



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYÁN
JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO
Calle 5 A 1—11 B/Loma de Cartagena
j02mepayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sentencia de Tutela No. 024

Proceso No. 19001-40-71-002-2023-00021-01

Popayán, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

Procede el Despacho a resolver la Impugnación propuesta por COSMITET LTDA, en contra de la Sentencia No. 024 del 22/02/2.023 emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, siendo accionante ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA agenciada por LEONOR INSUASTI LUNA, que amparó los derechos fundamentales a la salud y vida digna. Al trámite fueron vinculadas la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, Hospital Universitario San José de Popayán, SIGMA MEDICAL CARE y la FIDUPREVISORA S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su fundamento.

La acción de tutela en trámite de primera instancia fue repartida mediante acta No. 38014 del 9 de febrero de 2.023 al Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, fecha en la cual se ordenó la admisión y trámite.

De la demanda de tutela y anexos se extracta que la agenciada, es una paciente de 76 años de edad, afiliada a COSMITET LTDA, quien sufrió fractura en su cadera con ocasión de una caída ocurrida el 18 de diciembre de 2022, debiéndole realizar cirugía de reemplazo de cadera el 30 del mismo mes y de igual manera padeció de delirium por lo que fue atendida por psiquiatría, dándola de alta del Hospital San José el 3 de enero de 2023.

Concepto psiquiátrico: *Análisis Subjetivo: Paciente de 76 años, ingresada por una fractura de cuello de femur. Actualmente en delirium, Análisis Objetivo: Alerta. Orientada en lugar, no en tiempo. Algo incoherente. Con alucinaciones visuales. Hay falsos reconocimientos. Inquieta.*

Informa la accionante que al día siguiente sufrió caída desde su cama, presentando episodios de ansiedad y delirium y que el 5 de enero tuvieron que practicar nuevo procedimiento quirúrgico, sobre la cual se consignó lo siguiente: *"descripción de hallazgos quirúrgicos: luxación de los componentes protésicos descripción del procedimiento quirúrgico: maniobras varias de reducción cerrada por tracción contra tracción y manipulación, siendo todas ellas infructuosas".*

De esta nueva atención médica en urgencias, surge como impresión diagnóstica CONTUSIÓN DE CADERA DERECHA, ANTECEDENTE DE REEMPLAZO DE CADERA EL 30/12/2022, luego dice LUXACIÓN DE CADERA DERECHA¹⁰, y se programa MANEJO QUIRÚRGICO.

El 13 de enero fuera intervenida quirúrgicamente y presentó, posterior a una toma de radiografía, sangrado abundante, por lo que la remitieron nuevamente a quirófano y luego de ser remitida a la habitación, dejó de comer y presentó varias complicaciones.

El día 15 de enero de 2023, en las horas de la tarde le realizan una transfusión sanguínea "ANEMIA MODERADA 8.3 PREVIA DE 10, PACIENTE DESORIENTADA POR LO QUE SE CONSIDERA PERTINENTE TRASFUNDIR 2 UNIDADES DE GLOBULOS ROJOS, SE SOLICITA TAC DE CADERA CON RECONSTRUCCION, INFORMAR CAMBIOS."

Para el 17 de enero de 2023 informa que solicitó cuidado integral en casa, pero se aprobó "homecare" por cinco días a la semana, enfermería por 6 horas diurnas, 6 fisioterapias, y una visita de medico cada 5 días, tiempo que considera insuficiente, debido a que el cuidado post operatorio ordenado por el traumatólogo conlleva completa inmovilidad durante 2 meses y terapia física 30 sesiones domiciliarias.

Expresa que solicitó ese servicio por cuanto la agenciada no tiene hijos y ella no puede brindárselos debido a que también es adulta mayor con 74 años de edad y si requiere cuidado permanente debido a su estado de salud y a sus episodios de delirium y ansiedad, ya que se despierta e intenta bajarse de la cama.

