

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D.C., tres de febrero de dos mil veintidós

Referencia: IMPUGNACIÓN TUTELA

Radicado No: 2021-01063

Accionante: MELBA GUTIERREZ DE GRANADA y ODILIO GRANADA GARCIA, a través de su agente oficioso

Accionada: EPS SANITAS SAS

Procede el despacho a proferir la **SENTENCIA** de segunda instancia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

I.- ACCIONANTE:

Se trata de los señores **MELBA GUTIERREZ DE GRANADA y ODILIO GRANADA GARCIA**, a través de su agente oficioso Esperanza Granada Gutiérrez, mayores de edad, con domicilio en esta ciudad.

II.- ACCIONADA:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **EPS SANITAS S.A.S.** con domicilio en esta ciudad.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

Los petentes citan como tales los derechos a la **SALUD, VIDA y MÍNIMO VITAL.**

IV.- OMISION ENDILGADA A LAS ACCIONADAS:

Señala la agente oficiosa que los accionantes son sus padres adultos mayores de 89 y 90 años, afiliados a la EPS SANITAS S.A.S., con antecedentes médicos en el caso de la progenitora de "Enfermedad Pulmonar obstructiva crónica. Neuralgia postherpes zoster.. Trastorno del metabolismo de los carbohidratos.. Hipertensión esencial.. Diabetes mellitus.. Infección de vías urinarias.. Epilepsia. Cistopexia –Suspensión Vesical. Diuresis en pañal." y de su padre "EPOC Exacerbado.. Tabaquismo Activo.. Delirium Hiperactivo.. Constipación.. Hipertensión Pulmonar.. Transtorno Neurocognitivo mayor de etiología,, Impresiona GDS 5/7. Barthel 75/100. Diuresis en pañal."

Indica que su señora madre por esas condiciones clínicas se encuentra en cama sin control de esfínteres y su padre en condiciones delicadas con delirio hiperactivo y trastorno neurocognitivo, hacen que su cuidado sea difícil, extenuante y disciplinado por el manejo de medicamentos, alimentos e higiene.

Refiere que la primera se encuentra en programa de cuidados paliativos, en virtud de lo cual un médico la visita semanalmente, al igual que una enfermera, psicóloga y trabajadora social; que el segundo está en el programa de visita domiciliaria, en el que cada tres meses recibe visita médica y de vez en cuando un psiquiatra; que ha tratado de suicidarse en tres ocasiones y que su manejo es bastante complicado.

Considera que por lo anterior es necesaria la ayuda de una enfermera especializada en estos casos para que sus progenitores tengan una mayor calidad de vida.

Manifiesta que su familia está compuesta de siete hermanos, cinco viven fuera de Bogotá y dos en esta ciudad, uno que vive con los agenciados, que labora y es quien proporciona la alimentación, servicios públicos y los recursos para pagar a la persona que los cuida y la agente oficiosa que acude los fines de semana a ayudar con las labores de la casa, por lo que afirma que si no trabajan estaría en peligro el mínimo vital para la subsistencia de sus padres y la propia.

Pretende con esta acción en amparo a los derechos fundamentales invocados se ordene a la EPS accionada disponga de una enfermera las 24/7 para sus padres y les suministre pañales a ambos.

V.- TRAMITE PROCESAL:

Admitida la solicitud por el a-quo, (JUZGADO 12 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTÁ) se ordenó notificar a la accionada y vinculados (Superintendencia de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social) a quienes se les solicitó rindieran informe respecto a los hechos aducidos en la demanda.

VI.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez a-quo mediante la providencia impugnada, dispuso **NEGAR** el amparo deprecado, al considerar que no obra orden médica para el cuidado de los agenciados por un profesional idóneo y que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el cuidado, colaboración y apoyo de las personas de la tercera edad es responsabilidad de la familia y en particular en este caso, indicó que es obligación de los hijos velar por el cuidado de sus padres; también negó la solicitud en cuanto a los pañales por no reposar orden médica, no tener cobertura en el Plan de Beneficios de Salud y que la Eps accionada no ha negado la prestación de ese servicio.

