

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2021 0740 00

De: María Angelica Estrada Diaz

Vs: Nueva EPS

**JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ D.C.**



ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2021 00740 00

ACCIONANTE: MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ

ACCIONADO: NUEVA EPS

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los diecinueve (19) días del mes de enero de dos mil veintidós (2022), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ** en contra de la **NUEVA EPS**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante a folios 24 a 29 del expediente.

ANTECEDENTES

MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ, quien actúa en calidad de agente oficiosa de su progenitora **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA**, promovió acción de tutela en contra de la **NUEVA EPS**, con la finalidad de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, vida digna, salud y seguridad social. En consecuencia, solicita que se ordene a la pasiva la prestación del servicio de enfermería 24 horas, y en general el tratamiento integral.

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, señaló que la Sra. Josefina es una adulta mayor que se encuentra diagnosticada con *"Leucemia Mieloide Aguda con un treinta y cinco (35%) de blastos en medula ósea, en estado de cien por ciento (100%) de avance de enfermedad y con un pronóstico de días o semanas de vida, según respuesta a tratamiento"*, por lo que, ha sido hospitalizada en diversas oportunidades, en parte por fallas en su manejo y cuidado, pues, el cuidador es su esposo, quien, de igual forma pertenece a la población de la tercera edad, pues cuenta con 79 años de edad.

Aduce que, en consulta con cuidados paliativos en data del 30 de junio del año 2021, se consignó que la Sra. Diaz de Estrada *"(...) en la actualidad presenta deterioro clínico y funcional severo, se encuentra postrada en lecho con dependencia total en actividades de la vida diaria, con deterioro nutricional severo por síndrome de anorexia caquexia, pronóstico ensombrecido"*, por lo que, se demuestra la necesidad de la usuaria de ser asistida de manera permanente con manejos clínicos de una persona con conocimientos en medicina.

Asi mismo, en visita domiciliaria del 4 de septiembre del año 2021, se consignó *"(...) paciente que se encuentra con dependencia de todas las actividades de la vida diaria, requiere de ayuda para alimentación, con necesidad de asistencia para cambios de posición, asistencia para baño, aseo personal, vestirse y desvestirse, con manejo de pañales desechables por incontinencia urinaria y fecal por dificultad para su desplazamiento, traslado cama-silla o cambios de posición cada 2 horas para evitar úlceras en piel ... paciente con cuidador con déficit de conocimientos de manejo del paciente en domicilio (...)"*.

Conforme a lo brevemente expuesto, señala que se encuentran reunidas las condiciones clínicas para que la Sra. Diaz de Estrada sea atendida las 24 horas del día por una enfermera especializada; sin embargo, la EPS accionada se niega a prestar el servicio requerido, máxime cuando, un cuidador no basta para atender las necesidades de la usuaria.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez realizadas las notificaciones a las entidades y corrido el traslado correspondiente, procedió a contestar de la siguiente manera:

- **ADMINISTRADO RA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES (págs. 59 a 103 y 464 a 486)**, aduce que, es función de la EPS la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración de los derechos invocados en la acción constitucional no depende de la acción u omisión de la entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva; razón por la cual solicita sea negada la solicitud de amparo constitucional.
- **NUEVA EPS (págs. 105 a 117)**, indicó que, lo solicitado en la presente acción no refiere negación alguna de los servicios, medicamentos o tratamientos ordenados por el médico tratante, pues, no obra prueba de ello. Así mismo refiere que, la parte actora no cuenta con orden médica alguna que disponga la prestación de enfermería domiciliaria 24 horas, por lo que, la Entidad Prestadora del Servicio no cuenta con la facultad de ordenar o autorizar servicios de salud que no han sido dispuestos por el médico tratante de la paciente; razón por la que, la misma debe ser valorada por los especialistas, quienes serán los encargados de emitir la orden que corresponda según las patologías y necesidades de la Sra. Josefina. Solicita sea declarada como improcedente la acción constitucional y en caso tal de acceder a lo pretendido se indique de manera concreta que servicios no están financiados con los recursos de la UPS.
- **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO (págs. 118 a 128 y 487 a 493)**, señaló que, no es el responsable de las autorizaciones y el suministro de los medicamentos o insumos requeridos por los usuarios. Así mismo que, como IPS no ha denegado o desconocido los derechos fundamentales de la Sra. Diaz de Estrada.
- **IPS INNOVAR SALUD (págs. 129 a 140)**, precisó que, en las valoraciones médicas realizadas por los galenos no se ha dispuesto el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas a la Sra. Josefina. Aclara que, los procedimientos realizados por el auxiliar consisten en la administración de medicamentos endovenosos, monitoreo continuo de signos vitales, y en general, condiciones medias y físicas que no requiere la paciente Diaz de Estrada. Solicita ser desvinculada de la acción constitucional.

