde fue diagnosticado con Sars-Cov-2 y se mantuvo en cuidados intensivos desde el 16 de junio hasta el día 24 de junio de 2021 y el 1 de julio de 2021, se le solicitó a la Nueva EPS S.A., que se le asignara un auxiliar de enfermería por 24 horas a domicilio, de la cual el 7 de

julio le entregaron un documento donde la Nueva EPS Le informa que la solicitud ha sido devuelta por “servicio duplicado y/o ya tramitado” y requerían a innovar para validar la solicitud del plan de manejo

Finaliza refiriendo que el 1° de julio de 2021, radicó un derecho de petición vía email a soporte@nuevaeps.com reiterando la solicitud posteriormente el 15 de julio de 2021, radicó Derecho de petición, de manera física en las instalaciones por lo que el 24 de julio de 2021, se recibió contestación informando que no se encontró valoraciones médicas donde se ordene el servicio solicitado, debido a que los cuidados que requiere el paciente son cuidados básicos que pueden ser realizados por un familiar, y no por un profesional de la salud; por ello considera que han vulnerados sus derechos alegados.

DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Indicó la promotora del amparo, que la conducta de la accionada, vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y seguridad social de su cónyuge, por lo que solicita al despacho *ORDENAR* a la accionada el suministro del servicio de enfermera 24 horas al día, cubriendo la totalidad de los costos, al igual que la Nueva EPS reintegrar los costos y gastos que ha tenido que cubrir para costear el servicio de enfermería y que se le asigne a las enfermeras Johajana Losada y Amanda Agreda, toda vez que ya está familiarizadas con los cuidados especiales necesita.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído calendarado del catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), se admitió la acción constitucional solicitando a la accionada que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los hechos en lo que se soporta la presente acción y anexe la documentación pertinente, para la pronta y adecuada resolución de la tutela, igualmente se dispuso vincular a la Unión Temporal Clínica Nueva el Lago e Innovar Salud S.A.S., a efectos de que rinda concepto sobre los hechos de la presente acción constitucional

En atención al requerimiento del juzgado:

- INNOVAR SALUD SAS, a través de apoderada manifiesta que Innovar es una IPS que presta sus servicios en el ámbito domiciliario a aquellos pacientes que por sus condiciones no pueden acceder a los servicios de manera ambulatoria; que el paciente Juan Guillermo Soler Melo, fue presentado por Nueva EPS el 24 de abril del 2019, para la prestación de servicio de atención médica domiciliaria, con los diagnósticos descritos en la historia clínica, que ellos como IPS prestadora de los servicios de salud del usuario, señala que el médico domiciliario de INNOVAR SALUD es considerado el médico tratante del paciente y quién define los servicios y el plan de manejo a seguir, de acuerdo con los antecedentes y tiempo de evolución de estos, la evolución clínica del paciente, diagnósticos, condición médica actual y pertinencia en las valoraciones médicas mensuales.

Señala que, dentro del ejercicio de las Buenas Prácticas Médicas, bajo criterios de racionalidad y pertinencia, el Servicio de turnos de Enfermería está indicado para aquellas situaciones en que el paciente requiera la asistencia de este tipo de profesionales. Para el caso del usuario, en las valoraciones médicas realizadas los médicos no han solicitado dicho debido a que no está clínicamente justificado.

Las funciones del asistente de cuidado van encaminadas a los cuidados básicos en el domicilio, tales como, administración de medicamentos orales, asistencias en alimentación, asistencia en el baño, higiene personal, etc., que son las que requiere el usuario, estas

funciones pueden ser realizadas por el cuidador designado por la Familia y no por un profesional de la salud.

- NUEVA EPS S.A., a través del apoderado especial, señala que, revisada la base de afiliados de la EPS, se constató que JUAN GUILLERMO SOLER MELO, se encuentra en estado activo como cotizante en el régimen contributivo; que la NUEVA EPS S.A., asumió todos los servicios médicos que ha requerido y que se encuentren dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud y que el accionante ha requerido en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS.