VII. IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia la agente oficiosa de los accionantes reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

VIII. CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para

frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: **“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

“La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido”

LA SALUD es ahora un derecho elevado a categoría de fundamental autónomo.

Respecto de ese tema, en sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

“Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que

comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.”

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar **“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, correspondiéndole al ente estatal “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes...”** (art. 49 de la C.P.).

Por eso, **“Las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios asistenciales de salud y de seguridad social, deben, directamente o mediante un tercero, suministrar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exija el caso concreto de cada paciente, teniendo muy en cuenta su estado de gravedad; en pocas palabras, el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios”** (Sentencia T-531 de 1994, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ).

3.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional, así como la decisión adoptada por el juez de primera instancia establecer si hay o no lugar a amparar los derechos fundamentales invocados por los accionantes y ordenar la prestación del servicio pretendido de enfermería 24 horas por 7 días a la semana y el suministro de pañales.

4.- CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso en estudio se entrará a **REVOCAR parcialmente** la decisión tomada por el juez de primera instancia, únicamente en lo relacionado con el suministro de pañales desechables, por lo siguiente:

Los accionantes se encuentran afiliados al régimen contributivo a la EPS accionada, según lo corrobora la propia accionada en la respuesta dada a la demanda.

CON RELACIÓN AL SERVICIO DE ENFERMERÍA SOLICITADO

No se visualiza orden médica dada a los accionantes para el servicio de enfermería que se reclaman mediante esta acción constitucional.

La EPS accionada informa que ha brindado todas las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo interdisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas.

Manifestó también que los agenciados fueron valorados por Junta Médica el 2 y 5 de noviembre de 2021 y que para el caso de la señora Melba Gutiérrez se indagó sobre sus cambios en torno a su cuidado ante lo que se indicó

que aún se turnan los hijos para acompañamiento, pero que ante la necesidad de tener a ambos padres al cuidado de un solo cuidador la mayor parte del tiempo, plantean iniciar proceso legal para solicitar enfermería; en cuanto al señor Odilio Granada se indicó que tiene dependencia funcional leve para su autocuidado posiblemente por posible trastorno neurocognitivo y cambios en la personalidad que interfieren en la relación con sus familiares, se indicó continuar con evaluaciones periódicas por salud mental, plan de atención domiciliaria.

La EPS hizo énfasis en que ninguno de los accionantes tiene indicación médica para cuidador o enfermera; tampoco para el suministro de pañales.

Un supuesto de la acción de tutela contra una E.P.S. es que el médico tratante adscrito a ese ente, hubiese ordenado algún medicamento, insumo, servicio, hospitalización, cirugía, tratamiento o cualquier procedimiento médico y **la entidad lo hubiere negado.**

Ese no es el caso de los acá accionantes, pues como lo señala la EPS accionada, de la documental obrante en el expediente no emerge orden médica que indique que el servicio e insumo pretendido fue prescrito y menos que estos hayan sido negados por la EPS.

Siendo ello así, no corresponde al juez constitucional el determinar si un servicio, procedimiento o elemento específico es o no el apropiado y que por lo mismo deba conceder el amparo deprecado, pues ello es del resorte del profesional de la salud.

En esas condiciones es claro que no hay violación actual al derecho a la salud de los petentes, pues no obra prueba sumaria que acredite la negativa por parte de la EPS accionada en relación con algún elemento o servicio médico que le hubiere sido prescrito a los accionantes por su médico tratante.

Independientemente de los derechos que le puedan asistir a los accionantes, mientras no exista negativa a algún derecho o prueba de alguna vulneración de derechos fundamentales, la tutela no tiene ninguna razón de ser.

En este caso lo pretendido es que se brinde a los agenciados el servicio de "enfermería 24/7", para cuya prestación se tiene decantado por la jurisprudencia es necesaria la orden médica, toda vez que es una asistencia que debe ser brindada por un personal calificado en salud, y como ya se indicó, en este caso no obra prueba de prescripción médica en ese sentido.

