REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
Bogotá, D. C., agosto veintiséis (26) de dos mil veinte (2020).

REF. ACCIÓN DE TUTELA No.2020-0485 de las señoras MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES y RUBIELA CORTES COTACIO en contra de EPS COLSANITAS y CLINICA SANITAS.

ANTECEDENTES

1º. Petición.-

Las señoras MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES y RUBIELA CORTES COTACIO instauraron acción de tutela en nombre propio contra EPS COLSANITAS PLAN C PRIMIUN y CLINICA SANITAS, con el fin de que le tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal.

En consecuencia, solicita se le ordene a las entidades accionadas le autoricen de manera urgente e inmediata, la prestación de la atención integral domiciliaria, controlar todos los síntomas, reparar la lesión del Fémur; igualmente se le cubra el 100% de las atenciones y procedimientos requeridos, y de todo lo que se derive de su enfermedad, procedimientos, pruebas diagnósticas y medicamentos, sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS.

Así mismo, que no se le exijan pagos de cuotas moderadoras y copagos; se le asigne enfermera domiciliaria las 24 horas del día; se le garantice la entrega de pañales y de implementos que se requieran.

Solicita medida provisional.

2º.- Hechos.-

Indica la accionante en síntesis que se permite efectuar el Despacho, que su señora madre ESTHER COTACIO DE CORTES tiene 85 años.

Comenta que el pasado 4 junio de 2020 ingresó a una cirugía de reemplazo de rodilla y le hicieron una radiografía al parecer porque tenía roto el fémur.

Refiere que fue hospitalizada y el 8 de junio fue operada del fémur, donde le colocaron un extensor de hueso del fémur, con egreso el 12 de junio de 2020.

Informa que el 25 de junio la tuvieron que llevar porque se agravo la herida del fémur.

Relata que ella ingresó bien a la clínica y se ha desmejorado mucho, a tal punto que la volvieron a intervenir quirúrgicamente, le dio una embolia pulmonar y deficiencia renal, dándole salida el 25 junio de 2020.

Alega que nuevamente fue hospitalizada el 12 de julio de 2020, dado que su salud se deterioró mucho, igualmente le hicieron la prueba del COVID y fue aislada.

Comenta que el 26 de julio fue enviada a hospitalización en casa, pero en estado muy deplorable, decaída, no puede caminar, le formularon terapias físicas y curaciones de la pierna, pero no le asignaron transporte, igualmente le formularon pañales, pero tampoco han sido autorizados.

Manifiesta que el 18 de agosto de 2020 su señora madre se agravo, siendo llevada en ambulancia y se encuentra en urgencias en la Clínica Sanitas.

Narra que el 20 de agosto la Secretaria de Salud les informó que la prueba de su señora madre salió positiva.

Aduce que su señora madre está bajo su cuidado, pero también es una mujer adulta que padece una serie de enfermedades, que fue operada y no puede realizar movimientos pesados ni sostener ni alzar cosas pesadas, estando imposibilidad de trasladarla o movilizarla de un sitio a otro por su peso y por su incapacidad de caminar, por lo tanto se requiere que la atención médica, terapias y curaciones se realicen en su domicilio.

3º.- Trámite.-

Por auto del 21 de agosto del año en curso, se admitió a trámite la solicitud, se vinculó oficiosamente a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y a ADRES. Asimismo, se negó la medida provisional solicitada, dado que en primer lugar no se adjuntaron las pruebas pertinentes que soporten las pretensiones de la tutela y por otro lado, la medida deprecada hacía referencia a prestación de servicios domiciliarios, pero en los hechos de la acción se indica que la paciente se encuentra hospitalizada.

Notificación efectuada a los entes accionados mediante correos electrónicos enviados el día viernes 21 de agosto avante.

ADRES informó que la EPS tiene la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salid al afiliado, sin que en ningún caso pueda dejar de garantizar la atención de sus afiliados ni retrasarla de tal forma que ponga en riesgo su vida o su salud.

La SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD informó que si las prestaciones requeridas por la accionante son ordenadas por el médico tratante, la EPS debe autorizarlas y la IPS debe agendarlos en los términos de oportunidad y calidad.

Comenta que acreditada la orden del médico tratante, se pueden despachar favorablemente las pretensiones de la tutela, ya que el operador jurídico no podría entrar a suplir el criterio del profesional de la salud, ya que ello iría en contra de la normatividad establecida y de la calidad de vida del paciente.

EPS SANITAS indica que la señora MARIA ESTHER no tiene orden médica de ENFERMERA PERMANENTE, sin embargo para evaluar su condición clínica remitieron el programa de atención domiciliaria a la residencia de la paciente, pero se validó que se encuentra hospitalizada en el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL por el diagnostico de COVID-19. Por tanto, una vez la paciente se encuentra en su residencia y haya superado ese diagnóstico, le remitirán el programa de atención domiciliaria para que la evalúen.

Comenta que la señora consulto la CLINICA UNIVERSITARIA COLOMBIA el 4 de junio de 2020 por presentar posterior a procedimiento quirúrgico, una caída desde su propia altura con FRACTURA PERIPROTESICA FEMORAL.

