

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOU DE FAMILIA

Villeta, Cundinamarca, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

Ref: Rad. No. 2022-0290, Acción de tutela de ANA CECILIA PEREZ DE HERNANDEZ contra SANITAS EPS.

Asunto

Se decide la impugnación propuesta por la accionada SANITAS EPS, contra el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Nimaima, Cundinamarca, el 25 de noviembre de 2.022, en el asunto de la referencia.

Antecedentes

Los antecedentes del entuerto y que realmente importan a la actual decisión básicamente corresponden a los redactados por la autoridad de instancia en la siguiente forma:

“El señor MIGUEL FERNANDO BERNAL COCA, quien funge en calidadde Personero Municipal de Nimaima, actuando en calidad de agente oficioso de la señora ANA CECILIA PÉREZ DE HERNÁNDEZ, interpuso acción de tutela contra la E.P.S SANITAS, en procura de la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social, vulnerados por la entidad mencionada.

“Paciente adulta mayor, quien fue diagnosticada, “Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica, no especificada”; “Enfermedad de Alzheimer, no especificada (G309)”; y “Enfermedad de Parkinson (G20X)”, con puntaje de pobreza extrema en sisben.

“La accionante contaba con servicio de enfermera por 12 horas; sin embargo, este le fue retirado cuando la EPS SANITAS asumió su afiliación, a pesar que con la historia clínica No. 20520555, la Dra. Sofía Gaitán Verano la había calificado con un índice de BARTHEL, ESCALA DE LAWTON o BRODY en cero puntos, por lo que tiene dependencia total de un tercero para todas las actividades que realiza, siendo urgente que le sea autorizado el servicio de enfermería.

“Por lo anterior, solicitó la protección a sus derechos fundamentales, a fin que se ordene a la E.P.S. SANITAS que suministre el servicio de enfermería por 12 horas, tal como lo prescribió su médico tratante.”

Y claramente, luego de que interviniese la accionada SANITAS EPS, entendiendo que a dicha entidad está afiliada la paciente, el a-quo en sentencia del 25 de noviembre de 2.022, entendió que efectivamente la agenciada, señora ANA CECILIA PEREZ DE HERNANDEZ, tenía una condición de salud tan difícil o que le hacía tan vulnerable, que accedió a autorizar para ella el servicio de enfermería y/o cuidador.

Ahora bien, posteriormente, en auto del 5 de diciembre de 2.022, aclaratorio de la sentencia de tutela de marras, aclaró que lo otorgado a la paciente era el servicio de enfermería de cargo de la EPS demandada.

Inconforme con esa posición del Juzgado de instancia, la accionada EPS impugnó el fallo y es sobre esa inconformidad a la que habrá de referirse el actual pronunciamiento.

Consideraciones

Sea pertinente indicar que éste Juzgado es competente para conocer la impugnación propuesta por el actor, por ser éste el Superior Jerárquico de la autoridad de instancia y por ventilarse el debate sobre la posible violación al derecho fundamental a la salud radicado en cabeza de una persona de especial protección constitucional como es de alguien perteneciente al sector de la tercera edad.

Entonces, no encontrándose presente causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado hasta el momento, conviene recordar inicialmente que la acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 constitucional, es aquella con la que cuentan todas las personas para proponer ante los Jueces en la búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales, bien sea actuando directamente o por medio de otra persona que actúe a su nombre, siempre que tales prerrogativas se encuentren vulneradas, desconocidas o amenazadas.

Claramente, la acción de marras sólo es posible proponerla o incoarla si la ley o cualquier reglamento jurídico interno no contempla una herramienta para salvaguardar la prerrogativa vulnerada o amenazada y ello es equivalente a decir que tiene un carácter subsidiario. En la senda trazada, claramente cuando se reclaman prestaciones ligadas a la protección o manutención de la salud, bien puede ser propuesta la acción de que trata el artículo 86 constitucional.

Entonces, descendiendo al litigio constitucional propiamente tal, conviene recordar que SANITAS EPS, expresa que no existen los elementos legales imprescindibles para acceder al otorgamiento de la prestación del servicio de enfermería para la afiliada, por las siguientes razones o puntos básicos:

En primer lugar y en palabras de la accionada, *“no hay orden médica de servicio de enfermería 12 horas por parte de un prestador adscrito a EPS Sanitas S.A.S., y no ha llega ninguna prueba sumaria de un orden de solicitud de servicios de enfermera por parte de un prestador adscrito a esta EPS”*.

En segundo lugar, la paciente requiere un cuidador realmente. Nuevamente en palabras de la accionada *“lo que requiere es un CUIDADOR, que puede ser un familiar que le colabore apoyándolo en los cuidados básicos de la vida diaria como el suministro de alimentos, aseo personal, y autocuidado, aseo e higiene (como cambio de pañales), lavado bucal o limpieza de la habitación, suministro de alimentos o medicamentos de consumo oral, aplicación de emolientes o lubricación de la piel, cambio de ropa, acompañamiento a consultas ambulatorias, diligencias personales o en desplazamientos por la vivienda, salidas al parque o lectura de libros recreativos, tareas que en estricto sentido corresponden a sus familiares, por ser los primeros obligados, según la Constitución y las normas civiles, a proveer lo necesario para velar por su cuidado, sin que pueda admitirse bajo ninguna circunstancia, que el personal de salud, o el administrativo de la EPS deban entrar a suplirlos”*.

