



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

**JUZGADO CINCUENTA Y NUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ**
(ACUERDO PCSJA18-11127 Octubre 12 de 2018)

Bogotá D.C; veinticuatro (24) de marzo de dos mil veinte (2020)

**Asunto: ACCIÓN DE TUTELA de: MARÍA TERESA
PIÑEROS PIÑEROS** quien actúa como Representante Legal de
su hijo **DANILO FABIÁN MEDINA PIÑEROS** **contra**
CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. Radicación: 2020-00322.

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

I. - ANTECEDENTES

La señora MARÍA TERESA PIÑEROS PIÑEROS interpone acción de tutela contra CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S, tras considerar vulnerados los derechos fundamentales de su hijo DANILO FABIÁN MEDINA PIÑEROS y, en consecuencia, solicita se ordene a la accionada autorizar: **1) Terapias Físicas Domiciliarias (12 mensuales); 2) Terapias Fonoaudiológicas domiciliarias (12 mensuales); 3) Enfermería Domiciliaria (12 horas diarias); 4) Valoración nutricional; y, 4) los insumos Crema Marly Tarro x 400 MG N° 1, Crema Lubriderm 750 ML N° 1, Pañitos Húmedos por 500 Unidades.**

Para fundamentar la solicitud, en síntesis, relata lo siguiente:

Su hijo se encuentra afiliado a Capital Salud EPS como beneficiario en el Régimen Subsidiado desde el año 2012. Se le diagnosticó parálisis cerebral espástica severa del 90% (retraso mental severo). El especialista le ordenó terapias médicas domiciliarias e insumos paliativos, sin que a la fecha de formulación del amparo se le hayan suministrado. Su situación económica es precaria.

II.- TRÁMITE PROCESAL:

Mediante auto de 13 de marzo de 2020¹, se admitió la acción. Se vinculó al **CENTRO INTEGRAL PSICOTERAPEUTICO JAH RAFA, TERAMED S.A.S, ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER -PROSEGUIR,**

¹ Folio 19.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES -

La **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** apuntó que el menor se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado desde el 24 de abril de 2012. Las terapias, enfermera, atención domiciliaria, guantes, tapabocas, gasas y aceite mineral se encuentran incluidos en el plan de beneficios de salud a garantizar por Capital Salud EPS, por lo que deben ser autorizados sin dilación, además la IPS autorizada debe agendar oportunamente. Sin embargo, la valoración por centro de rehabilitación, valoración por nutricionista, la crema Lubriderm y los pañitos húmedos se encuentran sin orden médica, amén que los insumos se encuentran excluidos de acuerdo con lo establecido en la Resolución 244 de 2019, la crema Marly requiere formulación en formato MIPRES.

TERAMED S.A.S informó que el paciente fue entregado a CAPITAL SALUD EPS desde el 16 de diciembre de 2014 por representar limitación en el servicio y tratar inadecuadamente al personal, por ende, desde esa fecha no es usuario de esa IPS.

La **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER - PROSEGUIR** comunicó que el paciente fue presentado por parte de su aseguradora el 27 de abril de 2018 para los servicios domiciliarios de: valoración médica, terapia física, terapia de lenguaje y enfermería domiciliaria. Actualmente, cuenta con plan de manejo domiciliario ordenado por el médico tratante. En la última valoración practicada el 24 de febrero de 2020 se prescribió: Terapia física (2 por semana), 8 sesiones al mes. Terapia de lenguaje (2 por semana), 8 sesiones al mes, y valoración médica mensual.

Frente al servicio de enfermería, señaló que los criterios clínicos de esa prestación están dados para pacientes con soporte ventilatorio, endovenoso, y con requerimientos de cuidado de catéter, administración de medicamentos endovenosos, manejo de curaciones de gastrostomía o traqueostomía y realización de cateterismos, de manera que lo que requiere es un acompañamiento por parte de la familia y un cuidador primario que supla sus necesidades básicas y brinde apoyo en sus actividades diarias, lo cual quedó consignado en la historia clínica del presente mes.

