



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta y uno (31) de Octubre de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente 70001 33 33 008 2012 00043 01
Actor JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada NUEVA E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: TRATAMIENTO Y TERAPIAS ESPECIALIZADAS NO INCLUIDAS EN EL POS PARA PERSONA DISCAPACITADA.

SENTENCIA No. 084

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 7 de Septiembre de 2.012, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se tutelaron los derechos invocados por la parte accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL, identificado con C.C. No. 92.508.776 expedida en Sincelejo, quien actúa en representación de su menor hija CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA.

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de la **NUEVA E.P.S.**

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL, identificado con C.C. 92.508.776 expedida en Sincelejo, actuando en representación de su menor hija CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA presenta Acción de Tutela en contra de la NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Dignidad Humana, Derecho de los niños, Derecho a la Vida, en Condiciones Dignas y Justas, Atención especializada a los Disminuidos Físicos, Sensoriales y Psíquicos, a la Seguridad Social, a la Salud, Desarrollo Integral de los niños .

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el tutelante narra los siguientes:

Expresa que se encuentra vinculado a la Nueva E.P.S, dentro del Régimen contributivo, en el cual, aparece como beneficiario de los servicios médicos en salud, su menor hija CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA.

Afirma, que desde el momento de nacimiento de su hija presentó P.C.I. + síndrome de Down, Menarquia 10 años, control de esfínter anal y vesical diurno.

Precisa que en la actualidad y como consecuencia de las enfermedades antes descritas, la niña padece Síndrome de Down, parálisis cerebral, Hemiplejia derecha parcial, la cual ha impedido el patrón de marcha y desarrollo psicomotor adecuado, escaso lenguaje, sin control de esfínter nocturno por limitación para levantarse.

Igualmente relata, que en virtud de los inconvenientes de salud presentados por su hija, la E.P.S. accionada, ha brindado algunos procedimientos un tanto incompletos, deficientes, puesto que no le brindan los servicios médicos integrales, especializados y de rehabilitación que amerita, para que disfrute una mejor calidad de vida.

Además de ello, agrega que, los servicios antes expuestos son incompletos, dado que no le prestan tratamiento de Caninoterapia, Terapia asistida con Terapia ABA, Musicoterapia ABA, Terapia Comportamental, Terapia Miofuncional, Terapia del Lenguaje, Equinoterapia, Terapia Asistida con Caballos BOBATH, Neurodesarrollo BOBATH, Integral Sensorial, Terapia Ocupacional Basada en Neurodesarrollo hidroterapia, Consulta Domiciliaria, Orientación Familiar Asistencial, entre otros. Programas éstos, que permitirían un mejoramiento concluyente en las habilidades

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

afectadas de la menor, ayudándola a un mejor estado de salud físico, emocional, familiar y social de CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA.

Declara el accionante, que mediante derecho de petición, solicitó a la accionada NUEVA E.P.S., se autorizará que a su hija, le ofrecieran los servicios de tratamiento integral en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS, puesto que venia ordenado por el medico tratante Fisiatra Dr. Oscar Benito Revollo, y dado que las terapias brindadas por dicha IPS cubren una atención a su bienestar.

Así mismo, en fecha 28 de junio del año avante, la NUEVA E.P.S., resolvió la petición elevada por el signatario de manera negativa, dado que no hace parte de su red de servicios.

Añade el actor, que el Médico Fisiatra Doctor OSCAR BENITO REVOLLO, al examinar a la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, determinó como tratamiento para el padecimiento de su enfermedad “la Rehabilitación Integral, para lo cual sugiere se adelante tratamiento en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS, por contar ésta con la dotación y tratamientos completos para su rehabilitación”.

De la misma manera, expresa al despacho que la IPS NUEVO HORIZONTE, es la única institución en esta ciudad, la cual, cuenta con las instalaciones y los programas para el tratamiento integral que necesita la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, porque vienen sugeridos por su médico tratante.

Por lo anterior, afirma que ello implicaría un menor costo para la EPS, toda vez que si las terapias se realizan por fuera de la ciudad, mayores serían los gastos.

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, el accionante solicitó Tutelar los derechos fundamentales invocados en esta acción y ordenar a la parte tutelada lo siguiente:

Que a la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, se le inicie un programa de intervención, que promueva el desarrollo de las habilidades afectadas, que le permita mejorar su salud y calidad de vida con una atención integral acorde con su dignidad humana como persona.

