

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho a decidir la impugnación que se interpuso contra el fallo de tutela de 14 de agosto de 2020, proferido por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Diana Ivon Betancurt Aguiar contra Capital Salud E.P.S., a la que fueron vinculados la Secretaria Distrital de Salud y Vivir IPS Ltda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretende la accionante el amparo de las garantías fundamentales a la vida digna y a la salud, por lo que pide se ordene a la EPS CAPITAL SALUD, le preste los servicios médicos de enfermería de forma permanente.

1.2. La accionante en síntesis, adujo que está afiliada a la eps Capital Salud, desde el mes de enero de 2015, y agregó que necesita de forma indispensable el servicio de un enfermero de tiempo completo ya que desde hace más de 20 años se encuentra en cama por una enfermedad conocida como MIOSITIS CALSIFICANTE, que le genera una incapacidad total de movilidad.

Señaló que convive con su padre, quien tiene su misma enfermedad y dependen de un tío de la tercera edad que va de manera esporádica a ayudarlos y no cuenta con los recursos económicos necesarios para pagar un servicio de enfermería, mismo que era proporcionado por la EPS por un lapso de 8 horas diarias, sin embargo, desde el mes de febrero del 2020, dicho servicio fue retirado sin explicación alguna.

Anotó que, con mucha dificultad se comunicó telefónicamente a la EPS, donde le informaron que está en estudio, por lo que, el día 17 de julio de 2020, elevó petición electrónica bajo el radicado No.0717204948705 sin que a la presentación de la tutela hubiese obtenido respuesta.

1.3. Una vez admitida y notificada la acción de tutela, accionada y vinculadas se pronunciaron en los siguientes términos:

1.3.1. Capital Salud EPS partió por señalar que la accionante ya contaba con un fallo judicial proferido por el Juzgado 61 Civil Municipal de Bogotá del 11 de julio de 2016, el cual ordenaba de forma expresa brindar el servicio de

enfermería y terapias domiciliarias según pertinencia médica, por lo que solicitó negar las súplicas de la tutela al considerar que se presentó una actuación temeraria por parte de la actora y en caso de inconformidad debió acudir al incidente de desacato.

Frente a las pretensiones de tutela indicó que la paciente fue llevada a comité técnico científico, encontrando que es una paciente sin requerimiento de enfermería ya que no presenta uso de dispositivos especializados como acceso venoso, traqueostomía, gastrostomía, etc. Por lo anterior el servicio fue suspendido por sus médicos tratantes desde el mes de marzo de 2020.

Agregó que, los servicios que solicitan para la afiliada pueden ser prestados por un cuidador y no se hace necesaria la presencia de un profesional, por lo que, se torna indispensable la intervención de su núcleo familiar, esto en aras de salvaguardar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y bajo el principio de solidaridad.

Precisó que el servicio de terapia domiciliaria se le sigue prestando, de manera permanente.

Solicitó negar las súplicas de la demanda en virtud del principio de solidaridad y para garantizar el adecuado uso de los recursos.

1.3.2. La Secretaría Distrital de Salud luego de hacer un recuento de la situación fáctica y exponer el concepto médico, precisó que la responsabilidad de prestar los servicios médicos solicitados están en cabeza de la EPS, estén o no incluidos en el plan de beneficios, por lo que solicitó su desvinculación procesal.

1.3.3. IPS Vivir Ltda. manifestó que la accionante es una paciente con diagnóstico de MIOSITIS OSIFICANTE PROGRESIVA, que si bien no requeriría de una enfermera, sino de un CUIDADOR, ya que no tiene ningún tipo de movilidad en sus miembros inferiores, y por la talla y peso se le dificulta la movilidad por si sola y corre un gran riesgo de presentar úlceras de presión y no es posible que ella sola por su estado de salud, pueda alimentarse o ir al baño, por lo que se ven afectados todos los patrones de seguridad y protección de autocuidado e higiene, situación que ocurre igualmente con su padre.

Añadió que su cuidador primario, resulta ser una persona de la tercera edad, quien podría sufrir “Síndrome de Burnout”, es decir, presentar un alto nivel de agotamiento emocional y desmotivación, que llevan a lo que se conoce como “colapso del cuidador”, fenómenos que ponen en mayor peligro la precaria salud del enfermo, sumada a la situación económica de la familia.

Manifestó que en efecto en junta médica se consideró que la paciente no requiere del servicio de enfermería, sin embargo, considera si requiere de un cuidador.

Con todo manifestó que no tiene injerencia en las pretensiones tutelares, por lo que alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva, con todo, sostuvo que de ser autorizados los servicios están dispuestos a prestar el servicio solicitado.

2. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado de primer grado, sintetizó el fundamento fáctico y procesal de la acción constitucional, realizó un análisis legal y jurisprudencial sobre la acción de tutela destacando su carácter subsidiario.