- **FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ (págs. 141 a 144)**, informa que, en ningún momento se han vulnerado los derechos fundamentales de la paciente, pues, en los múltiples ingresos de la misma a la entidad se le han prestado los servicios médicos requeridos; razón por la cual, solicita ser desvinculada de la presente acción.
- **SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD (págs. 145 a 152)**, aduce que, la Sra. Josefina se encuentra afiliada en salud en el régimen contributivo a la entidad accionada, entidad que debe procurar por la debida atención de la paciente; sin embargo, ya pesar de que el servicio de enfermería se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, no se cuenta con orden medica que disponga el mismo. Solicita ser desvinculada de la acción por falta de legitimación en la causa por pasiva.
- **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (págs. 153 a 177 y 294 a 463)**, manifestó que se debe conminar a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones. Aduce falta de legitimación en la causa por pasiva y en razón a ello, solicita ser exonerado de toda responsabilidad que se endilgue a la entidad.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se adentra a verificar si es procedente la acción de tutela como garantía de los derechos fundamentales de **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA**, por la supuesta negativa por parte de la **NUEVA EPS**, de prestar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas, y en general el tratamiento integral.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En primer lugar, se debe precisar que, la acción constitucional de la referencia fue remitida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA DE FAMILIA**, dependencia que, en proveído calendado del **nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)** dispuso declarar la nulidad de lo actuado en primera instancia por la **Juez 4 de Familia de esta ciudad** a partir del fallo de tutela en adelante conforme a lo previsto en el art. 138 del C. G. del Proceso, al considerar que, *"(...) siendo la demandada en este caso, la NUEVA E.P.S., persona jurídica de carácter particular, es claro que la competencia para conocer de la presente acción de tutela en primera instancia, corresponde al juez con categoría de municipal, y no al Juez de Familia de la ciudad"*. (**carpeta No. 2 del expediente digital**).

En consecuencia, esta sede judicial dispuso admitir la acción constitucional presentada por **MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ en calidad de agente oficiosa de JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA** en contra de la **NUEVA EPS** en el estado en que se encontraba, en aras de estudiar las documentales aportadas como prueba al plenario y las allegadas tanto por la entidad accionada como las vinculadas con el fin de proferir el fallo que en derecho corresponda.

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2021 0740 00

De: María Angelica Estrada Diaz

Vs: Nueva EPS

Así, las cosas conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, se encuentra que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

La H. Corte Constitucional ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego, no es propio de la acción de tutela reemplazar los procesos ordinarios o especiales, pues su propósito específico emana de su consagración constitucional, el cual, no es otro que brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

En ese sentido, el máximo Tribunal Constitucional, ha indicado que la procedencia de la acción de tutela depende de la no existencia de otros medios de defensa judicial, para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales o aunque haya otros medios, la acción de tutela es procedente si se logra acreditar que con ella busca evitarse un perjuicio irremediable, o si se verifica que el otro medio de defensa judicial no es eficaz.