Del mismo modo, solicita que se ordene al Director de NUEVA E.P.S. JULIO HERRERA ARTEAGA, o quien haga sus veces, que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, se sirva ordenar le brinde los tratamientos y terapias

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

especializadas a su menor hija en la IPS NUEVO HORIZONTE, concernientes en : Caninoterapia, Terapia asistida con terapia ABA, Musicoterapia ABA, Terapia Comportamental, Terapia Miofuncional, Terapia del Lenguaje, Equinoterapia, Terapia Asistida con Caballos BOBATH, Neurodesarrollo BOBATH, Integral Sensorial, Terapia Ocupacional Basada en Neurodesarrollo hidroterapia, Consulta Domiciliaria, Orientación Familiar Asistencial, entre otros sugeridos por el médico tratante Dr. OSCAR BENITO REVOLLO, y todo tratamiento integral que requiera su hija , para brindarle una mejor calidad de vida. Además los gastos de transporte que se ocasionen en virtud a éstas terapias.

Que se ordene, al Director de NUEVA E.P.S. o quien corresponda, garantice las autorizaciones permanentes de todos los tratamientos y terapias que necesite la menor, en la periodicidad que ordenen los médicos y especialistas tratantes.

Por último, pide que se le brinde atención en forma integral, es decir, todo lo que la menor requiera en forma permanente y oportuna.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S.

Manifestó que la menor Carmen Villadiego, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de beneficiario a través de NUEVA EPS, el estado es afiliado activo, pudiendo acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud. La NUEVA EPS no ha vulnerado ningún derecho Constitucional fundamental a la salud, a la vida, igualdad, o dignidad humana de la menor, ni existe una acción u omisión que los ponga en peligro, por el contrario le ha brindado la asistencia médica requerida según los parámetros legalmente autorizados.

Expone que en cuanto a las terapias del lenguaje, estas pueden ser prestadas por su IPS primaria, debido a que se encuentran en el plan obligatorio de salud; con respecto a las terapias BOBATH, no están descritas en la literatura medica, no existen, es el apellido de la fisioterapeuta Bertha Bobath y su marido, quienes estudiaron la rehabilitación de personas con lesiones cerebrales o medulares que no es el caso del usuario.

Así las cosas, manifiesta que el anterior concepto, se aplica para la realización de las terapias físicas las cuales están incluidas dentro del pos y se brindan en la IPS primaria del usuario, en la que se busca la optimización de todas las funciones a través de la mejora del control postural y de los movimientos selectivos a través

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

de la facilitación de dichos movimientos, siempre orientado a las actividades de la vida diaria, lo cual se consigue a través de la realización de terapias físicas.

Afirma la representante de la accionada, que dichas terapias fueron prescritas por un médico particular, no adscrito a la red de prestadores de Nueva EPS, por lo que debe ser valorada por profesionales adscritos, y lo solicitado no está incluido en el pos.

De otro lado, declara, que La IPS NUEVO HORIZONTE no se encuentra dentro de la red de prestadores adscritos a Nueva EPS; en Sincelejo existe una IPS que realiza las terapias ABA, denominada CENIC, la que cumple la normatividad vigente para la prestación de los servicios en salud de pacientes con ABA y concluye aduciendo que no existe prueba que demuestre que la IPS mencionada no preste en debida forma los servicios de terapia ABA.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Fotocopia simple de la cedula de ciudadanía del accionante¹.
- Fotocopia del Registro Civil de la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA².
- Fotocopia de la Tarjeta de identidad de la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA³.
- Fotocopias de los carnets de la EPS, de la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, en calidad de beneficiario y de su padre en calidad de cotizante⁴.
- Copia de la Historia Clínica de la niña Carmen A. Villadiego Meza.⁵
- Respuesta a la solicitud de petición, suscrita por el Coordinador Medico Zonal de la entidad accionada⁶.
- Copia de la Historia Clínica suscrita por el médico fisiatra OSCAR BENITO REVOLLO y programas de la IPS NUEVO HORIZONTE⁷

¹ folio 14 c.pal.

² folio 15 c. pal.

³ folio 16 c. pal.