A renglón seguido procedió a analizar la posible configuración de temeridad habida cuenta, lo expuesto por la accionada en su escrito de contestación referido a la existencia de un fallo de tutela que ordenaba la prestación de ese servicio; no obstante, observó la presencia de un hecho nuevo consistente en la realización de una junta medica en virtud de la cual, se consideró que la paciente no necesitaba el servicio de enfermería sino de cuidador.

Procedió a examinar cada uno de los derechos invocados por la accionante como vulnerados y a exponer los lineamientos normativos y jurisprudenciales sobre la figura del cuidador.

Al abordar el caso concreto, precisó que teniendo en cuenta que, el servicio solicitado es el de enfermería 24 horas, el cual requiere necesariamente del aval del médico tratante y que no puede ser autorizada por el juez constitucional, porque implicaría exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad, y toda vez que, por decisión de la junta médica se consideró que la paciente no requiere de ese servicio el mismo no podía ser ordenado.

No obstante lo anterior, consideró que se encontraba probado que la accionante requería el servicio de cuidador por cuanto no puede realizar las funciones básicas de manera independiente y no cuenta con un familiar que le pueda garantizar el apoyo para el desarrollo de las mismas, igualmente, encontró acreditado que no cuenta con los recursos para cubrir el pago de un cuidador, pues se trata de una afiliada al régimen subsidiado nivel I, por lo anterior y con el fin de garantizar su derecho a la salud y a la dignidad humana ordenó a la EPS accionada, proporcionar el servicio de un CUIDADOR PRIMARIO de lunes a domingo en un horario de veinticuatro (24) horas diarias.

3. LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal, la EPS accionada impugnó la decisión de primera instancia, precisando en que consiste la figura del cuidador primario para destacar que no ha sido considerado como un servicio médico que deba garantizar el SGSSS, por cuanto este hace referencia a una persona encargada de la tutoría de quien no puede valerse por sí mismo para realizar actividades diarias como comer, bañarse o asistencia durante la alimentación y deambulación, por lo tanto, no puede ser una carga trasladada al sistema.

En virtud de lo anterior, realizó una distinción entre la figura del cuidador y la del enfermero, para resaltar nuevamente que el cuidador no requiere de especiales conocimientos y principalmente debe ser proporcionado por el grupo familiar.

Indicó que se puede considerar que hay una indebida destinación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que, se trata de una prestación que no puede ser financiada con recursos del sistema, pues no son propios del sistema de salud y agregó que conforme a los lineamientos jurisprudenciales, no solo se pone en riesgo la sostenibilidad económica de las EPS, sino del propio Sistema y como consecuencia se comprometen gravemente los derechos de los demás afiliados y así como los principios de solidaridad y prevalencia del interés general.

Agregó que los servicios que no hacen parte del plan de beneficios deben ser autorizados por el MYPRES y deben ser financiados directamente por el ente territorial en el caso del régimen subsidiado.

Por lo anterior, solicitó revocar la orden de conceder el servicio de cuidador primario.

4. CONSIDERACIONES

4.1. La acción de Tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

4.2. En relación con el derecho fundamental a la salud la Corte Constitucional, ha sostenido que *“...el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo”*¹.

Esa Corporación igualmente ha sostenido que la protección constitucional del derecho a la salud tiene su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aún cuando biológicamente su existencia sea viable”*²

4.3. Ahora bien, recuerda brevemente el despacho que lo pretendido en sede constitucional es que se ordene la prestación del servicio de enfermería que se venía proporcionando, observándose que el *a quo* consideró que ante la falta de prescripción médica, pero con ocasión a la situación física y económica de la paciente, se debía proporcionar el servicio de cuidador permanente, decisión con la cual, no está de acuerdo la EPS accionada argumentando que se trata de una prestación no cubierta por el sistema de seguridad social en salud y que por el contrario debe ser garantiza por el núcleo familiar.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T -737 de 17 de octubre de 2013.

² Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2014, reiterada T- 131 de 2015.

4.4. Desde esa perspectiva, esta judicatura estima pertinente acudir a los lineamientos de la Corte Constitucional, que al estudiar la figura del cuidador ha establecido algunos parámetros para ordenar ese servicio, al respecto, el Alto Tribunal Constitucional precisó:

*“existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: **(i)** si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, **(ii)** el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y **(iii)** la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente”³.*

La anterior postura fue reiterada en Sentencia T-065 de 2018, en esa oportunidad esa Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y la imposibilidad de la familia de proporcionarlos, señalando que en esos eventos se traslada la carga al Estado, en esa providencia sostuvo:

*“la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio ocurre cuando este: **(i)** no cuenta 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”.*