Que se le practicó procedimiento quirúrgico SECUESTRECTOMIA, DESBRIDAMIENTO, RETIRO DE DISPOSITIVO DE FEMUR, sin complicaciones y con proceso de rehabilitación de terapias físicas, dada de alta el 9 de junio con orden de tratamiento médico y desplazamiento en ambulancia a su residencia.

Que el médico tratante no prescribió enfermera, servicio que se cubre si la paciente cumple con los criterios requeridos, de lo contrario requerirá un cuidador que no hace parte de los contenidos del plan de beneficios en salud.

Que los pañales desechables no hacen parte del plan de beneficios en salud, por lo que el médico tratante deberá solicitarlos al Mipres, actualmente la paciente tiene aprobado tales insumos para tres meses.

Que la usuaria es cotizante, por ende de conformidad con la normativa vigente debe sujetarse al pago de las cuotas moderadoras.

Que esa EPS ha realizado las gestiones necesarias para brindar todos y cada uno de los servicios médicos requeridos por la señora MARIA ESTHER.

Que la señora al encontrarse hospitalizada está bajo los cuidados de todo el personal de salud a nivel intrahospitalario.

Solicita se declare que no ha existido vulneración alguna a los derechos fundamentales deprecados y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda de tutela.

La CLINICA COLSANITAS informó que a esa IPS no le atañe responsabilidad alguna frente a lo solicitado por la accionante, pues atienden a los usuarios que son remitidos, no cubren servicios, ya que eso le corresponde a la entidad de aseguramiento a la que se encuentre afiliada la señora.

Que la CLINICA UNIVERSITARIA COLOMBIA no se encuentra habilitada por parte de la Secretaria Distrital de Salud para prestar servicios de ENFERMERA PERMANENTE, ni dispensar PAÑALES DESECHABLES.

Solicita su desvinculación, por cuanto las actuaciones adelantadas por esa entidad, se han ajustado a la normativa legal vigente, sin generar afectación alguna a los derechos fundamentales de la señora MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

La seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y se garantiza como un derecho irrenunciable, a todas las personas.

Para el efecto, la Jurisprudencia ha destacado dos momentos en la evolución del concepto de salud como derecho constitucional. En primer lugar, por medio de la acción de tutela era posible proteger derechos de contenido prestacional, como la salud, siempre y cuando tuvieran una conexión con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretaran en un derecho de naturaleza subjetiva, cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud.

Después se consideró que la salud es un derecho fundamental autónomo, porque se concreta como una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, teniendo en cuenta que responde a los elementos que le dan sentido al uso de la expresión 'derechos fundamentales', alcance que se le otorga de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art.93 C.P.).

Esta interpretación efectuada por el juez constitucional, dejó de lado el criterio de la conexidad, porque se considera artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen definitivamente un componente prestacional, por lo que *"la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal', para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud".*

No obstante lo anterior, La Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de la Salud, estatuyó de manera definitiva y sin lugar a contemplar de manera jurisprudencial el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, razón por la cual se puede instaurar la acción de tutela para reclamar éste derecho de manera directa sin necesidad de demostrar que con su vulneración se esté afectando el derecho fundamental a la vida, como inicialmente tenía que establecerse por parte del tutelante.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se evidencia vulneración a derecho fundamental alguno a la señora madre de la accionante, en tanto SANITAS EPS ha prestado todos y cada uno de los servicios que le han sido prescritos a la usuaria, adicionalmente pese a no contar con orden médica para el servicio de enfermera permanente, una vez la paciente sea dada de alta, procederán a enviarle nuevamente el programa de atención domiciliaria con el fin de que evalúen su condición clínica y la pertinencia de tal servicio.

Cabe aclarar, que pese al requerimiento efectuado a la parte actora, no se adjuntaron anexos a la acción de tutela y según lo informado por la EPS no existe orden médica mediante la cual se prescriba el servicio de enfermera requerido por las accionantes, por tanto la petición del mismo obedece a apreciaciones subjetivas de la usuaria. Obsérvese que en las últimas valoraciones efectuadas a la señora MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES no se vislumbró la necesidad del pedimento de la actora, lo cual hace imposible concluir que se están vulnerando los derechos fundamentales de la paciente. Pues si bien es cierto, padece varios diagnósticos, no lo es menos, que si el galeno no prescribe tal servicio es porque la enfermedad

que aqueja a su señora madre no lo demanda por el momento, entiéndase que es la única persona idónea para definir el estado de salud de sus pacientes, sus respectivos diagnósticos y quién puede indicar con mayor convicción qué procedimientos se deben seguir.

Se pone de presente que el juez de tutela no puede inmiscuirse en los criterios médicos, pues ellos son de la órbita del galeno, quién es el encargado de establecer y/o determinar que tratamientos requieran sus pacientes. Y al respecto la sentencia T-036/13 señala:

"... En este punto, reitera la Corte que el concepto del galeno a cargo debe primar sobre cualquier argumento de tipo administrativo o limitación normativa, en razón a que es ese profesional quien conoce la realidad médica del paciente y puede indicar con mayor certeza los tratamientos y elementos que se requieren para atender los padecimientos de salud diagnosticados."

Recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte Constitucional ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia, lo que no se configuró.

Ahora bien, respecto del suministro de pañales ya se encuentran debidamente autorizados y aprobados para tres meses, los cuales pueden ser reclamados por la parte accionante.

Respecto a la exoneración de los copagos y/o cuotas moderadoras, a la capacidad de pago del usuario y la carga de la prueba la Sentencia T-725/10 ha reiterado:

"Cuando el accionante manifiesta no tener capacidad económica para sufragar los copagos, la carga de la prueba se invierte, y es a las entidades demandadas a quienes corresponde probar lo contrario, toda vez que cuentan con las bases de datos que contienen la información necesaria para establecer la veracidad o no de tal afirmación."

Conforme a esto, se ha llegado a la conclusión que en algunos casos se debe exonerar a los usuarios de la cancelación de copagos, ya que priman los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad humana, y por lo tanto, en la sentencia T-296 de 2006 se dijo:

"*Para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud, esta Corte ha desarrollado dos reglas: [1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda*

convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio. Se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela."

"En tal medida, es claro que si bien el sistema se fundamenta en el principio de solidaridad y con base en este se cobran los copagos y cuotas moderadoras, también es cierto que se aplica el principio de equidad y si el cobro de los mismos afecta la salud, el mínimo vital y la vida digna de los usuarios, se deben dejar de aplicar las normas que permiten dichos recaudos, con el fin de salvaguardar derechos superiores."

A esta conclusión se ha llegado en varias ocasiones, en las que se ha afirmado:

"Cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia porque de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema."

"Se tiene entonces que no se controvierte la naturaleza y cobro de los copagos, puesto que tienen un fin altruista que es el de ayudar al mantenimiento del sistema de seguridad social en salud. Sin embargo, se ha aceptado que atendiendo a las características económicas y la gravedad y costo de la enfermedad y su respectivo tratamiento, se puede exonerar del pago de estas sumas de dinero a los usuarios si se concluye como necesario para la salvaguarda del derecho a la salud, a la vida e incluso al mínimo vital.

Conforme a las reglas jurisprudenciales vistas anteriormente, para que la tutela se torne procedente en los casos en los que se solicita la exoneración de copagos, la persona debe carecer de recursos para sufragarlos.

Como en todo proceso, los hechos deben ser probados y la falta de capacidad económica no es la excepción a esto. Sin embargo, existen unas reglas que se han venido consolidando jurisprudencialmente, acerca de sobre quién recae la carga de la prueba de tal hecho, teniendo en cuenta que tradicionalmente se entendería que le corresponde al actor. A continuación se exponen las pautas que se han creado:

" i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios,

declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad"

"Por lo tanto, se tiene que cuando el accionante manifiesta no tener capacidad económica para sufragar los copagos, la carga de la prueba se invierte, y es a las entidades demandadas a quienes corresponde probar lo contrario, toda vez que cuentan con las bases de datos que contienen la información necesaria para establecer la veracidad o no de tal afirmación.

Siendo esto así, es evidente que si el cobro de los copagos afecta el mínimo vital de la persona a la que se le brindó el tratamiento así como a su núcleo familiar, estos no pueden exigirse, aún si se trata de cobros posteriores a la eficiente prestación del servicio requerido."

"Así se ha venido sosteniendo por la jurisprudencia de esta Corte:

"*De lo precedente es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aun cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar."*

Así las cosas, tampoco se puede acceder a la solicitud de exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras, toda vez que la parte accionante no afirmó que no contaba con recursos para sufragarlos.

Dadas las premisas planteadas los amparos de la tutela impetrada serán negados, como quiera que, además de que no se demostró la vulneración de derecho fundamental alguno a la usuaria, la EPS accionada ha dispuesto todo lo necesario con el fin de garantizar la prestación efectiva de los servicios médicos que requiere la paciente y que han sido ordenados por los médicos tratantes. Sumado a ello, a la fecha la señora MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES se encuentra hospitalizada, bajo los cuidados del personal médico intrahospitalario.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTA D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la ACCION DE TUTELA instaurada por las señoras MARIA ESTHER COTACIO DE CORTES y RUBIELA CORTES COTACIO en contra de EPS COLSANITAS y CLINICA SANITAS, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procederá la impugnación por la vía jerárquica dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación. (Art.31 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los intervinientes, por el medio más expedito.

CUARTO: Sí este fallo no fuere impugnado, transcurrido el término respectivo y en la oportunidad de que da cuenta el inciso segundo del Art.31 ejusdem, ENVÍESE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION, PREVIA LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS.

QUINTO: De igual manera, proceda la secretaria a incluir la presente providencia en el Portal Web de la Rama Judicial - Estados Electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez

Se les hace saber a las partes, que por la coyuntura de emergencia y para efecto del pleno ejercicio del debido proceso, en caso se querer impugnar la anterior decisión, la misma deberá ser enviada al correo institucional del juzgado (cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)