Añade que la EPS no presta el servicio de salud directamente, sino a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, las cuales son avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo; dichas IPS programan y solicitan autorización para la realización de citas, cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo con sus agendas y disponibilidad, que si bien el servicio domiciliario está incluido dentro los servicios y tecnologías de salud, financiados con recursos de la UPC, este debe estar garantizada por las EPS, pero para que se defina su prestación, esta debe ser autorizada por el médico tratante, quien determinará aquellos casos en los cuales el servicio a prestar es el de “auxiliar de enfermería” y es la EPS la encargada de revisar bajo la óptica de la historia clínica del paciente el tipo de servicio que satisfaga sus necesidades básicas.

-La Unión Temporal Clínica Nueva el Lago, no hizo pronunciamiento alguno.

V. CONSIDERACIONES

LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

CASO CONCRETO

¿En el presente asunto, el problema jurídico a resolver consiste en i) establecer si se desconocen los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social del accionante al no autorizar la atención de enfermería domiciliaria las 24 horas, pero respecto de la cual no existe orden médica?

De cara al problema jurídico a resolver, el cual se sintetiza en establecer si la accionada ha vulnerado los derechos invocados por la actora; respecto al derecho a la salud tenemos que el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dualidad enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

En este orden de ideas, la salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de “calidad de vida”, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de “bienestar” (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población).

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, la Corte ha expresado que la salud debe ser concebida como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”*

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

De otro lado y con relación a la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador, la Corte ha reiterado que el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (Ley Estatutaria 1751 de 2015) y en relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017, estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica

domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto la Resolución 5269 señala:

Artículo 26. Atención Domiciliaria.

La atención en modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional esta financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes...”

Luego el 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, entendiéndose como 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.

Ahora bien en relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud y debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado; sumado a ello la Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador.

En el *sub lite*, se advierte que efectivamente el señor Juan Guillermo Soler Melo es una persona pensionada por invalidez, con diagnóstico de diferentes enfermedades; que requiere el cuidado permanente de una persona que le ayude en las diferentes actividades básicas y como quiera que según se desprende de la historia clínica padece de Cáncer de Tiroides y Atrofia multisistémica con FM parkinsoniana diagnosticado desde el 2010, Parkinsonismo secundario no especificado, ocasionalmente sufre de alucinaciones, trastorno del sueño REM, diagnóstico de síndrome de apnea obstructiva del sueño grado moderado IAH:20 por hora, uso de tanque de oxígeno en la noche por apnea, carcinoma papilar de tiroides TIBNXM0 DX, patología: carcinoma papilar de patrón clásico bien diferenciado de 2 cm, hipoparatiroidismo posquirúrgico, además requiere del uso de pañales por incontinencia y una marcada dependencia funcional, conllevando a que no se pueda valer por sí solo, por lo que es ella quien está soportando las cargas, cuando es deber del Estado la protección de estas personas que se encuentran en circunstancias especiales de vulnerabilidad garantizando sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Pese a esas manifestaciones y a lo soportado en los anexos, y al mismo pronunciamiento de la EPS y la IPS, quien en respuesta a esta acción constitucional, en la que señalaron que no se encuentra prescrita una orden médica que nos indique que el señor Juan Guillermo Soler Melo, cuenta con una dependencia total, por algún tipo de discapacidad en su movilidad y que como consecuencia requiera una cuidadora las 24 horas, por ende al no estar prescrita esta situación por los galenos tratantes del paciente, esta sede judicial mal haría en ordenar dicho servicio, que se reitera no está ordenado por ningún médico.