La Corte Constitucional en la sentencia T-015/21 sobre atención por auxiliar de enfermería y cuidador, precisó:

“El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud,[36] ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante[37] y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.[38] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.[39] iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,[40] como se explica a continuación”.

(...)

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.” (Subraya el despacho).

Tampoco resulta procedente esta acción para disponer la prestación del servicio de cuidador, pues acorde con dicha sentencia, ese cuidado corresponde principal e inicialmente a los familiares de los pacientes y solo excepcionalmente podría ordenarse por “**ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante**”, circunstancias que no se encuentran demostradas en este asunto.

Obsérvese que se ha afirmado en la demanda que son siete los hijos de los agenciados y que son dos los que velan por ellos, sin que nada se hubiese dicho de los restantes y tampoco sobre la incapacidad de todos para brindar el apoyo debido a sus progenitores; aunado a que igual que para el servicio de enfermería no media prescripción del galeno que así lo hubiese ordenado.

EN CUANTO AL SUMINISTRO DE PAÑALES

Frente a la solicitud de pañales vía acción de tutela cuando **no** hay orden médica que así lo prescriba ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia SU508/20 lo siguiente:

“Excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos[180]. En ese sentido, el juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su necesidad dada la falta del control de esfínteres[181], derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra[182]. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).

Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.”

En este caso se ha afirmado en el escrito de tutela que los agenciados no tienen control de esfínteres siendo necesario el uso de pañal.

No obstante, de la revisión de las epicrisis aportadas a la demanda no se logra establecer la necesidad de ese insumo; así para el caso de la señora Melba Gutiérrez se consigna que es **“usuaria de sonda vesical por vejiga hiperactiva. Diuresis positiva por sonda vesical”** (fl.13) y en cuanto al señor Odilio Granada se observa en su historia clínica que es **“PACIENTE MASCULINO DE 88 AÑOS DE EDAD CON DIAGNÓSTICOS: 1. EPOC EXACERBADO ANTHONISEN III OXIGENO REQUERENTE 1.1 HIPERLACTATEMIA - PAFI 2452. TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR POR DEGENERACIÓN LOBAR FRONTOTEMPORAL VARIANTECOMPORTAMENTAL. 3. SINDROME CORONARIO AGUDO DESCARTADO 4. INFECCIÓN SARS COV 2 DESCARTADA (18/11/2020) 5. BARTHEL 75 /100 CHARLSON 5 PADUA 4”** sin que se logre colegir que tenga la necesidad del uso del elemento pretendido.

De requerirse ese insumo tampoco existe claridad sobre la talla y la cantidad que puedan necesitar, por lo que en amparo al derecho a la salud se dispondrá que por la EPS accionada realice valoración médica a cada uno de los agenciados para que sea el profesional de la salud quien determine la necesidad del suministro de pañales a los accionantes y así lo disponga.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto a la negativa dada frente a la solicitud de pañales, y en su lugar, se amparará el derecho a la salud y se dispondrá la valoración médica ya indicada.

IX.- DECISION:

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de tutela calendada 24 de noviembre de 2021, proferida por el **Juzgado Doce de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: En consecuencia, **TUTELAR** el derecho a la salud de los agenciados **MELBA GUTIERREZ DE GRANADA y ODILIO GRANADA GARCIA.**

TERCERO: ORDENAR a la **EPS SANITAS S.A.S.** por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, en el improrrogable término de 48 horas siguientes a partir de la notificación de este fallo, proceda a valorar por profesional de la salud a cada uno de los agenciados **MELBA GUTIERREZ DE GRANADA y ODILIO GRANADA GARCIA** para que sea quien determine la necesidad del suministro de pañales a los accionantes y así lo disponga.

CUARTO: DISPONER se notifique esa decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.**

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

NA

Firmado Por:

Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 012
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:

**c37240c072b7ef3b8e1e768a75e37d51eb01fe17eea8f736db573aae20
26f454**

Documento generado en 03/02/2022 01:29:36 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**