Respecto a su desorientación, el día 8 de enero de 2023 se realiza interconsulta psiquiátrica, informando lo siguiente: "EXAMEN MENTAL: CONSCIENTE, DESORIENTADA EN TIEMPO, AFECTO CON TENDENCIA A LA HIPOMANIA, LOGORREA, **ALUCINACIONES VISUALES Y AUDITIVAS, INQUIETUD MOTORA, NO ENTIENDE QUE ESTA BAJO TRATAMIENTO DE UNA FRACTURA**"

Solicita se ordene a su favor el servicio domiciliario de cuidador 24 horas, Fisioterapia y Fonoaudiología domiciliaria una hora diaria, hasta su recuperación.

Con auto del 14 de febrero de 2023 el a quo, concedió la medida provisional, ordenando a COSMITET que de manera inmediata autorice y garantice, el servicio de fisioterapia domiciliaria y de enfermería domiciliaria por 24 horas en favor de la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA. Medida que hasta el momento no ha cumplido.

1.2. Posición de la Accionada y vinculadas

- ✓ **COSMITET LTDA** informa que el proceso de rehabilitación de pacientes con trauma de cadera, requiere la participación de la familia. Explica que el servicio de auxiliar de Enfermería y su permanencia en el domicilio del paciente, será determinada por la institución según la condición, evolución, criterios, guías y protocolos de manejo bajo una escala para medición de requerimientos, según el grado de dependencia del enfermo, la patología, las características familiares al igual a las actividades a desarrollar por el personal.

En el caso concreto se realizó valoración médica el 6 de febrero encontrando: *anciana frágil con dependencia total de su ABC, barthel menor de 20 puntos. Escala de Karnofsky 1 (Requiere asistencia considerable y cuidados médicos frecuentes), NO requiere Monitoreo estándar, ni registro y cálculo de balance de líquidos, NO requiere Medicamentos intravenosos múltiples, más de una droga, en bolo o infusión, El medicamento que se le aplica es SUBDERMICO (Enoxoparina) Requiere Cambio de rutina, cuidado y prevención de úlceras por presión, No requiere Oxígeno suplementario con FiO2 menor al 35%, Paciente que No tiene Cuidados de traqueotomía como tampoco Tratamiento para mejorar la función pulmonar, aspiración intratraqueal, inhaloterapia, No Requiere Administración intravenosa de grandes dosis de líquidos, ni Mediciones cuantitativas del gasto urinario, catéter vesical, no tiene Hiper alimentación intravenosa, nutrición parenteral su Alimentación enteral es vía oral; No tiene Intervenciones específicas como son curaciones de heridas, la herida que presenta es herida san, no presenta eritema, sin manejo de bomba de infusión, ni sondas, catéteres y de acuerdo a escalas y actividades nos da un puntaje en donde los cuidados están a cargo de la Familia.*

Informa que se brindó educación al cuidador en diversas oportunidades sobre actividades a realizar como: baño, manejo uñas, peinado, limpieza de la boca, aplicación de humectación, movilidad funcional (cambio de posición, transferencia, cambios funcionales o deambulación, masaje y promoción de movimientos activos).

Resalta que el Dr. Hernando Legarda, ordenó plan terapéutico consistente en:

- visita médica domiciliaria mensual No. 1
- Terapia física domiciliarias 20 mes (5) semanales
- Terapia respiratoria domiciliarias 20 mes (5) semanales
- Visita por trabajo social y Psicología en conjunto

Que los servicios de cuidador 24 horas al día, servicio domiciliario de fisioterapia una hora diaria y servicio domiciliario de fonoaudiología una hora diaria solicitados no cuentan con orden médica, siendo necesario que la paciente sea valorada por trabajo social y psicología, con el fin realizar informe socio económico.

Considera que, de la calidad de docentes activos o pensionados pertenecientes al Magisterio, se colige que tiene capacidad económica para asumir los servicios solicitados sin que exista prueba de afectación al mínimo vital que genere perjuicio irremediable, por lo cual se debe analizar la capacidad económica de la agenciada, para evidenciar la situación de vulnerabilidad, que le impida asumir la contratación del cuidador.