En torno al servicio de terapia de lenguaje, la junta médica interdisciplinaria llevada a cabo el 12 de marzo de 2020 determinó su suspensión, tras considerar complementar la rehabilitación con refuerzo motor y praxias apoyado en terapia física por lo que se aumentaron esas terapias a 12 sesiones al mes.

CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S manifestó que el paciente padece de «HEMIPLEJIA ESPASTICA» en seguimiento multidisciplinario domiciliario,

con última valoración registrada el 1° de marzo de 2020, donde se le ordena terapias físicas 2 por semana, terapias fonoaudiológicas domiciliarias 2 por semana, enfermería domiciliaria por 12 horas de lunes a sábado. Las terapias fueron suspendidas por parte de la IPS PROSEGUIR, bajo el argumento que ya se encuentra en edad adulta y no necesita la misma cantidad que requería cuando era menor de edad.

De otro lado, refiere que la Crema Marly Tarro x 400 MG, Crema Lubriderm 750 ML y los pañitos húmedos, son dispensado con orden médica del mes de septiembre por 6 meses, en virtud de fallo de tutela 2013-0086 del Juzgado 36 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías; por tanto, considera que no procede su amparo, por temeridad.

Asimismo, sostiene la presente acción debe declararse improcedente como consecuencia de la existencia de temeridad, pues ya existe una orden constitucional que protege la integralidad de la atención en los servicios de salud que requiere el paciente.

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** indicó que es función de la EPS y no suya, la prestación de los servicios de salud, lo que deriva una falta de legitimación. Recordó que en caso de solicitud de recobro debe ceñirse a lo previsto en la Resolución 1885 de 2018.

EL CENTRO INTEGRAL PSICOTERAPEUTICO JAH RAFA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL guardaron silencio.

III.- 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 contener los desafueros de las autoridades públicas y de los particulares, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los justiciables.

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.

2. La obligación de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud radica en brindar a los usuarios una atención eficiente, continua, oportuna y de calidad, sin imponer barreras u obstáculos irrazonables a los afiliados para acceder al servicio que requieran.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado que:

«(...) la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud»².

3. El problema jurídico a resolver se dirige a verificar: *i*) si se configura el fenómeno de temeridad que se le endilgó a la accionante; y, *ii*) si CAPITAL EPS-S S.A.S vulnera los derechos fundamentales del joven DANILO FABIÁN MEDINA PIÑEROS con el hecho de no garantizar la práctica de los múltiples procedimientos y la entrega de los insumos que han sido ordenados por sus médicos tratantes.

Para resolver, en punto a la **configuración del fenómeno de la temeridad**, una vez confrontada la presente acción y con la radicada con el número 2013-0086 del Juzgado 36 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se concluye que si bien en ambas oportunidades la accionante formuló el amparo contra Capital Salud EPS-S aduciendo la falta de prestación adecuada del servicio de salud a su hijo; sin embargo, en aquella oportunidad reclamó «COLCHÓN ANTIESCARAS, GRUA DE MOVIMIENTO, SILLA DE RUEDAS, ENSURE, PAÑALES, PAÑITOS HUMEDOS Y CREMA ANTIPAÑALITIS», el medicamento Toxina Botulínica, transporte y citas con especialistas, debido a que presentaba «MASA EN FOSA NASAL CON DENSIDAD DE TEJIDOS BLANDOS QUE COMPROMETE LA FOSA NASAL IZQUIERDA (NASOANGIOFIBROMA) Y PARALISIS CEREBRAL», mientras que ahora reclama otros insumos, y surgieron nuevas patologías, lo que permite colegir que no se configura la invocada temeridad, amén que no existe identidad de *causa petendi*.

Despejado lo anterior, no queda más que verificar si existe transgresión de derechos fundamentales.