⁴ folios 17 y 18 c. pal.

⁵ folios 19 y 20 c. pal.

⁶ folios 21 a 23 c.pal.

⁷ folios 24 a 28 c. pal.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Declaración jurada del médico OSCAR REVOLLO ALVAREZ⁸

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 7 de septiembre de 2.012, amparó los derechos fundamentales de los niños, la dignidad humana, la vida en condiciones dignas, la atención especializados a los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos y el desarrollo integral de la menor CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, en consecuencia, ordenó a la entidad accionada NUEVA EPS, que en un término no mayor de 48 horas hábiles, realizará un diagnostico con médicos especialistas adscritos a la EPS, para que confirmen, modifiquen o descarten la prescripción médica sugerida por el galeno particular Dr. OSCAR BENITO REVOLLO.

Del mismo modo, manifestó el Despacho, que en caso que los especialistas adscritos a la EPS, realicen el chequeo médico y confirmen el tratamiento clínico, la accionada deberá autorizar en un término no mayor a 10 días hábiles siguientes a la fecha en que se profiera la orden, el tratamiento ordenado en la IPS NUEVO HORIZONTE zonal Sincelejo, toda vez que dicha entidad ofrece un tratamiento integral, completo en pro de la salud y bienestar de la menor, situación que no se evidencia en la red de IPS adscritas a la NUEVA EPS.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Gerente Zonal de la entidad accionada NUEVA EPS, impugnó el fallo de tutela, solicitando que sea revocado y como consecuencia de ello, declarar la improcedencia de la tutela, conforme en lo siguiente:

“Que no han violado el derecho fundamental a la salud, por cuanto ha autorizado el procedimiento por las coberturas POS, haciendo claridad que los demás tratamientos o procedimientos que no estén cubiertos por el POS, si manifiestan no tener la capacidad económica para cubrir con el tratamiento debe dirigirse a la entidad territorial de salud. Por lo cual solicitamos hacer parte de esta tutela al ENTIDAD TERRITORIAL DE SALUD para que sufrague el resto del valor del tratamiento”.

Consideran que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, que puede hacer valer.

⁸ Folios 38-39.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

X. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 27 de Septiembre de 2012, corregido en fecha 28 de septiembre del hogaño, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial, en la fecha 09 de Octubre de 2012, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 10 de Octubre de 2012.

XI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

11.1. La competencia.

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en **SEGUNDA INSTANCIA**.

11.2. Problema jurídico.

1. ¿Procede la acción de tutela para ordenar la práctica de terapias especializadas, no contempladas en el Plan Obligatorio de Salud, suministrada por una IPS que no esta en la red de contratantes de la EPS, del asegurado, siendo que el beneficiario de dichos tratamientos es un sujeto de especial protección Constitucional?

11.3. Procedencia de la Acción de Tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, que le permita al actor, solicitar ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Ahora bien, la salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política, como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. De manera tal, que le atribuye al Estado, la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

La Sala abordará el estudio del caso concreto a partir de los siguientes temas: (i) *El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela*; (ii) *protección constitucional para las personas con discapacidad*; (iii) *requisitos constitucionales respecto de servicios médicos excluidos del plan obligatorio de salud*; (iv) *precedente jurisprudencial sobre el asunto a tratar* (v) *caso concreto*.

11.4. El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela.

Sobre la procedencia de la acción de tutela como medio de protección; nuestro máximo tribunal constitucional se ha expresado en innumerables fallos como mecanismo eficaz para proteger el derecho a la salud, especialmente, el de los niños y niñas, sin importar otras situaciones como si los tratamientos o medicamentos requeridos tienen otra forma de protección.

Al respecto la corte constitucional en sentencia T855 de 2010, expresa:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el Juez Constitucional en los casos en que sea vulnerado.”⁹

El alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁰ los cuales hace parte el Estado Colombiano. (.....)

Así, esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la especial protección que se debe dar a un menor cuando padece alguna enfermedad, siendo obligadas las empresas promotoras de

⁹ Ver las sentencias T-137 de 2006, T-614 de 2007, T-127 de 2007, T-840 de 2007, T-862 de 2007, T-576 de 2008, T-282 de 2008, T-1081 de 2008.