En tercer lugar, se hace la distinción entre enfermería y cuidador así: *“A contrario sensu, el servicio de enfermería se brinda para aquellos pacientes que requieren por ejemplo, colocación intravenosa o intramuscular permanente de medicamentos, realización de curaciones, manejo de colostomías, manejo de bombas de infusión, realización de curaciones suministro de alimentación parenteral, entre otras, que lógicamente son del ámbito del sector salud, y que para el caso del usuario, no existe EN EL MOMENTO orden médica de prestador adscrito a EPS Sanitas S.A.S., que indique el servicio ni actividades de enfermería a realizar. Es decir, mientras el servicio de enfermería brinda servicios técnicos en salud, el de cuidador brinda es servicios, que como su mismo nombre lo indica, son netamente de cuidado del paciente, y que este es el que en realidad requiere el agenciado, y que debe ser brindado por la familia”*.

En cuarto lugar, según la accionada, *“se debe tener en cuenta que se informó al despacho que Nimaima-Cundinamarca, NO ES UN MUNICIPIO AUTORIZADO por la Superintendencia para que EPS Sanitas S.A.S., opere, motivo por el cual es pertinente aclarar que si la señora ANA CECILIA PEREZ HERNANDEZ , se encuentra viviendo de manera permanente en este municipio, debe solicitar la autorización de traslado a una entidad que le preste atención en este, de lo contrario si es de manera temporal, se podrá solicitar la portabilidad”*.

Para resolver los puntos de relevancia, debe acudir a la siguiente argumentación:

El derecho a la salud, previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, posee una doble connotación, tanto de derecho constitucional como de servicio público esencial; desde su consagración en la Carta Mayor fue diferenciado, como solían serlo todos los derechos, de aquellos denominados fundamentales; en tal sentido, el derecho a la salud hacía parte de los derechos sociales, económicos y culturales, cuya protección, por vía de tutela, dependía de su conexidad con alguno de los derechos fundamentales; no obstante, ha sido el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional el que, desde el año 2.008, ha considerado el derecho a la salud como un derecho autónomo, de carácter fundamental, que debe ser protegido de forma directa, pues resulta evidente que su quebrantamiento deviene en un atentado contra la subsistencia de cualquier ser humano; es así como la Ley Estatutaria 1751 de 2.015 elevó a rango de derecho fundamental el derecho a la salud, estableciendo los elementos y principios que lo componen y que han de servir de guía para su aplicación.

Así, la referida ley estableció que el derecho fundamental a la salud debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con alto grado de calidad, de suerte que el paciente tenga plena garantía de que, en circunstancias de enfermedad, va a contar con plena garantía de acceso a todos los servicios de salud sin ningún tipo de barrera burocrática o administrativa.

Precisamente, en desarrollo de tal derecho fundamental, la referida ley 1751 de 2.015, estableció como principio rector del derecho a la salud la integralidad, entendida esta como la posibilidad de que los servicios y tecnologías de salud sean suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.

Implica lo anterior, que las entidades que conforman el sistema general de seguridad social en salud, están llamadas a suministrar todos aquellos tratamientos,

medicamentos y procedimientos médicos con el objeto de que el paciente se recupere plenamente de la enfermedad que padece sin que pueda existir limitación alguna, como lo es que los servicios se encuentren incluidos o no en el plan de beneficios en salud.

Y entonces, descendiendo a las nociones de cuidador y de enfermería, se recuerda que el artículo 15 de la ley 1751 de 2.015 que, como se refirió, reconoció a la salud como derecho fundamental, dispuso que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud de todos los connacionales a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud. Precisamente, en derecho de tal garantía fundamental, la Resolución No. 5269 de 2.017, que estableció el ahora denominado Plan de Beneficios en Salud en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la UPC, modalidad prevista como una alternativa a la atención hospitalaria, que debe ser brindada por un profesional en servicios de salud, previa orden del médico tratante.

Se resalta que el servicio anteriormente mencionado se presta por concepto de “servicio de enfermería” que es considerada como una especie o clase de atención domiciliaria que refiere la atención de una persona calificada en los servicios de salud. Así mismo, ha reconocido la existencia de otro tipo de apoyos domiciliarios, como el caso del cuidador, que, aunque no constituyen estrictamente atención médica, refieren una garantía de asistencia física y emocional para aquellos pacientes que, en virtud de su estado de salud, requieren acompañamiento directo de una persona, teniendo en cuenta su estado de dependencia.

Al respecto, la Corte Constitucional en su sentencia T-780 de 2.010, ha señalado las diferencias de las dos figuras referidas, así:

“Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “servicio de enfermería” constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

“De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.