Pues bien, se encuentra acreditado que el aquejado padece de «PARALISIS CEREBRAL ATAXICA, INCONTINENCIA URINARIA, DESNUTRICIÓN Y EPILEPSIA»³, y que de lo solicitado en el libelo tutelar se encuentran vigentes orden para: Plan de Terapias, Crema Marly Tarro X400 MG N° 1, Crema Lubriderm 750 ML, Pañitos Húmedos por 500 Unidades, y valoración por fisiatría, cuadro clínico que no fue desvirtuado por la EPS al momento rendir el informe requerido.

De ahí que deba recordarse que aunque la accionada señaló que esas prestaciones se encuentran excluidas del POS, lo cierto es que, en el marco del amparo constitucional las exclusiones previstas en el Plan de Beneficios en

² Sentencia T-384 de 2013.

³ Folio 10 anverso.

Salud no son una barrera inquebrantable, pues le corresponde al juez de tutela verificar, a partir de las particularidades del caso concreto, establecer si se reúnen los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia para aplicar o inaplicar una exclusión o cuándo, ante la existencia de un hecho notorio, surge la imperiosa necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida digna de quién está solicitando el servicio, insumo o procedimiento excluido, como en efecto ocurre en el presente caso, luego, de las pruebas adosadas al plenario se evidencia la necesidad en el suministro de la **Crema Marly Tarro X 400 MG N°1, Crema Lubriderm 750 ML N° 1, y los pañitos húmedos por #500 Unidades**, tal como lo ordenó la médico tratante, y de los cuales no obra prueba que verifique su entrega.

Adicionalmente, es palmario que para las patologías que padece el usuario la falta de esos insumos supone una barrera para el ejercicio del derecho a la vida digna, máxime, tratándose de una persona que cuenta con una protección constitucional reforzada por virtud de su discapacidad.

Bajo esa óptica, la tutela resulta fundada, y ha de concederse el amparo a los derechos fundamentales de Danilo Fabián Medina Piñeros, ordenando a Capital Salud EPS-S que, si aún no lo ha realizado, garantice la entrega de la Crema Marly Tarro X 400 MG N°1, Crema Lubriderm 750 ML N° 1, y los pañitos húmedos por #500 Unidades.

Frente a **las terapias físicas y fonoaudiológicas**, se advierte que se ordenó tratamiento específico tal como se desglosa de la historia clínica que se aportó documento que prescribe que se debe seguir el plan de terapias bajo el concepto de la junta médica de la IPS Proseguir, entidad que indicó que dada la evolución clínica y el estado actual del paciente se suspendió la terapia de lenguaje para aumentar las físicas a 12 sesiones al mes las cuales se han venido realizando, máxime que no medio prueba que demostrará la negación de las mismas, luego, de las citadas terapias deprecadas por la actora no milita orden vigente, nótese que se tratan de las que se relacionan en la consulta médica domiciliaria calendada 4 de mayo de 2015, por tanto, las mismas serán negadas.

Adicional a ello, en el expediente no obra ninguna otra orden médica que se encuentre pendiente, pues la **valoración por nutricionista** que exigió tampoco cuenta con prescripción vigente, lo que hace inviable adoptar cualquier medida de protección, dado que la situación nociva o amenazante debe ser real y actual, ya que para que la acción de tutela sea procedente, se requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan, si en cuenta se tiene que sin la presencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado.

En relación con el **servicio de Enfermería**, se evidencia que el galeno

tratante consideró que *«más que un servicio de enfermería lo que requiere es un acompañamiento continuo por parte de su red familiar y un cuidador primario basado en su contexto social, que supla sus necesidades básicas y brinde apoyo en sus actividades de la vida diaria tales como el baño, el cambio de pañal, cambios de posición y la alimentación, es por esta razón que bajo pertinencia medica se considera suspensión del servicio de enfermería»*⁴, por tanto, ese servicio será negado.

De ahí que sea necesario destacar lo que reiteradamente la jurisprudencia ha establecido en punto a ello, esto es que, el médico tratante es el profesional que tiene el mejor conocimiento para establecer la necesidad de los procedimientos, insumos, servicios, etc., dado a que cuenta con el criterio científico y el conocimiento de la enfermedad del paciente⁵.

