

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUO CIVIL MUNICIPAL
 BOGOTÁ D.C., Junio Dieciocho (18) de Dos Mil Veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 021 2020 00300 00

ACCIONANTE: FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS (MARTHA CIFUENTES ARENAS como agente oficioso)

ACCIONADA: E.P.S. SANITAS S.A.S.

Resuelve el Despacho la presente acción constitucional interpuesta por **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS** (teniendo como su agente oficioso a **MARTHA CIFUENTES ARENAS**), en contra de **E.P.S. SANITAS S.A.S.**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las conferidas por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1983 de 2017.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Expresa la agente oficioso del accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, que dicho accionante tiene 69 años de edad, afiliado al régimen subsidiado de salud ante la entidad accionada **E.P.S. SANITAS S.A.S.**. Que desde que tenía 17 años fue diagnosticado con ESQUIZOFRENIA PARANOIDE RESIDUAL BIPOLAR, y su cuidado estaba a cargo de su señora madre hasta noviembre de 2015, fecha en la cual ella fallece, y a partir de allí, le toco asumir su cuidado.

Agrega, que ella tiene 60 años con enfermedades propias de su edad, que le impiden el cuidado de su hermano, ya que en ocasiones también se enferma y le queda difícil darle el tratamiento que necesita ya que no tiene otra persona que les ayude, además de no contar con los recursos suficientes para pagar una enfermera particular.

Afirma, que hace cinco años formularon una tutela teniendo en cuenta que el médico adscrito a la entidad Accionada autorizó el servicio de enfermería las 24 horas por 180 días, y la **EPS SANITAS S.A.S.**, observando la orden del médico y el fallo de tutela que en ese momento se produjo, procedió a asignar la profesional en salud para el cuidado de su hermano.

Expone el agente oficioso, que la tutela inicial se dirigió para el tratamiento médico, insumos y demás órdenes que se determinaron, pero solo autorizaron 180 días para la enfermera. Tal orden de enfermera permanente se ha venido renovando desde el 2015, venciendo la última orden de enfermera permanente, el 23 de marzo de 2020 y a la fecha hace dos meses **E.P.S. SANITAS S.A.S.**, dejó de autorizarla sin razón médica alguna, dejándolos desamparados, siendo personas de bajos recursos y es urgente que se ordene, la enfermera o en su defecto un cuidador las 24 horas por todos los días de la semana, teniendo en cuenta que se necesita de un cuidado especial, por la enfermedad que padece.

Añade, que el miedo que le asiste es porque no lo puede manejar sola, al tener tan avanzada edad y no tener trabajo, pues, es independiente y a veces vende por catálogo, lo que está muy difícil en estos días de pandemia.

2. PRETENSIONES

Solicita la tutelante **MARTHA CIFUENTES ARENAS** como agente oficioso de **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, que ante la vulneración de los derechos fundamentales a “la vida”, a “la dignidad humana”, a “la seguridad social”, a la “vida digna” y al “mínimo vital”, se ordene a la Accionada **E.P.S. SANITAS S.A.S.**, autorizar de inmediato y con cubrimiento del 100%, el servicio de enfermería o cuidador domiciliario, por 24 horas de lunes a domingo que requiere.

3. MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA EL CASO.

El accionante a través de su agente oficioso (**MARTHA CIFUENTES ARENAS**), anexó como pruebas documentales de especial trascendencia, las siguientes:

a.) Copia de las órdenes médicas para la prestación de enfermería permanente domiciliaria, por los años 2016, 2017, 2018 y 2019, venciendo la última prórroga de tal autorización, en el mes de marzo de 2020.

b.) Copia del fallo de tutela de segunda instancia del año 2015.