Se opone al tratamiento integral al considerar que sería extender un cheque en blanco por hechos futuros e inciertos pues no se trata de paciente con enfermedad catastrófica, controvirtiendo la medida provisional por la ausencia de orden de médico tratante o particular para dicho servicio, pues es el único facultado para ello.

Solicita negar las pretensiones o en caso de tutelar los derechos de la paciente y conceder atención integral, se ordene expresamente el recobro de dichos costos al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A y que está a su vez pueda recobrar los gastos al ADRES, teniendo en cuenta que COSMITET LTDA por ser régimen especial no lo puede hacer ante el ADRES, pues no se rigen por la ley 100 del 1993 si no por unos términos de referencia.

- ✓ **FIDUPREVISORA S.A.** informa que su función es administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin tener competencia respecto de la prestación de servicios de salud, siendo la EPS COSMITET la encargada de prestar tal servicio, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, indicando que actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y una de sus funciones es contratar con las EPS, la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean su responsabilidad, pues para tal efecto existe la unión temporal designada para cada región. Solicita se requiera a COSMITET LTDA, pues, es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que del servicio se derive.
- ✓ **EL HOSPITAL SAN JOSÉ DE POPAYÁN** informó que no se vislumbra que haya incurrido en actuación u omisión alguna que transgreda o amenace los derechos de la accionante, siendo que la obligación recae en la EPS COSMITET LTDA
- ✓ **La ADRES** informa que es función de la eps brindar el servicio reclamado por la accionante y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- ✓ **SIGMA MEDICAL CARE**, pese a que fue notificada a los correos electrónicos sigmamedicalcare@gmail.com y ivanandresjaramillo@hotmail.com guardó silencio.

1.3. La Sentencia de primera instancia.

El Juzgado A quo mediante la referida sentencia tuteló el derecho fundamental a la salud pretendido por la accionante en favor de su agenciada, y ordenó a COSMITET que autorice y garantice el servicio de cuidador domiciliario 24 horas que requiere la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTY LUNA, durante los dos meses que debe guardar absoluto reposo conforme a la orden del médico ortopedista, finalizado el cual deberá ser valorada por dicha especialista a fin de que determine si debe prorrogarse dicho servicio, atendiendo a la condición de salud de la paciente y si persisten las limitaciones familiares y económicas para asumir el costo de un cuidador particular. De igual manera deberá garantizar el tratamiento integral de los diagnósticos reemplazo de cadera derecha, luxación de materiales protésicos – POP y delirium que presenta la agenciada.

1.4. La Impugnación.

COSMITET muestra disenso de la sentencia de primer grado, considera que la orden de garantizar el servicio de cuidador 24 horas al día por dos meses y la

orden de atención integral, no son acordes a la realidad y expresa que la entidad le está suministrando los servicios de salud requeridos y expresa que dichos servicios no están ordenados por su médico tratante, por tanto la presente acción de tutela debe revocarse.

En escrito de ampliación del escrito de impugnación del 15 de los cursantes, COSMITET informa que la paciente tuvo cita de control con ortopedista adscrito al Hospital Universitario San José, el 9 de marzo de esta anualidad y en notas de historia clínica, se indica que la paciente se encuentra ubicada en espacio y en tiempo "lucida" y con dependencia para la movilización por la fractura de cadera, además informa que la paciente en camilla con buena evolución, adecuada movilidad de extremidad, lucida, come por sí misma. Con dependencia para la movilización, por ahora se sienta en cama y luego de calificar las actividades que desarrolla, le otorga un total de 65 puntos, catalogando una dependencia moderada.