En concordancia con lo anterior, el papel del Juez Constitucional en estos casos es examinar la eficacia e idoneidad de otro medio de defensa judicial, considerando la situación particular del actor; es decir, el Operador Jurídico debe tener en cuenta la inminencia y gravedad del riesgo al que se encuentra sometido y la posibilidad de que medios judiciales ordinarios resulten útiles para poner fin a la amenaza, revisando en consecuencia, si la acción de tutela constituye el único mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales, o por el contrario se torna improcedente como mecanismo principal de defensa.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991¹, establece lo siguiente:

*"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. **También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.** También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales"*

¹Ibidem.

DEL SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD

En diversos pronunciamientos, la H. Corte Constitucional ha precisado que el auxilio que se presta por concepto de "servicio de enfermería" constituye una especie de "atención domiciliaria" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la efectiva recuperación de los pacientes en ciertos casos 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*".

En razón a lo anterior, en Sentencia **T-065 de 2018**, MP Alberto Rojas Ríos, se dispuso:

"(...) 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[27].

4.4. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia".

DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud se entiende como la facultad que tienen los seres humanos de mantener la normalidad orgánica funcional, no solo física sino también mentalmente. En caso de encontrarse afectada su salud el Estado propenderá las medidas necesarias para el restablecimiento orgánico y funcional de ésta. Así mismo, se ha establecido que este derecho se debe garantizar en condiciones dignas pues de su materialización depende el ejercicio de otros derechos y por ello se ha considerado que el derecho a la salud es de carácter fundamental, razón por la cual puede ser protegido vía tutela directamente y no por conexidad con el derecho a la vida como se condicionaba anteriormente.

Este derecho se condensa en que todas las personas tienen el derecho a que se les preste el servicio de salud de forma integral, con todos los tratamientos que requieran para el mejoramiento de su calidad de vida, al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"el principio de integralidad tiene como propósito mejorar las condiciones de existencia de los pacientes, **prestando los servicios médicos en el momento adecuado. En otras palabras, la integralidad responde "a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al***

***sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva". Así mismo, la integralidad en el servicio de salud implica que el paciente debe recibir el tratamiento de calidad que requiere según las condiciones de la patología que lo aquejan y las realidades científicas y médicas"**(T-509/17)*

DEL CASO CONCRETO

En primer lugar es preciso señalar que **MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ** en su calidad de hija de **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA**, de quien encuentra este Despacho, ésta diagnosticada con "1. Leucemia mieloide aguda M1 (35% de Blastos en Médula ósea), 2. Hipotiroidismo, 3. Esófago de Barret, Aspergilosis, Antecedente de Lobectomía inferior izquierda más resección de la línula + Toracotomía 2009, 5. Ataxia cerebelosa, por trauma de la niñez", como se puede verificar en los documentos visibles en las **páginas 18 a 23** del plenario, se encuentra legitimado en la causa para representar los intereses de su progenitora.

Así las cosas, conforme a lo expuesto por la petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone resolver, si a **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA** le han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, vida digna, salud y seguridad social por la supuesta negativa por parte de la **NUEVA EPS**, de prestar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas.

De lo anterior, se ha de indicar que la esencia del principio de solidaridad del Sistema General De Seguridad Social en Salud, es que los afiliados usen racionalmente los recursos del sistema, y si ellos no cuentan con la capacidad de pago, deben acudir a sus familiares; por ello, la H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos tales como en sentencia **T-065 de 2018**, ha sido enfática en precisar la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, cuando **existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.**

Así las cosas, en el caso puesto de presente, no se estima clara la acreditación del requisito indicado en parágrafo anterior, pues, a pesar de que la jurisprudencia fijó unos factores para poder entender que existe "**imposibilidad material**" del núcleo familiar para procurar por sus medios los cuidados de enfermería en casa, la activa no prueba de manera siquiera sumaria, que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de una enfermera particular para procurar los cuidados médicos que requiere su progenitora. Al respecto, se precisa lo indicado por el apoderado judicial de la gestora en cuanto a que, si bien es cierto el cuidador de **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA** es su esposo, quien también es un adulto mayor; los hijos sufragan los servicios particulares de una auxiliar de enfermería para atender las necesidades de su progenitora (**pág. 494**).