Se tendrán como pruebas documentales, las anteriormente relacionadas y las que oportunamente alleguen tanto la entidad Accionada, como las vinculadas.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto calendado el 04 de junio de 2020, se admitió para su trámite la presente acción de tutela, disponiéndose notificar a las partes y otorgándole a la Accionada (**E.P.S. SANITAS S.A.S.**), el término de un día para que se pronunciara sobre los hechos y peticiones del Accionante. Se consideró necesario vincular oficiosamente a la **SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.**, a la **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS)**, y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

5. PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LAS ENTIDADES VINCULADAS.

5.1. E.P.S. SANITAS S.A.S.

En escrito allegado el 10 de junio de 2020, la entidad Accionada (**E.P.S. SANITAS S.A.S.**), manifiesta que las afirmaciones de la Accionante en calidad de agente oficioso de **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, carecen de sustento que den cabida a tutelar los derechos fundamentales que alega, toda vez que, la supuesta vulneración bajo ninguna circunstancia encuentra su origen en alguna actuación u omisión endilgable a esa entidad, ya que el usuario, al día de la interposición de la tutela (junio 04 de 2020) no cuenta con orden medica actual, para el servicio de enfermería, además de que se acredita plena capacidad económica.

Haciendo referencia sobre los hechos y pretensiones de la acción, afirma que no hay orden médica conocida por prestador adscrito a la **EPS SANITAS S.A.S.**, de solicitud de enfermera o cuidador domiciliario.

Pero a pesar de no existir orden médica en tal sentido, que en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del paciente (**FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**), se realizó Junta Médica de Psiquiatría el 11 de marzo de 2020 en la cual se determinó: “(...) **NO HAY INDICACIONES PARA ACOMPAÑAMIENTO POR AUXILIAR DE ENFERMERÍA, EL CUIDADO BASICO DEL PACIENTE ES RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, QUIENES DEBEN ASUMIR LAS ACCIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA**

PROTECCIÓN, BIENESTAR Y CALIDAD DE VIDA DEL PACIENTE (...).” (La negrilla y la mayúscula fuera de texto).

Afirma que, en ese orden de ideas, se programó nuevamente Junta Médica de Psiquiatría para el 17 de junio de 2020 a las 9:00 AM, en la “IPS Campo Abierto”, de lo cual le fue comunicado a la agente oficioso del paciente, quien manifestó no aceptar por causas de la pandemia.

Del mismo modo, indica que como se evidencia, al señor **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, se le han brindado las prestaciones medico asistenciales que ha requerido a través de un equipo multidisciplinario, acorde con las respectivas órdenes médicas, y consideran que la familia no puede apartarse de su responsabilidad respecto de los cuidados básicos y acompañamiento que necesita el paciente, y no puede trasladar toda la responsabilidad a la **EPS SANITAS S.A.S.**, ya que esa entidad cumplirá con la cobertura económica y garantía de acceso del paciente a los servicios de salud, que sin embargo, no puede prestar servicios de apoyo y asistencia social que le corresponde a la familia.

Agrega, que el señor **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS** y su grupo familiar demuestran capacidad económica para acarrear los gastos de enfermería, con base en que él mismo, cuenta con su propia pensión y a su vez, un inmueble de su propiedad, así como dos inmuebles a nombre de la hermanad del accionante y quien obra como agente oficioso de él. Lo que se infiere es que pueden asumirlos con sus propios recursos, sin alejarse de la responsabilidad de cuidado que conllevan los familiares del accionante.

De igual forma, hace una relación de los eventos en los que es procedente el suministro de enfermería por parte de las entidades promotoras de salud, sus requisitos y las patologías que lo requieren, y que si el paciente no cumple con los citados requisitos, lo que requiere es un cuidador, que bien puede ser un familiar que le colabore apoyándolo en los cuidados básicos de la vida diaria, como lo es, el suministro de alimentos, aseo personal y autocuidado, etc., tareas que le corresponden a sus familiares, por ser los primeros obligados de acuerdo con la Constitución y normas civiles, sin que pueda admitirse que sea el personal de la salud que deba entrar a suplirlo.

Finalmente solicita, que se declare la improcedencia de la tutela, teniendo en cuenta que no ha existido vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por la Accionante en calidad de agente oficiosa del **señor FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**.

5.2. MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Esta Entidad, luego de hacer referencia a los hechos y pretensiones del escrito de tutela, hizo algunas apreciaciones sobre el servicio de enfermería o atención domiciliaria que deben prestar las entidades promotoras de salud en los casos específicos citados en la normatividad vigente, y sobre la prevalencia del criterio del médico tratante. Finalmente solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, y la desvinculación de la presente acción constitucional.

