



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CERETÉ

Cereté, Córdoba, veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO	23-162-40-89-001-2020-00204-01
PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA EN 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE	DARÍO RAFAEL ROCA CÁRDENAS (CARLOS ADOLFO ROCA SAAB)
ACCIONADO	COOMEVA EPS e I.P.S. PROMOSALUD
ASUNTO	FALLO DE 2ª INSTANCIA

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver, lo que en derecho corresponde, del recurso de impugnación presentado por el accionante contra el fallo de tutela de fecha **20 de agosto de 2020**, emitido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté- Córdoba dentro de la acción de tutela promovida por el señor Darío Roca Cárdenas quien actúa como agente oficioso de su padre el señor Carlos Roca Saab contra Coomeva E.P.S., e I.P.S. Promosalud.

II. SITUACIÓN FÁCTICA PLANTEADA

Sostiene el accionante que, su padre CARLOS ROCA, adulto mayor octogenario con patologías de: DIABETES MELLITUS TIPO II • HIPERTENSION ARTERIAL • CARDIOPATIA ISQUEMICA • INCONTINENCIA URINARIA • CEGUERA • INSUFICIENCIA RENAL, obtuvo como resolución de fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté en el mes de febrero del presente año, la orden a Coomeva E.P.S., obligándola a brindarle un paquete integral al señor CARLOS ROCA debido a su situación de salud muy delicada, entre esos EL SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA POR 24 HORAS, con el que cuenta actualmente.

Sin embargo con ocasión a la pandemia de covid-19, el actor manifiesta que la enfermera que atiende a su padre en su residencia 24 horas, sale y entra todos los días, teniendo contacto con otras personas en el exterior, situación que le preocupa porque su padre es una persona de la tercera edad que padece múltiples patologías, y el riesgo de contagiarse con covid-19 es mayor y letal para él. Por estas razones el actor solicitó a la accionada se le modificara el contrato de enfermería a la auxiliar que presta el servicio a su padre las 24 horas, para que este servicio sea interno y no tenga la auxiliar de enfermería que salir a interactuar en el exterior, petición que le fue negada por parte de la E.P.S., alegando que eso significaría cambiar las condiciones de trabajo de manera unilateral sin tener en cuenta a la trabajadora, y que además esa no fue la resolución del fallo de tutela que concedió ese servicio, y aunado a lo anterior no podía separarse a una persona de su núcleo familiar más aún si las enfermeras tiene hijos.

III. PRETENSIONES Y DERECHOS CUYA PROTECCIÓN INVOCA

Con fundamento en los hechos transcritos, pretende el accionante, sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, y en consecuencia de lo anterior que se ordene a PROMOSALUD I.P.S. haga la modificación en la prestación del servicio que actualmente se le brinda a su padre Carlos Roca, por un servicio de **ATENCIÓN DOMICILIARIA DE ENFERMERÍA INTERNO**.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA

Presentada la tutela, correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté (Córdoba), quien mediante auto de fecha 11 de agosto de 2020 la admitió y corrió traslado a la accionada, quien aprovechando el término presentó sus argumentos, en los cuales asegura que, en el sistema no se encuentra ordenamiento, ni solicitud pendiente por auditar o aprobar, tampoco solicitud MIPRES debidamente diligenciada por médico tratante solicitando este servicio, tornándose así improcedente su prestación; por lo que requiere a la oficina competente para que validara esta petición, e instar a la parte accionante para que diligenciara el formato MIPRES a cargo del médico tratante.

Con base a lo anterior impetra se declare improcedente la acción de tutela, pues no ha vulnerado derecho alguno al actor, y el servicio de enfermería demás se le presta conforme lo ordenado en fallo de tutela y a la prescripción del médico tratante.

V. FALLO IMPUGNADO

Concluido lo anterior, el Juez de primera instancia, el día 20 de agosto hogaño, profirió sentencia de tutela, hoy objeto de impugnación, mediante la cual negó los derechos fundamentales esgrimidos por la parte accionante considerar que, las accionadas no han fallado en la prestación de los servicios de la misma, no existe vulneración alguna al paciente, toda vez que, el requerimiento se fundamenta en una percepción subjetiva del accionante y se fundamenta en argumentos que no tienen una base científica, al punto que no consta en el expediente orden médica que determine la necesidad de tal servicio, aunado a lo anterior, alega la accionada Promosalud, que su personal se encuentra capacitado para el manejo del virus COVID-19 y dispone de los elementos y protocolos de bioseguridad respectivo. Precizando que como quiera que el actor no manifiesta precariedad económica para sufragar este servicio, corresponde entonces al accionante esta carga.

Por otra parte el a- quo estableció que, los derechos de los trabajadores radican sobre espacios laborales con descansos prudentes en los que puedan desarrollar sus actividades personales y familiares, así como sus proyectos de desarrollo como individuos, por ello, salvo que exista una orden médica con fundamento científico que avale la necesidad de dicho servicio para el paciente, el mismo no corresponde a una vulneración de los derechos fundamentales por parte de las accionadas. Fincando su decisión en el precedente constitucional sentencia T0062 del 2017 haciendo mención al Principio de integralidad y sentencia T-344 de 2002, respecto de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el

del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS.

VI. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL APELANTE

Una vez proferido el fallo de tutela y notificado a las partes, la parte accionante dentro del término judicial, presentó impugnación de la decisión, en lo relativo a la vida en unas condiciones dignas, argumentando que el juez de tutela se basa en consideraciones equivocadas e inexactas que desconocen el precedente constitucional de la sentencia T-370 de 1998; en lo que atañe a la protección y conservación al derecho a la vida. Apoya el impugnante su inconformidad en la sentencia T-423 de 2019, para referirse a la necesidad de un cuidador o auxiliar en enfermería, en la que se realiza la condición “cuando la familia del paciente no cuente con la facilidad de brindar tal apoyo permanente”.

Además de lo anterior, manifiesta que después de notificado el fallo a la accionada, esta asignó una auxiliar más, pero que según el accionante no cumplía para él los protocolos de bioseguridad, y por esta razón no le permitió brindar el servicio.

VII. CONSIDERACIONES

vii.i.- **Problema jurídico planteado:** De los hechos y las pretensiones relatadas por el actor y en la sustentación de la impugnación, es preciso establecer si en el caso particular, es procedente la acción de tutela para ordenar a COOMEVA EPS asignarle 24 horas de servicio de enfermería interna al paciente Carlos Roca, con periodos de descanso en el mismo lugar de trabajo a la auxiliar, a fin de evitar que ella salga al exterior y por su contacto con otras personas se contagie con covid-19.

vii.ii.- **Procedencia de la acción de tutela para exigir el derecho a la salud.** La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-760 de 2008¹ “el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo². Desde entonces, la jurisprudencia ha sido consistente y uniforme al señalar que la exigibilidad de este derecho por vía de tutela no requiere demostrar la conexidad con otro derecho fundamental. Recientemente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud en el sistema jurídico colombiano. Ahora bien, dicha exigibilidad se predica, *en principio*, respecto de los contenidos consagrados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), que establece el conjunto de prestaciones que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS)”.

vii.iii. **Requisito de Inmediatez:** El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 superior es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable. Considera el Despacho que en este caso, la solicitud de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² sentencias T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T T-705 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-762 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre muchas otras.

amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. En particular, se advierte que el amparo se interpuso un mes después de que la accionada respondiera negativamente el derecho de petición de modificación del servicios al actor, sobre la prestación del servicio de enfermería domiciliaria interna 24 horas.

vii.iv. **Requisito de Subsidiariedad:** El artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que la tutela solo procede cuando “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”. Su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales. El juez de tutela no puede sustituirles, a menos que advierta un perjuicio irremediable.

Entre las autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales está la Superintendencia Nacional de Salud. Para el despliegue de sus competencias el Legislador previó un trámite preferente y sumario regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que hasta la promulgación de la Ley 1949 de 2019 (el 8 de enero) consistía en un procedimiento de 10 días para dirimir las controversias sometidas a su conocimiento y que ahora se amplió a 20 días.

En este sentido, la Corte ha dicho que al analizar la eficacia e idoneidad de este mecanismo jurisdiccional, el juez constitucional debe observar las siguientes reglas: (i) el procedimiento ante la Superintendencia se debía considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011; y (ii) cuando la tutela se considera como residual, el juez **debe analizar la idoneidad y eficacia** del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia con especial atención a las circunstancias particulares que concurren en el **caso concreto**. Sin embargo resalta la Corte que, “*mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud*”. Por tal motivo se considera ajustado el caso concreto al principio de subsidiariedad.

En consecuencia de lo anterior, la Corte admitió que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo que tienen los accionantes para exigir la garantía efectiva de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social y concluyó que procede para que los ciudadanos presenten al juez la situación que encuentran vulnerada o amenazante y soliciten la protección inmediata de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

vii.v.- **Procedencia de la acción de tutela interpuesta por agente oficioso.** Reiteración de la Jurisprudencia. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política cualquier persona puede promover la acción de tutela por sí misma o a través de otra que actúe en su nombre. En desarrollo de esa norma superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, además de la facultad de interposición directa por el afectado, previó la posibilidad que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección "cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa". En el caso de marras, es evidente que el accionante es una persona de avanzada edad que amerita sea agenciado por su hijo.

vii.vi. **Prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud.** La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el médico tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad. Igualmente ha manifestado, que el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: **(i)** cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, **(ii)** cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y **(iii)** cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología.

vii.vii. **Caso concreto.** El accionante manifiesta inconformidad exclusivamente por lo relativo a la contratación de una enfermera por tiempo de 24 horas interna para el cuidado de su padre *Carlos Roca*.

En ciernes tenemos que el a-quo negó esta solicitud, considerando en especial la patología del Señor Carlos Roca Saab, a quien la entidad accionada no ha dejado de prestarle el servicio, agrega que no existe vulneración de parte de COOMEVA E.P.S., ni de PROMOSALUD I.P.S., como quiera que el requerimiento del actor se fundamenta en una percepción subjetiva del accionante sin fundamentos científicos, que no se aportan al plenario, tampoco se allega al expediente orden médica que determine la necesidad de tal servicio. Aunado a lo anterior, alega la accionada Promosalud, que su personal se encuentra capacitado para el manejo del virus COVID19 y dispone de los elementos y protocolos de bioseguridad respectivo.

Este despacho, comparte las apreciaciones del juez de primer grado relativas al cuidado y tratamiento permanente que debe prestarse al señor CARLOS ROCA SAAB, toda vez que se demuestra claramente la cumplida prestación del servicio de enfermería por parte de la accionada, vemos que el actor ciertamente en ningún momento manifiesta su estado paupérrimo que le impida tomar particularmente un servicio de enfermería que se ajuste a sus exigencias, en los espacios que la auxiliar de enfermería contratada por la EPS no esté al servicio de su padre, sin embargo, es el mismo accionante quien declara que posteriormente a la notificación el fallo de tutela de 20 de agosto de 2020, la accionada le suministro una auxiliar más para los cuidados de su padre, pero que el tutelante rechazó, ya que según su propio criterio la auxiliar presentaba alto riesgo de contagio para su padres.

En Sentencia T-065 de 2018, la Corte Constitucional puntualizó en lo que respecta a la solidaridad de la familia como núcleo esencial para socorrer sus familiares enfermos:

*“Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que **(i)** existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **(ii)** en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado. (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

*Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) **no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas**, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.*

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

Ahora bien, claramente dispuso la Honorable Corte en sentencia T-423 de 2019, M.P., GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, lo concerniente al cuidado de los familiares:

*“En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo **que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia**. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”.*

En el caso sub-examine, no hay evidencia documental que acredite la imposibilidad física o material por parte de los familiares del paciente para brindar cuidados cuando la auxiliar de enfermería tome sus descansos, tiempo en que la enfermera debe salir a su hogar o fuera de este, a atender sus asuntos familiares, o personales, internarla por voluntad unilateral del accionante sería una exagerada carga que caprichosamente se le impondría a una empedada que cuenta con sus descansos para tomar no solo fuerzas para continuar su labor, sino que, aprovecha para dirigir su hogar y retomar las tareas domésticas que había dejado pendiente, atender sus asuntos índole personal y familiar.

Con todo, es innegable que el riesgo a contaminarse de covid – 19, es una constante preocupación a nivel mundial, y precisamente lo más indicado para prevenir este contagio es que sean sus propios familiares quienes cohabitan con el paciente, quienes se encarguen de sus cuidados personales cuando falte la enfermera. Incrementar las horas de trabajo a la enfermera sería una modificación a su contrato de trabajo arbitraria, que solo es discutible con la misma empleada y sus empleadores, a fin de poder concertar un horario, un salario y demás aspectos laborales que dependen de una previa disponibilidad presupuestal por parte de la empresa empleadora. Por tanto no puede el juez de tutela acoger una solicitud caprichosa por parte del actor, la cual se escapa a este escenario constitucional.

Expuestas las motivaciones al respecto; este despacho judicial;

VIII. RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela adiado 20 de agosto de 2020, proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba, por lo antes argumentado en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y al despacho de origen por el medio más expedito.

TERCERO: ENVÍESE por secretaría el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

OSWALDO MARTINEZ PEREDO

JUEZ CIRCUITO

JUEZ CIRCUITO - CIVIL 002 DE LA CIUDAD DE CERETE-CORDOBA

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:

a3c13c2b88fb1bd326c5b1649a7c8a37b636a47e85d8b09faa07ccf7995f5183

Documento generado en 22/09/2020 08:18:10 a.m.