“4.3. En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

“Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. (...) No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.”

Con esas precisiones y luego de la emisión del auto aclaratorio de la providencia de tutela impugnada, no se cuestiona que lo concedido para la agenciada paciente es el servicio de enfermería por doce horas diarias y es ese el servicio realmente puesto en duda por la EPS demandada. Por ende, es imprescindible recabar que el soporte médico científico aportado por activa para acreditar la necesidad de acceder a dicho suministro (el de enfermería) es la copia simple de algunos folios de la historia clínica de la actora y en esos folios se lee el aparte siguiente:

*“PACIENTE ADULTA MAYOR CON ANTECEDENTE DE PARKINSON, ALZAHAIMER, EPOC REQUIRIENTE, QUIEN CONSULTA EN COMPAÑÍA DE LA HIJA EDILMA HERNANDEZ PEREZ, QUIEN CONSULTA EL DÍA DE HOY PARA SOLICITAR EL SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA, EN EL MOMENTO FAMILIAR REFIERE QUE LA PACIENTE HA ESTADO ESTABLE CLINICAMENTE. PACIENTE INGRESA EN SILLA DE RUEDAS, ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, CON SIGNOS VITALES EN RANGOS DE NORMALIDAD, NO MOVILIZACION DE EXTREMIDADES. **PACIENTE CON DEPENDENCIA FUNCIONAL ESCALA DE BARTHEL 0 PUNTOS, ESCALA DE LAWTON Y BRODY 0 PUNTOS, QUIEN SE BENEFICIA DEL SERVICIO DE ENFERMERÍA DOMICILIARIA.**”* (Subrayas y negrillas ajenas al texto de origen).

Y consultada la página web de la Revista Española de Salud Pública, que una persona tenga 0 puntos en la escala de Barthel significa, entre otras cosas, que es incapaz de comer, incapaz de trasladarse entre una silla y su cama, que le es imposible mantenerse sentado, que necesita ayuda con su aseo personal, que es absolutamente dependiente para ducharse y asearse en general, que permanece inmóvil (no puede moverse), que no puede vestirse ni desvestirse, que es incontinente, entre otras.

Y entendiendo que toda la familia de la paciente requiere trabajar, pues de forma notoria son pobres y la EPS accionada no ha demostrado lo contrario, claramente se da la luz para que el servicio deprecado (enfermería) sea concedido.

En otras palabras, son varios aspectos que por el momento no permiten denegar el servicio de enfermería perseguido por la paciente demandante, así: (i) Tal servicio ya se le venía prestando a la paciente y sin justificación médica se le ha suspendido y así se hizo saber en el hecho 2 del escrito tutelar (*Para el tratamiento y paliación de sus graves enfermedades la E.P.S CONVIDA, le había otorgado el servicio de enfermería por 12 horas diarias, el cual fue suspendido en el momento que SANITAS E.P.S., asumió la afiliación de mi agenciada por la liquidación de la citada inicialmente por parte de la Superintendencia Nacional de Salud*); (ii) Existe un concepto médico que da lugar a entender que hacerse al servicio de enfermería es imprescindible para la paciente; (iii) La accionada EPS no ha demostrado quién de los familiares de la agenciada está en disposición y disponibilidad de hacer las veces de su cuidadora.

168. Pero amén de lo dicho, la Corte Constitucional estableció que incluso sin la formulación médica, el Juez Constitucional puede acceder al servicio de enfermería en su sentencia SU-508 de 2.020, así: *“Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; **sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.**”*

Así las cosas, en este caso están dados los insumos para acceder a la prestación deprecada y por ende será menester confirmar el proveído cuestionado.

Finalmente, otras discusiones que intenta iniciar la accionada COLSANITAS EPS, relacionadas con la imposición a la paciente de que sea trasladada a otra EPS con cobertura en el municipio de Nimaima, Cundinamarca, o sobre el recobro de los dineros invertidos para suministrar servicios excluidos del plan de beneficios en salud, son untos que en nada tienen que ver con el resguardo a cualquier prerrogativa fundamental y en especial con la protección a la salud, luego las mismas deberán abordarse en otros escenarios administrativos o judiciales.

Por lo dicho, se repite, la decisión de instancia ha de ser confirmada.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Villeta, Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia del 25 de noviembre de 2.022 emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Nimaima, Cundinamarca, y aclarado en auto del 5 de diciembre de 2.022.

Segundo: Entérese virtualmente a los interesados de lo resuelto por Secretaría.

Tercero: De conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1.991, dese cumplimiento por Secretaría a lo allí dispuesto en el segmento final.

Notifíquese y cúmplase,

Firmado Por:

Jesus Antonio Barrera Torres

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Promiscuo 001 De Familia

Villeta - Cundinamarca

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: **9239ca455926041ca1880e9e4a17f9c8c662f21da9e20bc0bbdea745add26ca6**

Documento generado en 19/12/2022 03:13:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>