¹⁰ Observación no. 14 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

salud a prestar los servicios de salud necesarios, inclusive cuando los procedimientos, medicamentos o los tratamientos no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud I I.

De este modo, en sentencia T-799 de 2006 la Corte destacó que “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales (...)”.¹²

Conviene agregar que en sentencia T-998 de 2007 se dispuso que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho¹³.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado¹⁴, esto es, cuando el menor está ante “a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”¹⁵ (SUBRAYADO FUERA DEL TEXTO)

Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional de ésta Corporación ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas. En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su

¹¹ Sentencia T-1211 de 2003, T-986 de 2006, T-695 de 2007, T-443 de 2004, T-650 de 2009, T-973 de 2006, T-840 de 2007 entre otros.

¹² Sentencia T-973 de 2006.

¹³ Sentencia SU-225 de 1998.

¹⁴ Sentencias T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998 y T-415 de 1998.

¹⁵ Sentencia T-864 de 1999.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños.¹⁶

De acuerdo con lo anterior y conforme a lo expuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, la doctrina constitucional ha considerado que la protección superior de la salud de los menores, también exige una demostración clara y contundente de la amenaza o vulneración del derecho a la salud.

En consecuencia, el derecho a la salud de los niños tiene una protección especial por la Constitución Política, por lo tanto no se requiere que este en conexidad con otro derecho para que sea protegido, por el juez Constitucional a través de la acción de tutela y puede ser objeto de protección, sin importar si lo solicitado y requerido por el niño esta o no en un Plan Obligatorio o subsidiado de salud.

Determinado como esta la procedencia de la acción de tutela como mecanismo eficaz para la protección de salud de los niños pasaremos a abordar, el tema de la procedencia de esta misma acción para las personas con discapacidad.

11.6. Protección constitucional para las personas con discapacidad.

La Sala encuentra que las personas con discapacidad a la luz del artículo 43 de la carta política del 91 y 13 del mismo estatuto, son personas de especial protección, a las que se les debe garantizar un tratamiento de una igualdad real y efectiva, tal como la ley 1306 de 2009 lo consagra.

De la intención legislativa puede resaltarse lo siguiente¹⁷:

“Hoy se estima que la patología de la mente abarca una amplísima gama de situaciones que tienen que ver con deficiencias en la capacidad cognitiva -o retraso mental-, desde los más graves, hasta aquellos leves y desde los más permanentes e irremediables, hasta los que pueden ser paliados mediante técnicas especiales de aprendizaje y entrenamiento terapéutico; y cubre también a quienes sufren serias desviaciones de conducta (trastornos mentales graves, según la Clasificación Internacional de Enfermedades, de la OMS) que los alejan de la realidad de manera esporádica o permanente, en una cantidad de grados, según las características y la gravedad de la enajenación.

En el presente proyecto de ley, si bien considera que todos los seres humanos con algún tipo o grado de discapacidad deben tener un trato preferente por parte del Estado y de la sociedad, tiene como fin primordial la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Al respecto es importante tener en cuenta que para efectos jurídicos,

¹⁶ Sentencia T-556 de 1998.

¹⁷ Gaceta del Congreso de la República N° 366 (año XVI), Págs. 16 y 17.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

la ciencia médica ha establecido que existen niveles de discapacidad, con diferente incidencia en el ámbito del derecho.

En consecuencia, tanto para la ciencia jurídica como para la ciencia médica el tratamiento de las personas con algún tipo de discapacidad ha sido una constante en la historia de la humanidad.”

Sobre esta expresión podemos afirmar, que se estableció como principios que deben orientar la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad el respeto de su dignidad, su autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia, la no discriminación por razón de discapacidad, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad, principios que *“tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta Ley”* (Art. 3°).¹⁸

Corolario de lo anterior, no solo existe la protección constitucional garantizada por un estado social de derecho que protege a las personas con situación de discapacidad, sino también una ley que desarrolla dichos principios, por lo tanto, no solamente la sociedad debe hacer mas fácil la vida de estas personas, sino que también están obligadas con mayor razón las entidades que por su función en la misma deben garantizarle la salud a los ciudadanos en Colombia y en especial a aquellos que requieren una protección mayor dada a su naturaleza física o mental ; luego al juez de tutela le corresponde hacer efectivo y velar por que así sea, los derechos constitucionales y legales de las personas con discapacidad, sean reales y no una simple retorica de igualdad normativa, para que se cumplan los fines del estado social de derecho que están plasmados en los artículos 1 y 2 de nuestra carta fundamental de derecho.