5.3. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRESS

Este organismo, de manera oportuna luego de hacer un análisis de los hechos y pretensiones de la tutela, indicó que es función de las E.P.S., y no de esa Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRESS, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad,

situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esa Entidad.

Añade que, es preciso recordar que las E.P.S., tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Finalmente solicita, que sea negada la acción respecto de esa entidad, ya que, de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado, resulta innegable que ADRESS no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia se proceda a su desvinculación del trámite de la presente acción constitucional.

5.4. SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

Esta entidad, oportunamente se pronunció, solicitando su desvinculación del presente trámite por falta de legitimación por pasiva, toda vez que no se encuentra probado la vulneración o puesta en riesgo de derecho fundamental alguno por parte de esa entidad, que no es la encargada de suministrar la atención en salud, ni los servicios derivados de dicha atención, por prohibición legal.

CONSIDERACIONES:

A) COMPETENCIA DEL DESPACHO

Al tenor del inciso tercero del artículo 1° del Decreto 1382 de 2002 se lee: “A los Jueces Municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares”

Por lo anterior y en concordancia con las demás facultades constitucionales y legales, este Despacho es competente para conocer la presente acción de tutela.

B) PROBLEMA JURÍDICO Y ESQUEMA DE RESOLUCIÓN.

Le corresponderá a este Despacho determinar si la Accionada (**EPS SANITAS S.A.S.**), con su actuación u omisión vulnera o amenaza conculcar los derechos constitucionales de **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, como lo son, los derechos fundamentales a “la vida”, a “la dignidad humana”, a “la seguridad social”, a “la vida digna” y “al mínimo vital”.

En concreto, averiguará el Juzgado, si al no otorgarle (**EPS SANITAS S.A.S.**) la asistencia de una enfermera permanente domiciliaria al Accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, tal como lo ha venido solicitando desde marzo del corriente año, y en virtud de la enfermedad que padece (ESQUIZOFRENIA PARANOIDE RESIDUAL BIPOLAR), comporta la violación de los derechos fundamentales que se han dejado descritos anteriormente, teniendo en cuenta además que en los últimos cinco años, el médico siquiatra que lo ha atendido, por cuenta de la **EPS SANITAS S.A.S.**, ha diagnosticado la necesidad de la atención de una enfermera permanente (24 horas) domiciliaria, pero teniendo en cuenta igualmente el diagnóstico de la Junta médica de psiquiatría de la entidad accionada, que el 11 de marzo dictaminó que: “No hay indicaciones para acompañamiento por auxiliar de enfermería. El cuidado básico del paciente es responsabilidad de los miembros de la familia, quienes deberán

asumir las acciones necesarias para garantizar la protección, bienestar y calidad de vida del paciente”.

Se examinará igualmente por el Despacho, la negativa de la entidad Accionada a autorizar tal enfermera permanente y la negativa a autorizar por su cuenta, la designación de un cuidador, teniendo en cuenta que tanto la enfermera permanente como el cuidador, pueden ser sufragados sus gastos por el accionante y/o su familia, dada la capacidad económica que ha sido demostrada que tienen para asumir tal gasto.

C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA. PROCEDENCIA. SUBSIDIARIDAD. MECANISMO TRANSITORIO. PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Sabido es que el Constituyente de 1991 en el artículo 86 consagró como un mecanismo eficaz para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando quiera que estos hayan sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, un trámite especial, como lo es la Acción de Tutela, siendo su naturaleza de tipo restrictivo, procediendo ante la ausencia de otros medios de tipo judicial, para defenderse.

Esta acción está disponible para que toda persona pueda acudir ante un Juez, con el fin de que se le proteja un derecho ante una acción u omisión de una autoridad, que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate.

Así las cosas, a la acción de tutela la inspira un carácter eminentemente residual o subsidiario, es decir, esta acción constitucional ha de representar “la última ratio” para la persona que busca la protección de sus derechos fundamentales por esta vía. En resumen, el amparo que provee la acción de tutela, por regla general, solo resultará procedente cuando no se encuentre en el ordenamiento otro mecanismo idóneo para la defensa de los derechos “iusfundamentales” en juego.