Indica el galeno que por tener única familiar hermana adulta mayor, considera para su mejor rehabilitación, otorgar el servicio de enfermería 6 horas al día, y controles mensuales para definir continuidad del servicio a la necesidad del paciente, por lo cual, en el plan terapéutico ordena, el servicio de enfermería 6 horas al día, control con fisiatra, RX de pelvis, terapia física 10 al mes y control en 30 días con traumatología y por ahora movilidad de la paciente en silla de ruedas temporal.

Con la valoración de control por parte del galeno, se desvirtúa la necesidad del servicio de cuidador 24 horas, y será el tratante en posteriores controles, quien defina la continuidad del servicio de enfermería y demás servicios. Solicita se revoque el fallo de primera instancia.

2. PRUEBAS

Se allegaron al instructivo en fotocopia los siguientes soportes:

Por parte del **accionante** y en copia:

- Cédula de la accionante y agente oficiosa
- Historia clínica
- Orden para el medicamento
- Índice Barthel
- Historia clínica de la Segunda Salida del Hospital.
- Derecho de petición

3. CONSIDERACIONES.

3.1. Competencia.

De conformidad con los artículos 31 y 32 del Decreto 2591/91, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, ante el superior funcional, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub - judice, le corresponde a este Juzgado con categoría de Circuito.

3.2. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

Para que una acción de tutela proceda, se deberá acreditar los siguientes requisitos. (i) *Legitimación en la causa por activa: quien interpone la acción*

debe ser la persona que considera vulnerados o amenazados sus derechos, salvo que actúe a través de un tercero. Cuando el presunto afectado sea un menor de edad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 Superior, la jurisprudencia constitucional ha admitido que cualquier persona está legitimada para abogar por sus derechos. (ii) Legitimación en la causa por pasiva: la acción procede contra acciones u omisiones de autoridades públicas que tengan la aptitud legal para responder jurídicamente por la vulneración. También procede contra particulares cuando estos presten servicios públicos, o, respecto de los cuales el accionante se encuentre indefenso. (iii) Inmediatez: el amparo debe requerirse en un plazo razonable contado desde la actuación u omisión vulneradora. Y (iv) subsidiariedad: el recurso de amparo es procedente si (a) el afectado no dispone de otros medios de defensa judicial, (b) existiendo formalmente mecanismos de defensa alternos, estos no son idóneos o eficaces, atendiendo las circunstancias del caso que se examina, o (c) se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”

3.2.1. Legitimación para instaurar acción de tutela. Por activa.

La accionante es persona natural, mayor de edad, quien actúa en representación de su hermana de 76 años de edad, en calidad de agente oficiosa, quien padece varias patologías y que para su tratamiento requiere el servicio de salud conforme a lo prescrito por el médico tratante, al cual no ha podido acceder en la forma pretendida.

3.2.2. Legitimación por pasiva.

COSMITET LTDA es una entidad de salud, constituida como sociedad limitada y con personería jurídica, por tanto, tiene capacidad para ser accionada, máxime cuando la usuaria está afiliada como beneficiaria y los hechos generadores de la demanda la señalan como responsable del agravio.

3.2.3. Inmediatez.

Se cumple este requisito debido a que la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable, por cuanto desde que viene siendo tratada por la entidad en forma reiterada y el servicio de salud reclamado se encuentra recomendado por el médico, razón por la cual se incoó la demanda, sin lograr su materialización.

3.2.4. Subsidiaridad.¹

En razón a su carácter excepcional, la tutela sólo procede ante la inexistencia de otros medios judiciales que permitan ventilar las pretensiones del tutelante, o cuando dichos medios carecen de idoneidad o resultan ineficaces, en circunstancias de urgente protección o extrema vulnerabilidad del sujeto que reclama la protección.

En principio la Superintendencia Nacional de Salud sería la entidad encargada de atender el reclamo por la presunta omisión en la prestación del servicio de salud que reclama el accionante, según lo dispuesto en las Leyes 1122 de 2007 (artículo 41) y 1438 de 2011, no obstante la Corte ha sostenido que ese mecanismo legal no es idóneo ni eficaz, por “(i) la inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de

¹ Sentencia T-025 de 2019.

las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.