11.7. Jurisprudencia constitucional respecto de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Conocido es por la comunidad en general, incluido dentro de ella las EPS, cuales son los requisitos que deben cumplirse para que por medio de una acción de tutela se puedan ordenar tratamientos, medicamentos que estén por fuera de los planes

¹⁸ Ver sentencia citada (T- 855 de 2010)

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

obligatorios de salud. Esos requisitos son los que a continuación expone y reitera nuestro máximo Tribunal constitucional así:

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto Colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Señaló este Tribunal en sentencia T-760 de 2008:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.¹⁹”

Para la sala es claro, que todos los requisitos antes exigidos se cumplen, es decir, le están negando una posibilidad de recuperación a una niña por no estar algunos tratamientos o terapias dentro del plan obligatorio de salud, sin tener en cuenta que es una persona de especial protección como lo dice la jurisprudencia anterior, por lo tanto es procedente en este caso la tutela por que se encuentra en la misma condición de la jurisprudencia constitucional y no hay justificación alguna para la negativa por parte de la Nueva EPS, tal como lo expreso el juez de primera instancia.

11.8. Precedente Jurisprudencial fijado por la Honorable Corte Constitucional. Sentencia T-650 de 2009 y T- 855 de 2010.

Este Tribunal, considera que existen precedentes para casos similares como el utilizado por la Sala Octava de Revisión de la Honorable Corte Constitucional, la cual, resolvió unos asuntos cuyos hechos objeto de análisis eran semejantes al que aquí se debate; las consecuencias jurídicas empleadas a los supuestos de las controversias pasadas, constituye la pretensión presente, y la regla jurisprudencial

¹⁹ Sentencia T 650 de 2009.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

En efecto, en la sentencia T-650 de 2009, resolvió un tema bajo los siguientes supuestos de hecho: (i) los accionantes presentaban un diagnóstico denominado autismo y déficit cognitivo, (ii) solicitaron la protección de sus derechos fundamentales, ya que la respectiva EPS se negaba a autorizar la práctica de las terapias integrales que requerían con el único objeto de mejorar su salud. (iii) Los argumentos de la solicitud radicaba en la imposibilidad económica de efectuar el pago de las mismas, ya que este procedimiento se encuentra por fuera del POS, además aducían que la respectiva EPS no tenía la infraestructura para atender niños con discapacidad.

En dicha providencia, se consideró que el juez de tutela de instancia resolvió negar la solicitud bajo un argumento de plena formalidad, sin tener en cuenta los sujetos que reclamaban la protección ya que eran discapacitados. De igual forma sostuvo que el hecho de que no existiera solicitud del tratamiento al Comité Técnico Científico no era una instancia más entre el usuario y la EPS para negar la solicitud, considerando así que se estaba desconociendo el precedente jurisprudencial que sobre este tema ha fijado la Corte Constitucional; en ese proveído igualmente resolvió proteger los derechos a la vida, salud e igualdad de los accionantes y se ordenó a la E.P.S., practicar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requerían con necesidad. Además sostuvo que dichas terapias debían practicarse preferiblemente en el centro de capacitación “CENCAES” por encontrarse en el municipio de Soledad - Atlántico, lugar de residencia de los allí demandantes.

En este orden de ideas, existe otro pronunciamiento emitido por esa Corporación, es el caso de un menor que padece síndrome de down, y requirió el mismo tratamiento integral, el cual le fue ordenado en la sentencia T-855 de 2010, por lo que las consecuencias jurídicas aplicadas a esos casos pasados, serán los que deban aplicarse en el sub examine para respetar el precedente jurisprudencial fijado por el alto Tribunal, por las razones aquí anotadas. +

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entrará la Sala a resolver el asunto puesto a consideración.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

II.9. CASO CONCRETO

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por el señor JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL, quien actúa en representación de su hija CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, la cual padece una discapacidad (síndrome de Down), afiliado a la NUEVA E.P.S. dentro del régimen contributivo, el primero en calidad de cotizante, y la segunda como beneficiaria de los servicios médicos en salud.

Estima el tutelante, que la entidad accionada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a los niños, salud, vida en condiciones dignas, entre otros, a su menor hija; por cuanto, se niega ordenar los tratamientos y terapias especializadas (Caninoterapia, Terapia asistida con terapia ABA, Musicoterapia ABA, Terapia Comportamental, Terapia Miofuncional, Terapia del Lenguaje, Equinoterapia, Terapia Asistida con Caballos BOBATH, Neurodesarrollo BOBATH, Integral Sensorial, Terapia Ocupacional Basada en Neurodesarrollo hidroterapia, Consulta Domiciliaria, Orientación Familiar Asistencial), sugeridos por el médico tratante Dr. OSCAR BENITO REVOLLO (fisiatra), en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS.

Por su parte, la entidad demandada argumenta que ellos no se niegan a ordenar dichos tratamientos, solo que no lo harán en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS, por no hacer parte de su red de servicios de salud, también por que quien los ordenó o sugirió es un médico tratante no adscrito a la E.P.S.; manifestando además que los mismos pueden ser prestados en su IPS primaria llamada CENIC IPS en la ciudad de Sincelejo, la cual ofrece terapias ABA y no se ha probado que dicho centro no presté en debida forma las mismas; así mismo, solicito que se declare la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hechos y de derechos.

El juez de instancia tuteló los derechos incoados, ordenando la valoración de la menor CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA por un médico adscrito a la Empresa Prestadora de Salud NUEVA, dado el caso de que se requiera el tratamiento, se autorice a la IPS NUEVO HORIZONTE ofrecer la asistencia integral a la menor.

Así las cosas, tenemos que la entidad demandada no acoge la solicitud de ordenar las terapias y el tratamiento integral sugerido por el medico tratante Dr. OSCAR BENITO REVOLLO a la niña CARMEN A. VILLADIEGO MEZA, quien sufre de síndrome de Down, parálisis cerebral, hemiplejia derecha parcial, impidiendo con

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

ello, el patrón de marcha y desarrollo psicomotor adecuado, escaso lenguaje, sin control de esfínter nocturno por limitación para levantarse, por no estar adscrito a la red de médicos de NUEVA EPS.

La Corte Constitucional ha decantado una serie de jurisprudencia que tratan el tema del sub lite, como son, T-650 de 2009, T- 835 de 2005 y T- 151 de 2008, las cuales ordenaron el suministro de servicios de salud a pesar, que no fueron ordenados por médicos adscritos a las E.P.S. correspondientes, por tratarse de menores de edad que padecían de pubertad precoz e infección urinaria frecuente, respectivamente; por lo anterior, para la Sala no es de recibo lo argumentado por la representante legal de NUEVA EPS, para negar las terapias y tratamientos integrales a la niña CARMEN A. VILLADIEGO MEZA, así como tampoco lo de la IPS primaria CENIC IPS, que ofrece solo las terapias ABA, toda vez, que los tratamientos ofrecidos no son integrales, y no mejorarían la calidad de vida de la menor. (Folio 50 a 76)

Resulta importante resaltar la especial protección constitucional que se debe garantizar a la niña CARMEN ALICIA, ya que además de la obligación de protección por ser menor de edad, es necesario materializar la protección por su condición de discapacidad. En este orden de ideas, tenemos que las razones de la EPS Nueva, como se expresó, no son de recibo por esta colegiatura, ya que en reiteradas providencias emitidas por el Máximo Tribunal, se ha protegido el derecho a la salud a menores que por su condición de discapacidad no reciben una cobertura efectiva e integral en materia de salud.

En este contexto, no cabe duda de que el déficit cognitivo que padece la hija del demandante como una de las tantas patologías que pueden derivar en discapacidad, es una razón más que suficiente para protegerlo especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentra, pues no hacerlo sería ubicarla en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

Así las cosas, es evidente, que en el presente caso se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional al respecto, ya que el problema aquí debatido, tuvo una resolución favorable para personas que se encontraban en las mismas condiciones de discapacidad de la niña Carmen Alicia. Por lo que esta Sala a efectos de garantizar los principios de unidad, coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica procederá a dar aplicación a dicho precedente.

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

De las pruebas que obran en el proceso se encuentra que la IPS CENIC solo presentó la propuesta el 30 de agosto de 2012 a la Nueva EPS, luego cuando el señor JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL allegó la petición el 6 de junio de esta anualidad, la cual le dieron respuesta el 28 de ese mismo mes, no existía contrato con la IPS mencionada que le pudiera brindar la terapia ABA a la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, por ello, cuando se accionó la tutela no existía esa posibilidad de que se le prestase esas terapias puesto que no había una red prestadora de las mismas, dentro de los contratantes con la Nueva EPS. Por esta razón esta sala adicionará el fallo del juez de primera instancia en sentido que la infante VILLADIEGO MEZA sea atendida en CENIC IPS, para que se le apliquen terapias ABA, y no solo las terapias del lenguaje, sino todas las terapias que ella requiera. Además la valorarán en ese centro de rehabilitación y determinarán si esta terapia ABA requiere de un complemento como es el método BOBATH debido a la edad de la paciente, que son 16 años, y de pronto la caninoterapia y la hidroterapia no sean útiles, pero eso será determinado por esa IPS que dejará constancia de ello en la historia clínica, con la obligación de valorarse por el comité técnico científico de la NUEVA E.P.S., el resultado de la evaluación arrojada por CENIC IPS.

Adicionalmente, también ordenará esta Sala el servicio de transporte que se requiera para la prestación de las terapias de la menor VILLADIEGO MEZA y de un acompañante dado su condición de discapacitada; por este servicio se podrá direccionar su cubrimiento al FOSIGA; el cual por Ley está llamado a suplir cualquier excedente en lo no cubierto por el POS.

XII. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala concluye que la Nueva E.P.S., se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA, al no ordenar las terapias ABA, así, como las integrales especializadas de Equinoterapia, Musicoterapia, Hidroterapia, entre otras, ordenadas por el médico tratante, desconociendo que la menor es sujeto de especial protección constitucional; sin haber realizado una evaluación previa del estado clínico de la menor.

La respuesta al problema jurídico es que la acción de tutela si es procedente como lo ha dicho la Corte Constitucional para proteger aquellos tratamientos de recuperación integral de los niños y niñas con problemas de discapacidad, sin importar si las mismas están o no en un plan obligatorio de salud, con el objeto de

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

hacer efectiva la protección especial consagrada en la constitución para ese tipo de personas.

Por lo anterior, se confirmará y adicionará el fallo impugnado, en el sentido de que se le ordene de manera inmediata las terapias ABA en la IPS CENIC, la cual deberá realizar la valoración ordenada por el juez de primera instancia, así como la valoración de las terapias BOBATH de caninoterapia, hidroterapia y la restantes, debiendo enviar dicha valoración dentro del término establecido en el fallo de primera instancia al comité técnico científico de la NUEVA EPS para lo que corresponda.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el fallo el 9 de Septiembre de 2.012, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido que la niña CARMEN ALICIA VILLADIEGO MEZA sea atendida en CENIC IPS, para que se le apliquen terapias ABA, y no solo las terapias del lenguaje, sino todas las terapias que ella requiera. Además la valorarán en ese centro de rehabilitación y determinarán si esta terapia ABA requiere de un complemento como es el método BOBATH debido a la edad de la paciente, que son 16 años, así como la utilidad de los procedimientos de caninoterapia y la hidroterapia con el objeto de establecer su utilidad, pero eso será determinado por esa IPS que dejara constancia de ello en la historia clínica, con la obligación de valorarse por el comité técnico científico de la NUEVA E.P.S., el resultado de la evaluación arrojada por CENIC IPS.

Adicionalmente, también ordenará esta Sala el servicio de transporte que se requiera para la prestación de las terapias de la menor VILLADIEGO MEZA y de un acompañante dado su condición de discapacitada; por este servicio se podrá direccionar su cubrimiento al FOSIGA; el cual por Ley está llamado a suplir

Expediente: 2012 00043 01
Actor: JORGE LUIS VILLADIEGO BERTEL
Demandada: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2.012
Procedencia: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

cualquier excedente en lo no cubierto por el POS.; todo lo anterior en consideración a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Las órdenes antes mencionadas deberán cumplirse dentro de los 10 días ordenados en la providencia de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspecto el fallo de primera instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 037.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RIOS
Magistrado

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
Magistrado