Sin embargo, aunque existan eventos en que se cuente con otros mecanismos judiciales para lograr la protección de un derecho fundamental, en ocasiones otros resultan no ser idóneos para tal fin. Es en dichos eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha avalado el uso de la acción de tutela siempre que se logre demostrar por parte del Accionante, que existe la posibilidad de afectar un perjuicio irremediable.

Dicho de otra forma, siempre que se encuentre probado una circunstancia fáctica que amerite la protección de los derechos fundamentales so pena de sufrirse un perjuicio de carácter irremediable, deberá el Juez constitucional acceder al amparo solicitado por vía de tutela, no obstante que existan otros mecanismos judiciales.

Dada la necesidad de establecer si se está o no, ante un perjuicio de dicho carácter para que la tutela sea procedente, como mecanismo transitorio, aunque existan otras vías judiciales, la Corte Constitucional en sentencia T-1316 del 2001 (Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Uprimny Yepes) precisó el concepto de “perjuicio irremediable” en los siguientes términos: “.....En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestre, tomando en cuenta, además la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio debe ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de una determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.....”.

En resumen, la acción de tutela por regla general procede ante la ausencia de otros mecanismos judiciales efectivos para proteger o garantizar los derechos fundamentales en cuestión. Únicamente cuando se logre demostrar por parte del Actor la existencia de una circunstancia o escenario que se encaje dentro de los parámetros jurisprudenciales para ser considerada como un perjuicio irremediable, procederá el estudio de la tutela, como mecanismo transitorio aún cuando exista otros mecanismos judiciales.

D) DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS COMO VIOLADOS.

Invoca el accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, a través de su agente oficioso, la protección a los derechos fundamentales a “la vida”, a “la dignidad humana”, a “la seguridad social”, a “la vida digna” y “al mínimo vital”, que sostiene vulnerados por la entidad Accionada **EPS SANITAS S.A.S.**

Tales artículos de la Carta Magna, disponen:

ARTÍCULO 1º: “Colombia es un estado de social de derecho organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada **en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

ARTÍCULO 11º: “**El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte**”.

ARTÍCULO 53º: El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital y móvil**, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario: protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. **La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores**”

ARTÍCULO 48º: “**La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio** que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.....”.

E) PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL APLICABLE AL CASO.

Los principios que inspiraron al constituyente de 1991 hicieron de la Carta Política, un texto rico en derechos y garantías para los ciudadanos, en donde su integridad, dignidad y salvaguarda son de trascendental importancia.

Como consecuencia, el derecho a la vida, y más allá de eso, a la vida digna, inspira la gran mayoría de la Constitución Política, a partir del artículo 11. En el desarrollo histórico que ha tenido este derecho, se ha cuestionado la relación que se tiene con la salud como tal del ciudadano. Por ello, se ha discutido cuál es el verdadero papel de la salud como derecho con aquel consagrado en el artículo 11 Superior.

Se tiene claro que la salud tiene una connotación bifronte como derecho y como servicio público. Pero en la jurisprudencia, sobre la naturaleza como derecho al principio se pensó que era de carácter prestacional, y su fundamentalidad dependía de lo cercano y fuerte que fuese el vínculo con alguno de los derechos fundamentales, en aplicación de la tesis de la conexidad.

- a.) Pero posteriormente, la Corte Constitucional no dejó discusión alguna sobre el carácter fundamental del derecho a la salud, y en sentencia T-144 de 2008 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas, definió la condición de fundamental del derecho a la salud así:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

*Es por ello por lo que esta Corporación ha precisado **que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.*** (La negrilla fuera del texto).

*En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, **pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad;** derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales”. (La negrilla fuera del texto).*

- b.) Las órdenes médicas. La prevalencia y autonomía del criterio médico. Autorizaciones de la E.P.S.. Ahora bien, dado que el sistema general de seguridad social en salud está compuesto por una diversidad de actores, cada uno con funciones específicas dentro del sistema, resulta clara la necesidad de que la totalidad de los actores se coordinen y se armonicen en aras de prestar el mejor servicio de salud posible a los ciudadanos, y así garantizar los principios y derechos estipulados en la Carta Política.