*"...cuando se evidencian circunstancias en las cuales está en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, y se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión, esta Corporación ha considerado que resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conllevar al desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias."*²

4. Problema Jurídico.

¿Es procedente revocar, modificar o confirmar la sentencia proferida por el Juzgado A quo, que protegió el derecho fundamental a la Salud y vida en condiciones dignas de la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA y ordenó a COSMITET, autorizar y garantizar el servicio de cuidador domiciliario 24 horas por dos meses conforme orden de su médico tratante, además del tratamiento integral concedido?.

Para resolver lo anterior, se hará referencia al (i) alcances del derecho a la salud (ii) Concepto científico del médico tratante y (iii) análisis del caso concreto.

5. CONSIDERACIONES

i) Sobre el derecho a la Salud, la *sentencia T-260/2020* indicó:

"La salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Eso sí, dejó claro que el carácter fundamental de un derecho no hace que todos los aspectos de este sean tutelables y que debido a la complejidad del derecho a la salud su goce puede estar supeditado a la disponibilidad de recursos materiales.

50. Así las cosas, la salud es un derecho fundamental que debe protegerse y ser garantizado a todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social, quienes al necesitar del suministro de un servicio están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. Tal criterio debe estar basado en información científica, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. En efecto, cuando una persona acude a su EPS para que esta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio.

51. El profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante. Es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios. Es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Decisión que debe ser, además, comunicada al usuario.

52. Una faceta del derecho fundamental a la salud es el derecho al diagnóstico. El objetivo de esta garantía es establecer el acceso a tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos que

2 Sentencia T-025 de 2019.

se requieren con necesidad para restablecer la salud del paciente. Por tanto, aunque un juez de tutela no podría abarcar la órbita de acción que le compete a un profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento que no ha sido previamente diagnosticado, lo que excepcionalmente sí podría hacer, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud, es ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico. Es decir, el juez constitucional excepcionalmente podría resolver en sede de tutela que la EPS, por medio de los profesionales pertinentes, emita un diagnóstico efectivo, con el cual se garantice una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha evidenciado que el derecho a un diagnóstico efectivo es vulnerado, entre otros casos, cuando las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad”.

ii) El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud –Sentencia T-345 de 2013.

“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.

3.2. 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.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, 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, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

3.3. 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.

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”.

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente”.

iii) El caso concreto.

Los fundamentos facticos indican que la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA de 76 años de edad, se encuentra afiliada a COSMITET LTDA y según la historia clínica el 30 de diciembre de 2022 le practicaron cirugía de REEMPLAZO DE CADERA o IMPLANTE TOTAL DE CADERA POR PROTESIS, debido a una fractura que sufrió, luego del procedimiento presentó otra caída por lo que tuvieron que intervenirla nuevamente el 13 de enero de 2023, además luego de los procedimientos ha presentado episodios de ansiedad y delirium.

Por recomendación del médico traumatólogo Dr. Erik Muñoz, quien le informó sobre los cuidados post operatorios incluía una completa inmovilidad de la paciente de al menos 2 meses, "Terapia Física 30 sesiones domiciliarias, barthel menor de 20, karnofsky 30 puntos.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la imposibilidad física de la agente oficiosa, por contar con más de 74 años y no poder cumplir con los cuidados que requería su hermana Alicia del Carmen, la conllevó a solicitar a la EPS los servicios de cuidador 24 horas, fisioterapia domiciliaria y fonoaudiología domiciliaria, en razón a las dificultades que le representa asumir el cuidado de su agenciada y porque no cuenta con otro apoyo familiar, ni capacidad económica para costear dicho servicio, petición que fue negada por COSMITET.