Aunado a ello, no existe certeza sobre la necesidad de la paciente de recibir cuidados especiales, más allá de los atendidos por la Entidad Prestadora del

Servicio de Salud, pues, de la contestación allegada por la **IPS INNOVAR SALUD (págs. 129 a 140)**, se encontró que, en las valoraciones médicas realizadas por los galenos no se ha dispuesto el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas a la Sra. Josefina, pues, los procedimientos realizados por el auxiliar consisten en la administración de medicamentos endovenosos, monitoreo continuo de signos vitales, y en general, **condiciones médicas y físicas que JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA no requiere**. Por lo brevemente expuesto, será negada la pretensión invocada respecto a que se autorice el servicio de enfermería domiciliaria, más aun cuando no se evidencia vulneración alguna a los derechos alegados como trasgredidos por la accionante.

Al respecto, y en gracia de discusión, es imperioso manifestar que el servicio de cuidador no hace parte de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud y, conforme a lo expuesto por la H. Corte Constitucional, el mismo es obligación de los familiares del paciente prestar, esto con el fin de esta persona que ejerza funciones de cuidador y supervisión para tareas como el **baño, vestido, suministro de alimentación y cuidados básicos del mismo**, tal y, como lo ordena el principio de corresponsabilidad, establecido en el **numeral 3.17 del artículo 3 de la Ley 1438 de 2011**; el cual señala que *"toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio"*.

Conforme a lo expuesto, es preciso señalar que, en visita domiciliaria del 4 de septiembre del año 2021, se consignó *"(...) paciente que se encuentra con dependencia de todas las actividades de la vida diaria, requiere de ayuda para alimentación, con necesidad de asistencia para cambios de posición, asistencia para baño, aseo personal, vestirse y desvestirse, con manejo de pañales desechables por incontinencia urinaria y fecal por dificultad para su desplazamiento, traslado cama-silla o cambios de posición cada 2 horas para evitar úlceras en piel ... paciente con cuidador con déficit de conocimientos de manejo del paciente en domicilio (...)"*, actividades propias del núcleo familiar; sin embargo, el Despacho no puede desconocer que, tal y como se indicó en el escrito tutelar y las documentales allegadas como prueba al plenario, el cuidador de **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA** es un adulto mayor; no obstante, **cuenta con buena red de apoyo familiar** tal y como lo consigna el profesional médico en la visita domiciliaria en cita (**págs. 17 a 21**) y servicio de enfermería costeadado de manera particular por su núcleo familiar, sin que se allegue prueba si quiera sumaria que permita inferir a esta operadora judicial que dicha situación conlleve a la insolvencia, en los términos señalados por el apoderado judicial de la parte actora al precisar que "no se está obligado a la quiebra" (**pág. 494**).

Finalmente, con referencia al tratamiento integral; debe indicar esta operadora judicial que no accederá a tal pretensión, teniendo en cuenta que el principio de integralidad tiene como propósito prestar los servicios médicos en el momento en que se presentan las patologías y mal haría este Despacho en tutelar derechos que no están siendo trasgredidos en la actualidad, por tal motivo no se hace procedente el amparo incoado.

Al no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL**

Acción de Tutela No. 11001 41 05 011 2021 0740 00

De: María Angelica Estrada Diaz

Vs: Nueva EPS

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, IPS INNOVAR SALUD, FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ y la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR LA ACCIÓN DE TUTELA impetrada por **MARÍA ANGELICA ESTRADA DIAZ**, quien actúa en calidad de agente oficiosa de su progenitora **JOSEFINA MERCEDES DIAZ DE ESTRADA**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción constitucional al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES, HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, IPS INNOVAR SALUD, FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ y la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a la accionada y vinculadas del resultado de la presente providencia.

CUARTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

CÚMPLASE,

Firmado Por:

Viviana Licedt Quiroga Gutierrez
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 11
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **94ad9b8db9da754d9e95437184dce9816634e63b5f40d340acf5b1d7b3ee949e**

Documento generado en 18/01/2022 02:37:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>