Al respecto el Alto Tribunal Constitucional ha manifestado que:

“Por regla general, para que sea exigible el suministro de un servicio en salud, es necesario que exista una orden del médico tratante adscrito a la EPS, por virtud de la cual se entienda que dicha prescripción está dirigida a mejorar el estado de salud del paciente. Bajo ninguna circunstancia el juez constitucional podría ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de los profesionales de la medicina. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el derecho a la salud incluye el derecho a un diagnóstico efectivo, el cual –como expresión de los principios de integralidad y eficiencia– exige la valoración oportuna de las aflicciones que tiene un paciente, con miras a determinar el tipo de enfermedad que padece y el procedimiento médico a seguir”. Negrilla fuera del texto.

Ahora bien, la mencionada Corporación ha manifestado que el derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: “(i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente. (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según la enfermedad sufrida”.

No obstante, dadas las diferentes patologías que padece Juan Guillermo Soler Melo, se protegerá el derecho al diagnóstico y en consecuentemente, se ordenará a la NUEVA EPS a que se designe un equipo médico que evalúe las diferentes patologías de que padece el señor Juan Guillermo Soler Melo, por intermedio de un grupo multidisciplinario, conformado por especialistas en las diferentes patologías que padece, para que procedan a realizar una valoración médica integral y así de esas valoraciones determinar el tratamiento a seguir, emitiendo un diagnóstico específico respecto de su estado general de salud y en caso de existir ordenes médicas, servicios, tecnologías, ayudas diagnósticas, medicamentos y etc., deberá el ente tutelado garantizar la prestación del servicio ordenado por el médico tratante.

Finalmente se debe tener en cuenta que el propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud, Por ello en lo tocante a la petición de la devolución y/o en la reclamación de una suma de dinero, que ya ha asumido la accionante por concepto de servicio domiciliaria de enfermería, el despacho niega dicha solicitud en virtud a que el camino constitucional no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento y/o pago de prestaciones económicas.

Por lo brevemente expuesto esta sede judicial concederá el amparo tutelar reclamado, ordenando a la NUEVA EPS, que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo han hecho, designe un grupo multidisciplinario, conformado por especialistas en las diferentes patologías que padece el señor Juan Guillermo Soler Melo, para que procedan a realizar una valoración médica integral y así, de esas valoreaciones, valoraciones determinar el tratamiento a seguir, emitiendo un diagnóstico específico respecto de su estado general de salud y en caso de existir ordenes médicas, servicios, tecnologías, ayudas diagnósticas, medicamentos y etc., deberá el ente tutelado garantizar la prestación del servicio ordenado por el médico tratante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL** (Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple

Transitorio) de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Conceder la protección constitucional invocada por Lourdes del Pilar Peña Delgado, actuando en calidad de agente oficioso de su cónyuge, Juan Guillermo Soler Melo en contra la Nueva EPS, respecto al derecho al diagnóstico conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS a que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo han hecho, designe un grupo multidisciplinario, conformado por especialistas en las diferentes patologías que padece el señor Juan Guillermo Soler Melo, para que procedan a realizar una valoración médica integral y así, de esas valoraciones, determinar el tratamiento a seguir, emitiendo un diagnóstico específico respecto de su estado general de salud y en caso de existir ordenes médicas, servicios, tecnologías, ayudas diagnósticas, medicamentos y etc., deberá el ente tutelado garantizar la prestación del servicio ordenado por el médico tratante.

TERCERO: NEGAR la solicitud de reembolso de dineros cancelados por servicio de enfermería domiciliaria, conforme la argumentado.

CUARTO: ORDENAR que por secretaría se libren las comunicaciones a que se refiere el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes por el medio más expedito

SEXTO: En la oportunidad legal correspondiente por secretaria envíese el expediente, a la ilustrada Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO
JUEZ**

Firmado Por:

Liliam Margarita Mouthon Castro
Juez
Juzgado Municipal
Civil 064
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:

1656ef2ab3e07ea6cb8f6e744cd3898835f8f75b6de2cc867f008b853d9d0f5c

Documento generado en 27/09/2021 08:37:23 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>