En respuesta emitida por COSMITET, informa que no existe ordenamiento médico para enfermería domiciliaria 24 horas y que además, lo que la paciente requiere es el servicio de cuidador el cual debe ser garantizado por la familia, en tanto que el servicio de fisioterapia domiciliaria ya se autorizó de conformidad a lo ordenado por el médico tratante, es decir, terapia física domiciliarias 20 al mes (5) semanales. Además solicitó se tenga en cuenta la capacidad económica de la paciente, la cual se presume dada la calidad de afiliada al fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio.

Ante la falta de materialización del servicio de salud requerido y frente a la omisión por parte de la entidad de acatar la orden de concesión de medida provisional en la cual se ordenó la prestación del servicio de cuidador domiciliario las 24 horas de conformidad a la recomendación verbal realizada por médico traumatólogo tratante, el a-quo mediante sentencia protegió el derecho a la salud y vida en condiciones dignas de la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA, ordenando a la accionada autorice y garantice el servicio de cuidador domiciliario 24 horas que requiere la paciente, durante los dos meses que debe guardar absoluto reposo conforme a la orden del médico ortopedista, finalizado el cual deberá ser valorada por dicha especialista a fin de que determine si debe prorrogarse dicho servicio, atendiendo a la condición de salud de la paciente y si persisten las limitaciones familiares y económicas para asumir el costo de un cuidador particular, ordenando igualmente garantizar el tratamiento integral que requiere la agenciada.

Inconforme con la decisión, COSMITET LTDA solicita se revoque el fallo de primera instancia, alegando que no existe soporte médico para autorizar un cuidador domiciliario por 24 horas y que no comparte la orden de atención integral concedida.

Pero sumado a lo anterior, la entidad presenta un escrito complementario a la impugnación de fecha 15 de los cursantes, donde da a conocer que la paciente tuvo cita de control con ortopedista adscrito al Hospital Universitario San José,

el 9 de marzo de esta anualidad, quien indica que la paciente se encuentra ubicada en espacio y en tiempo y con dependencia para la movilización por la fractura de cadera, además informa que la paciente tiene buena evolución, adecuada movilidad de extremidad, lucida, come por sí misma. Con dependencia para la movilización, por ahora se sienta en cama y luego de calificar las actividades que desarrolla, le otorga un total de 65 puntos, catalogando una *dependencia moderada*.

HOSPITAL #01560092		ESPECIALIZADA	
FOLIO: 352		Fecha: 9/03/2023 10:34:32 a. m.	
N° Historia Clínica: 27075284		N° Ingreso: 5375781	
DATOS PERSONALES			
Nombres y Apellidos: ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA		Documento:	27075284
Fecha Nacimiento:	05octubre/1946	Edad:	76 Años \ 5 Meses \ 3 Días
Dirección:	PARCELACION LAS VEGAS CASA 39	Teléfono:	3186181420
Lugar Residencia:	POPAYAN	Ocupación:	PENSIONADO
PACIENTE EN CAMILLA, CON BUENA EVOLUCION, ADECUADA MOVILIDAD DE EXTREMIDAD, PACIENTE LUCIDA, COME POR SI MISMA, CON DEPENDENCIA PARA LA MOVILIZACION POR FRACTURA DE CADERA POR AHORA. SE SIENTA EN CAMA.			
ESCALA DE BARTHEL:			
COMER 10 PUNTOS			
TRASLADARSE EN TRE SILLAY LA CAMA 5 PUNTOS			
ASEO PERSONAL 10 PUNTOS			
USO DE SANITARIO 5 PUNTOS			
BAÑARSE 0 PUNTOS			
DESPLAZARSE 5 PUNTOS			
USO DE ESCALERAS 0 PUNTOS			
VESTIRSE 10 PUNTOS			
CONTROL DE HECES 10			
CONTROL DE ORINA 10 PUNTOS			
TOTAL 65 PUNTOS. DEPENDENCIA MODERADA			
SIGNOS VITALES TA: 90/60 TAM: 70 FC: 74			
EXAMEN FISICO FR: 18 Temp: 36			
VALORACION ESCALA DEL DOLOR: 0 SIN DOLOR			
Peso: 60grm Talla: 156cm			

Indica el galeno que por tener única familiar hermana adulta mayor, considera para su mejor rehabilitación, otorgar el servicio de enfermería 6 horas al día, y controles mensuales para definir continuidad del servicio a la necesidad del paciente, por lo cual, en el plan terapéutico ordena, el servicio de enfermería 6 horas al día, control con fisiatra, RX de pelvis, terapia física 10 al mes y control en 30 días con traumatología y por ahora movilidad de la paciente en silla de ruedas temporal.

Con esta nueva valoración médica, COSMITET expresa que se desvirtúa la necesidad del servicio de cuidador 24 horas, y será el tratante en posteriores controles, quien defina la continuidad del servicio de enfermería y demás servicios. Solicitando se revoque el fallo de primera instancia.

De esta manera y observando en su conjunto los escritos de impugnación, es preciso tener en cuenta este último plan de manejo y recomendaciones escritas en la historia clínica de 9 de marzo hogaño, suscrita por el Ortopedista y Traumatólogo ERIC MUÑOZ MENESES, historia donde se confirman la evolución que ha tenido la paciente hasta ese momento.

Como dejó sentada la jurisprudencia de la Corte Constitucional traída a colación, la atención en salud demanda la prestación oportuna, eficiente y continua, toda vez que no se trata de generar autorizaciones, sin concretar ni el servicio de enfermera en casa ni el cuidador que se pretendía y que según parece hasta la fecha no se ha concretado dicho servicio, pues no se acredita, pese a que existe una orden de medida provisional concedida, dejando ver la omisión de acatamiento de una orden judicial y la deshumanización del servicio de salud, dejando al usuario a su suerte, conociendo que el deber de COSMITET es garantizar el servicio y acatar la orden judicial así sea provisional, lo cual acá no ha ocurrido, lo que hace necesario confirmar la orden de integralidad de la prestación del servicio ordenada en primera instancia.

Tal contexto vulnera el derecho a la salud y vida digna de la agenciada, sometida a un calvario de continuar esperando a ver si algún día recibe a satisfacción el servicio, de modo y suerte que acoger en su integridad la posición de la impugnante, declarando lo contrario, tornaría más gravosa su situación, pero no puede desconocerse la última valoración por ortopedia, donde el profesional previa valoración y comunicación directa con la señora ALICIA DEL CARMEN INSUASTI LUNA y su agente oficiosa, pudo conocer de

primera mano, la situación actual y real de la paciente, emitiendo su concepto frente al tema y ordenando el siguiente plan terapéutico: ***servicio de enfermería 6 horas al día, control con fisiatra, terapia física en casa, RX de pelvis, terapia física 10 al mes y control en 30 días con traumatología***, esto hasta cuando el médico tratante diga lo contrario.

En lo que respecta a la facultad de recobro que menciona la accionada en la respuesta a la tutela, es un trámite que cuenta con su propia reglamentación y desborda el análisis de vulneración de derechos fundamentales propia de la acción de tutela, por tanto, no hay lugar a modificar la decisión que en tal sentido adopto la juez a-quo.

En este orden, se modificará el numeral segundo de la sentencia de tutela No. 024 del 22 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, en el sentido de ordenar a COSMITET LTDA, autorice y garantice dentro del mismo término, el servicio de enfermería 6 horas al día y demás órdenes dadas en consulta del 9 de marzo de 2023, quedando en lo demás confirmada la decisión.

En virtud de lo expresado, el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES con FUNCION DE CONOCIMIENTO de POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de tutela No. 024 del 22 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Popayán, en el sentido de ordenar a COSMITET LTDA, autorice y garantice dentro del mismo término, el servicio de enfermería 6 horas al día y demás órdenes dadas en consulta del 9 de marzo de 2023, quedando en lo demás confirmada la decisión.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a la señora Juez A quo.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

El Juez,


PEDRO CHIMBORAZO