Por demás, si bien este Estrado no desconoce que el paciente se encuentra en estado de vulnerabilidad, no es menos cierto que en este caso particular no es viable ordenar la asignación del servicio de enfermería, por cuanto sus padecimientos no ameritan atención especializada domiciliaria, pues el cuidado que requiere se lo puede brindar su familia. Recuérdese que la atención domiciliaria es la *«Modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.»*⁶

De ahí que el Alto Tribunal Constitucional haya diferenciado los servicios de auxiliar de enfermería y de cuidador. Por una parte, considera a los primeros necesarios, cuando el paciente demanda de apoyo para la realización de algunos procedimientos que sólo podría brindarle personal con conocimientos calificados en salud. Los segundos, no requieren instrucción especializada en salud y podría ofrecerse por personas cercanas al paciente: sus amigos o familiares, quienes, en virtud del principio de solidaridad, estarían en posibilidad de acudir en su ayuda⁷.

Igualmente, ha establecido que las EPS no están obligadas a la prestación de este servicio cuando *«(i)...efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona*

⁴ Folio 11.

⁵ Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en las sentencias: SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-184 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-023 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y, T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁶ Artículo 6 de la Resolución 5592 de 2015, expedido por el Ministerio de Salud, Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y se dictan otras disposiciones”

⁷ Numeral 3, artículo 3. Resolución 1885 de 2018 Ministerio de Salud.

en situación de dependencia»⁸, evento como el que presenta en el asunto, luego, aunque la señora Piñeros señaló que es madre cabeza de hogar y tiene a su cargo otro hijo, no es menos cierto que tanto ella como aquél están llamados a cumplir con el deber legal de acudir a su atención, tanto más, cuando tampoco se encuentra demostrado que dicho apoyo no pueda realizarse por personas del entorno familiar en virtud del principio de solidaridad.

Sobre ese tópico, señalo la jurisprudencia en caso similar «(...) que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998 de la siguiente manera: “(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

En lineamiento con lo previamente dicho, la sentencia T-1079 de 2001 sostuvo que la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.

Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección»⁹.

Dimana lo anterior que, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho

⁸ Sentencia T-414 de 2014.

⁹ Sentencia T-154 de 2014.

cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar.

Frente a facultad de recobro, conforme a la doctrina constitucional, no es competencia del Juez de tutela autorizarlo, pues en la actualidad tal tema se encuentra regulado por la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 780 de 2016; en consecuencia si lo considera procedente deberá ser ejercida directamente por la EPS, sin que para su prosperidad sea necesaria la mediación de una orden judicial que así lo disponga.

Corolario, la tutela invocada resulta fundada.

IV.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Nueve de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá. D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de **DANILO FABIÁN MEDINA PIÑEROS** en atención a las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** al representante legal y/o quien haga sus veces de **CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S**, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, si aún no lo ha hecho, realice la entrega a través de la entidad con la cual tenga contrato, de los insumos **Crema Marly Tarro X 400 MG N°1, Crema Lubriderm 750 ML N° 1, y los pañitos húmedos por #500 Unidades** o cualquier otro insumo en virtud al diagnóstico que presenta el joven **DANILO FABIÁN MEDINA PIÑEROS**, en relación con los diagnósticos «**PARALISIS CEREBRAL ATAXICA, INCONTINENCIA URINARIA, DESNUTRICIÓN Y EPILEPSIA**», y **conforme a lo prescrito por su médico tratante.**

TERCERO: ORDENAR a la **CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S** que, vencido el término señalado en el anterior ordinal, en las veinticuatro (24) horas siguientes proceda a informar sobre el cumplimiento de lo anterior a este despacho judicial, y remita las copias que así lo demuestren.

CUARTO: DISPONER, por secretaría, la notificación de esta sentencia por el medio más expedito y eficaz, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Ordenar que, si esta sentencia no es impugnada, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del

fallo, en el término previsto en el Decreto 2591 de 1991. **OFICIESE.**

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR GIAMPIERO POLO SERRANO
JUEZ

l.m