



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, veinticuatro (24) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: MARLY MENDOZA RIPOLL, actuando como agente oficioso de la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA

Demandado: NUEVA E.P.S.

Radicado 1° instancia: No. 2022-00791-00.

Radicado 2° instancia: No. 2022-00644-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual el Juzgado Tercero De Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples De Soledad Atlántico, declaro improcedente la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

La señora MARLY MENDOZA RIPOLL, actuando como agente oficioso de la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA presentó acción de tutela contra SANITAS E.P.S, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales la salud y a la atención medica prioritaria en casa, elevando las siguientes:

I.I. Pretensiones

Solicita la accionante que se le ordene a NUEVA EPS la asignación de una enfermera en casa para el cuidado de su señora madre, IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

“1. Mi madre es una señora de 84 años de edad, con padecimiento de enfermedad presión arterial y artrosis crónica, tal como se evidencia en la historia clínica.

2. Desde el mes de diciembre comenzó a padecer síntomas retardo mental, alucinaciones, repetir acciones y preguntar las mismas cosas innumerables de veces, con diagnóstico de trastorno depresivo recurrente episodio depresivo grave con síntomas psicóticos.

3. Esta enfermedad ha avanzado rápidamente en el lapso de nueve meses

T-2022-00644-01

4. *El día 13 de agosto se agudizó aún más la enfermedad que perdió el caminar y dolencias en sus extremidades.*
5. *Debido a estas razones y a su avanzada edad es imposible tratarla en casa sino en la asistencia de una auxiliar enfermera.*
6. *El 22 de agosto de 2022 presentamos derecho de petición solicitando médico EN CASA, pañales y la asignación de una enfermera.*
7. *El 25 de agosto me dieron respuesta parcial de la solicitud debido a que la asignación de la auxiliar de enfermería no la concedieron.*
8. *Es necesario la asignación de la enfermera toda vez que vivimos sólo las dos y no poseo las condiciones físicas para tal atención debido a que padezco de una discapacidad desde muy niña a la edad de ocho años me dio polio mielitis y quedé discapacitada de por vida y eso me dificulta atender a mi madre y sus terapias control de drogas por mi dificultad para re desplazarme.*
9. *La manifestación aquí señalada puede corroborar con la médico Tratante en casa la doctora Carol Geraldine Muñoz Rendón quien se ha dado cuenta de mis capaz de mi discapacidad médica y la dificultad de mi desplazamiento y no poder atenderla como ella se merece por su avanzada edad y condición médica*

IV. La Sentencia Impugnada.

Juzgado Tercero De Pequeñas Causas De Competencias Múltiples De Soledad, mediante providencia del cuatro (4) de noviembre de 2022, declaro improcedente la acción de tutela interpuesta por la parte accionante, bajo los siguientes argumentos:

“... (...) Ahora bien, revisada las pruebas aportadas por la agente oficiosa de la accionante, como lo es la historia clínica, en la cual no se observa que los médicos tratantes ordenaran Servicio de Enfermera en casa o servicio de cuidador, asimismo de los hechos y pretensiones no se puede inferir que la accionante IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA, tenga conectado algún dispositivo médico como traqueotomía, gastrostomía, necesidad de suministro de medicamentos endovenosos que deba ser manejado por profesional de enfermería y que le pueda implicar a la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA un riesgo para su vida.”

V. Impugnación.

La parte accionante presentó escrito de impugnación manifestando no estar de acuerdo con el fallo de primera instancia debido a que asegura que no le compete a ella la carga probatoria para demostrar que fue la accionada quien negó el servicio de enfermera o cuidador, por lo tanto, le correspondía a la accionada procurar desvirtuar las afirmaciones hechas por la accionante.

Asegura la accionante que, por los padecimientos físicos y psicológicos de su señora madre, en efecto si requiere del cuidado especial de una enfermera en casa, para las necesidades básicas de la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA, como lo son trasladarla, asearla, ayudarla en su necesidades fisiológicas.

Que si bien es cierto la agente oficiosa reconoce que su deber como hija e encargarse de esas labores, no es menos cierto que ella trabaja como modista para poder sustentar las necesidades económicas, también asegura padecer de polio mielitis, y que además la

T-2022-00644-01

pensión de su señora madre es inferior a un salario mínimo, razón por la cual no lo pueden pagar los servicios de un cuidador domiciliario.