4.5. Al analizar los referidos requisitos en el caso concreto tenemos que en efecto los mismos se hayan configurados frente a la señorita Betancurt Aguiar como se pasa a exponer:

En primer lugar, se encuentra acreditado en el plenario que se trata de una paciente de 43 años de edad diagnosticada entre otras patologías con MIOSITIS OSIFICANTE PROGRESIVA, INCONTINENCIA URINARIA e INCONTINENCIA FECAL, las cuales comprometen su estado de salud, como lo evidencia su historia clínica “PACIENTE EN POSTRACION EN CAMA, CON DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA POR PATOLOGIA DE BASE PROGRESIVA”, es decir que su enfermedad impide el desplazamiento y la

³ Corte Constitucional, Sent. T-414 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos., reiterada en sent. T-423 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

realización de actividades básicas, como alimentación e higiene por sus propios medios, los cuales resultan indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano (ver historia clínica).

En segundo lugar, tenemos que carece de un familiar que pueda ayudarla a ejecutar las mencionadas actividades, pues su padre padece su misma enfermedad como se relaciona en su historia clínica, lo evidencia el registro fotográfico aportado, donde se exterioriza que él también se encuentra completamente inhabilitado para hacer lo propio para su propio bienestar y lo refirió la IPS que venía tratando a la paciente, institución que además manifestó que el familiar que los ayuda también se trata de una persona “de avanzada edad”.

Es decir, que la accionante no cuenta con un miembro de su núcleo familiar que pueda encargarse de sus cuidados básicos y así mismo se tiene cumplido el tercer requisito, pues no existe una persona a la que se pueda capacitar para proporcionar los cuidados mínimos a la paciente.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la accionante pertenecen al régimen subsidiado nivel I de salud, situación de la que establece su ausencia de recursos económicos para suplir directamente el costo que un cuidador implica.

4.6. Debe señalarse que los argumentos expuestos con antelación son plenamente aplicables para resaltar la procedencia de ordenar servicios que no hacen parte del plan de beneficios con cargo al sistema de seguridad social en salud, acorde a los parámetros jurisprudenciales, que sobre la materia indican:

“Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008** resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”⁴.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Como se indicó de no prestarse el servicio de cuidador, la accionante no tendrá forma de garantizar actividades básicas como la alimentación e higiene, que son actividades que no puede realizar sola, y que de no garantizarse no solo empeoraran su condición médica, sino que afectaran su derecho fundamental a la dignidad humana.

Igualmente, se encuentra demostrado, que ese servicio no puede ser reemplazado por otro servicio previsto dentro del plan de beneficios, ni puede garantizarse a través de su núcleo familiar.

El acta de junta médica evidencia que se consideró que la paciente no requiere el servicio de enfermería sino de cuidador, porque no desconocen sus condiciones físicas, es decir, que se encuentra prescrito el servicio ordenado por parte de su médico tratante.

Y finalmente, el hecho de que la accionante haga parte del régimen subsidiado nivel I, evidencia la falta de recursos económicos para que ella misma costee ese servicio, y como se anotó la condición médica de su padre muestra que tampoco cuenta con los medios para ayudar a suplir ese servicio.

4.7. Ahora bien, en relación con la solicitud de que los servicios sean cubiertos directamente por la entidad territorial, en este caso, por el Distrito Capital, debe precisarse conforme la Resolución 3190 de 2018, expedida por esa entidad territorial, la EPS deberá garantizar la prestación de los servicios de manera directa a través de sus prestadores y proceder al recobro, conforme a los lineamientos allí establecidos, por lo tanto, la pretensión elevada por la EPS impugnante no resulta viable en esta instancia judicial, ante la existencia de un procedimiento que se debe agotar a fin de obtener el pago de los servicios no incluidos dentro del plan de beneficios.

Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que las inconformidades respecto a la gestión del reembolso por la asistencia no incluida en el plan obligatorio de salud deben dilucidarse a través del procedimiento que legalmente se tiene establecido para ello, de tal suerte que no es necesaria una disposición judicial que así lo indique, criterio que, además se acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008 en la que estableció:

“...no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela (...). Bastará con que

en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a sumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios (...)”.

Así las cosas, al no requerirse que la orden judicial contemple la posibilidad de recobro por ser un aspecto debidamente reglado y ser deber de la EPS prestar directamente los servicios de salud, se confirmará entonces, la sentencia impugnada.

5. CONCLUSIÓN

En estas condiciones la sentencia impugnada habrá de confirmarse por encontrarse acreditadas las circunstancias excepcionales para ordenar el servicio de cuidador.

6. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de este Distrito Capital de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

6.1. CONFIRMAR la sentencia de 14 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá.

6.2. NOTIFICAR esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

6.3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cumplase.
El juez,



JAIME CHÁVARRO MAHECHA