Así entonces, se destaca que uno de los actores del sistema son los profesionales de la salud, médicos con los conocimientos y preparación

suficiente para que dentro de sus especialidades y experticias puedan prestar la mayor colaboración al sistema, dando una atención directa al paciente y siendo el primer encargado de su tratamiento.

Sin embargo, el galeno tratante debe siempre coordinarse con la E.P.S., entidad encargada de la gestión y administración de los recursos, para que esta disponga lo necesario para llevar a cabo los procedimientos o entregar los medicamentos que el paciente solicita y que el galeno considera.

Para esto, es indispensable que el médico tratante expida una orden que contenga aquello que el paciente requiere, sea procedimiento, tratamiento o medicamentos, para que la E.P.S. los autorice y suministre. Cabe resaltar que este proceso no hace que de ninguna manera los profesionales de la salud dependan en medida alguna de las E.P.S., ya que la autonomía profesional y la prevalencia de su criterio han sido reconocidos legalmente, como bien lo recuerda la Superintendencia Nacional de Salud, en los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, y el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015.

De manera que, cuando el galeno lo considere según su criterio y expida la orden correspondiente, es deber de la E.P.S. autorizar dicha orden siempre que se cumplan los requisitos, y principalmente sin incurrir en dilaciones injustificadas, como nuevamente bien lo recuerda la Superintendencia Nacional de Salud, se resalta en la Circular Externa No.000013 del 15 de septiembre de 2016.

c.) El artículo 3° de la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, indica : Artículo 3°: **Definición de cuidador:** Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero, para movilizarse, alimentarse, y realizar necesidades fisiológicas, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paleativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC, por estar incluidos en el plan de beneficios en salud cubierto por la UPC, en el sentido en que, **el primero de ellos, es una persona que no necesariamente debe tener conocimientos en salud, y que solamente efectúa labores tales como apoyo para deambular**". (La negrilla fuera del texto).

d.) En sentencia T-154 del 14 de marzo de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte Constitucional definió con claridad, lo que eran los servicios de suministro domiciliario de auxiliar de enfermería, al expresar que:

*"..... según lo dispuesto en la Resolución 5521 de 2013, que constituye una modalidad de prestación extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia con el apoyo de profesionales. Este servicio está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, con lo cual es susceptible de ser prestado por las entidades promotoras de salud. Por otro lado, se establece, que **EL CUIDADOR PERMANENTE, es un servicio que en virtud del principio de solidaridad y el cuidado a los derechos fundamentales de la persona**, se atribuye primeramente a los miembros de la familia de la persona que es dependiente. Así en principio las entidades prestadoras de salud no son responsables de cuidado de las personas dependientes, cuando se establezca que cumplen las siguientes tres situaciones: **a.)** Se tenga la certeza médica de que el dependiente requiere un familiar a su cuidado que por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación*

de dependencia, prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, brindan con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan; b.) Sea una carga soportable para los familiares y /o allegados y c) Que a la familia se le brinde un entrenamiento para ayudar a la persona dependiente.....”.(La negrilla fuera del texto)

- e.) Respecto de la capacidad económica del paciente o sus familiares, para sufragar medicamentos o procedimientos requeridos por el primero citado, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-414 del 8 de agosto de 2016, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, lo siguiente:

*“..... Por último, en lo concerniente a la Capacidad económica del paciente, que le impida pagar por el servicio o medicina solicitado, se ha establecido que el Estado, por medio del Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga, está llamado a cubrir solamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no está en capacidad de solventarlas. En este ámbito, la situación económica del solicitante debe evaluarse en clave de racionalidad y proporcionalidad, atendiendo a sus condiciones materiales de vida y la forma en que sobre ellas impactarían las erogaciones en que tendría que incurrir para recuperar su salud. Si como resultado de dicho análisis se concluye que **el interesado o sus familiares cuentan con los recursos necesarios para pagar el medicamento, elemento o procedimiento solicitado, sin sacrificar su mínimo vital, entonces le corresponderá asumir dicho costo, de conformidad con el principio de solidaridad.** En sentido contrario, si el paciente y sus parientes no poseen los medios para sufragar tales conceptos, o si el pago de los mismos les ocasiona una mengua significativa en su calidad de vida, entonces el Estado será el llamado a afrontar dicha carga, toda vez que los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo.....”.*(Lo subrayado o negrilla fuera del texto).

F.) EL CASO CONCRETO-DECISIÓN

El Despacho en su decisión de fondo sobre esta Acción Constitucional, negará la petición de protección formulada por **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, a través de su hermana como su agente oficioso, frente a la eventual o presunta vulneración a los derechos fundamentales a “la vida”, a “la dignidad humana”, a “la seguridad social”, a “la vida digna” y “al mínimo vital”, que se alega y afirma vulnerados por la entidad **EPS SANITAS S.A.S.**

Las razones y motivos para la decisión que ahora profiere el Juzgado, son brevemente las siguientes:

- 1) En el caso *sub judice*, observa el Despacho que el Accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS** (teniendo como su agente oficioso a **MARTHA CIFUENTES ARENAS**), pide que le sea autorizado por la entidad accionada, de manera inmediata el servicio de enfermera o cuidador por 24 horas de lunes a domingo que requiere como consecuencia de su patología.
- 2) Tanto disposiciones legales (Resolución 5521 de 2013), como acertadas decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, exigen para que se lleve a cabo el suministro de medicamentos o la prestación de un servicio por

parte de las EPS., que el médico tratante así lo ordene, para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

- 3) En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente.
- 4) Nótese por el Despacho que al accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS**, desde el año 2015, y dada su enfermedad, se le había autorizado la enfermera domiciliaria permanente, por orden del médico tratante (médico siquiatra), quien había impartido la orden de tal servicio, inicialmente por seis meses y luego en el año 2016, ordenó la prestación de este servicio, durante un año que se ha venido prorrogando, hasta la orden por él impartida (médico siquiatra Carlos Alberto Ávila Lozano) el 23 de septiembre de 2019 que la impartió por seis meses, o sea que, se venció tal orden médica especializada, el 23 de marzo de 2020.
- 5) A partir del 23 de marzo de 2020, no le asistía obligación alguna de suministro de enfermera domiciliaria permanente al paciente **FERNANDO AUGUSTO CIFUENTES ARENAS**, y por eso, para esa fecha cesó el suministro del servicio de enfermería domiciliaria permanente.
- 6) Se requeriría para prorrogar el servicio (luego de marzo de 2020), una orden médica especializada impartida por el médico tratante (siquiatra), para que, atendida por la **EPS SANITAS S.A.S.**, se dispusiera la enfermera domiciliaria permanente para **FERNANDO AUGUSTO CIFUENTES ARENAS**. Con ello se cumpliría con lo ordenado por las Resoluciones del Ministerio de Salud, en lo que hace relación con la previa orden médica, para el suministro de medicamentos o servicios necesarios para preservar o mejorar la salud del paciente.
- 7) Pero tal orden médica, a la fecha, no se ha obtenido y a pesar de ello, el accionante a través de su agente oficioso, pide y exige por medio de esta acción constitucional, a la accionada (**EPS SANITAS S.A.S.**), la autorización y designación de una enfermera domiciliaria permanente, so pena de ver amenazados los derechos fundamentales constitucionales de su agenciado.
- 8) A cambio de la obtención de la orden médica que haga procedente la designación de la enfermera permanente para el accionante **CIFUENTES ARENAS**, la entidad accionada (**EPS SANITAS S.A.S.**), a través de la Junta Médica de Psiquiatría, el 11 de marzo del corriente año, dictaminó que: **“No hay indicaciones para acompañamiento por auxiliar de enfermería”** (Lo subrayado o negrilla fuera de texto).

La misma Junta Médica de Psiquiatría, conceptuó que: **“El cuidado básico del paciente es responsabilidad de los miembros de la familia, quienes deberán asumir las acciones necesarias para garantizar la protección, bienestar y calidad de vida del paciente”** (Lo subrayado o en negrilla, fuera del texto).

Se disponía por la Junta Médica de la entidad accionada, la figura del cuidador (tal como lo define el Ministerio de Salud y la jurisprudencia) a cargo de la familia (por solidaridad reconocida en la Constitución Nacional) y del cual no es responsable la **EPS SANITAS S.A.S.** Por lo tanto, la Junta médica consideró que, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Se observó

por la citada Junta Médica, lo que sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

“.....la asistencia que se predica de la familia respecto de sus miembros enfermos, debe ser establecida de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga. De este modo, ya sea que se trate de un paciente hospitalizado o de alguien que puede permanecer en su hogar, han de buscarse los medios adecuados para que, junto con la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir al proceso de alivio. Será entonces necesaria la coordinación de esfuerzos para que los particulares cuenten con la asesoría e información necesarias que permitan contribuir eficazmente a la mejora o estabilidad del enfermo.”

“Desde esta perspectiva el juez constitucional que tenga que resolver idénticas situaciones como la reseñada debe lograr armonizar tanto la intervención del Estado, de los particulares y de la familia todo en aras de lograr la mejor opción para garantizar la efectividad de los derechos a la salud y a la vida del enfermo”.

- 9) Fue más allá la **EPS SANITAS S.A.S.**, cuando demuestra con plenitud, la capacidad económica que tiene tanto el accionante (**GUSTAVO FERNANDO CIFUENTES ARENAS**), como su familia (y en este caso su agente oficioso) representada por **MARTHA CIFUENTES ARENAS**, para asumir o bien, una enfermera permanente o un cuidador (si es que existiera una incapacidad física también en la familia), cuando aporta al Juzgado, en primer lugar la prueba de la pensión mensual que percibe el accionante, la prueba de un inmueble de propiedad del mismo accionante y la prueba de dos inmuebles de propiedad de la hermana y agente oficioso del accionante, llamada **MARTHA CIFUENTES ARENAS**.
- 10) Valga en este momento resaltar lo que al respecto de hechos futuros, eventuales, inciertos o aleatorios, para la procedencia de la acción de tutela ha dicho la Corte Constitucional (sentencia T-279 de 1997 y T-013 de 1992), cuando expone que la citada acción está condicionada entre otras razones), cuando expone que la citada acción está condicionada entre otras razones, por la presentación ante un juez de una situación concreta y específica de violación de los derechos fundamentales, por lo que no procede por una violación eventual de un derecho fundamental. Lo anotado en lo que hace relación una eventual violación al derecho constitucional correspondiente, de obtenerse la orden médica de enfermera domiciliaria permanente y no acatarse tal orden, cuando todavía no existe siquiera orden médica que la autorice.
- 11) En resumen, no procede la tutela instaurada por **GUSTAVO FERNANDO CIFUENTES ARENAS**, a través de su agente oficioso, ya que la petición que requiere (designación de enfermera domiciliaria permanente), no se encuentra avalada ni ordenada por médico tratante especializado alguno y a la **EPS SANITAS S.A.S.**, no le es permitido legalmente dar autorización para un tratamiento, medicamento o servicio, sin que previamente lo hubiere ordenado el médico especializado respectivo. A esa normatividad igualmente debe someterse el Fallador de la Tutela.
- 12) Se desvincularán de esta decisión, tanto al **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, como a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRESS** y a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, ya que se ha demostrado que no han vulnerado ningún derecho fundamental del Accionante, ni tenían porqué responder frente a las peticiones de

CIFUENTES ARENAS, encontrándose probada la falta de legitimación por pasiva, en dichos vinculados.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIUNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR los amparos solicitados a los derechos fundamentales a “la vida”, a “la dignidad humana”, a “la seguridad social”, a “la vida digna” y “al mínimo vital”, alegados por el accionante **FERNANDO GUSTAVO CIFUENTES ARENAS** por intermedio de su agente oficioso **MARTHA CIFUENTES ARENAS**, como vulnerados por la **EPS SANITAS S.A.S.**, teniendo en cuenta para ello, las razones y motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR esta acción constitucional al **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRESS** y a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD**, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes involucradas por cualquier medio expedito, como lo disponen los artículos 3° y 5° de los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, respectivamente.

CUARTO: Contra esta sentencia procede **la impugnación**, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación. En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33° del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MYRIAM GONZÁLEZ PARRA
JUEZ