VI. Pruebas relevantes allegadas.

- Historia Clínica de la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA
- Copia de cédula de ciudadanía de agente oficioso.

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VI.I. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII. Problema jurídico.

Deberá establecerse si la Empresa Prestadora de Salud accionada, vulnera los derechos fundamentales de la actora al abstenerse de suministrar servicio de enfermería domiciliaria.

- **Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.**

El derecho fundamental a la salud¹ ha sido definido 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.”*² Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que *“responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”*³.

El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona⁴, la necesidad de garantizar éste derecho y atender al principio de dignidad humana ha llevado a sostener que “[e]l ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”⁵

Lo anterior por cuanto la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto esta Corte indicó:

T-2022-00644-01

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema¹³”

Por lo anterior, la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado⁶.

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes y las personas de la tercera edad.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución atribuyó al Estado la obligación de promover las condiciones *“para que la igualdad sea real y efectiva”*, por lo cual le corresponde adoptar *“medidas a favor de grupos discriminados o marginados”*. Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de *“aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”*.

En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS⁷.

- **La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.**

Como es sabido la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

T-2022-00644-01

La Corte ha construido con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante¹”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio *“requerir con necesidad”*, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era *“requerido”* por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de *“necesidad”* del paciente.

Este criterio de la *necesidad* acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

T-2022-00644-01

VII. Del Caso Concreto.

Se observa acreditado en el caso que nos ocupa de acuerdo con los documentos acompañados a la demanda, que la señora IDALIDES MARIA RIPOLL DE MENDOZA, al día de hoy cuenta con 84 años de edad, se encuentra afiliada en salud a NUEVA E.P.S, y que padece TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR.

El Juzgado Tercero De Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples De Soledad Atlántico, consideró negar la acción de tutela interpuesta, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionante bajo los argumentos arriba expuestos.

En este punto, es menester indicar que de manera concreta que la parte accionante centra su inconformidad en que sean tenidos en cuenta sus argumentos relacionados con el estado de salud y la avanzada edad de la accionante, así como también el estado de salud y la incapacidad que tiene la agente oficiosa de proveer a su madre del cuidado especial que esta requiere y mucho menos de pagarle un cuidador especial particular.

Del análisis del caso en concreto este despacho concluye que, si bien es la entidad de salud quien tiene en su poder todos los documentos que acreditan el estado de salud de esta, fue aportada la historia clínica de la paciente en la cual no se avizora que el médico tratante adscrito a la EPS ordene mediante prescripción médica el servicio de enfermería a la accionante.

La Corte Constitucional ha establecido distinciones entre el denominado cuidador y el servicio prestado por un auxiliar de enfermería.

En sentencia T-414/16, M.P. Alberto Rojas Ríos, se señaló:

“(...) la jurisprudencia constitucional ha precisado que la atención por parte de un auxiliar de enfermería supone conocimientos calificados en salud imprescindibles para llevar a cabo ciertos procedimientos propios del manejo del paciente, lo cual, en efecto, estaría comprendido dentro del POS; al paso que el servicio de cuidador no sería en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares – en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.”

Por su parte la corte a especificado los casos en que de manera excepcional la entidad EPS prestar el servicio de cuidador: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

T-2022-00644-01

En el presente caso la agente oficiosa no presentó pruebas, tales como exámenes médicos que demuestren que padece una incapacidad física que menciona para atender a su señora madre, tampoco relacionó documentos que demuestren el estado económico de los miembros de núcleo familiar de la misma donde se avizore que se encuentran en incapacidad material de proveer un cuidador o enfermera particular.

Corolario con lo expuesto, observa el despacho que no es concluyente la prueba allegada para determinar la atención de la misma a través de personal idóneo con conocimientos de enfermería, y por tanto puede ser prestado por alguno de sus familiares.

En consecuencia, y atendiendo la anteriormente dispuesto, se confirmará el fallo impugnado.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

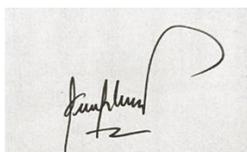
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Tercero De Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples De Soledad Atlántico.

SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo, en la forma más expedita posible.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez