



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL
SINCELEJO – SUCRE

Carrera 18 N° 20–34 Tercer Piso, Edificio Guerra, Tel. N°: (5) 2825355

Sincelejo, primero (01) de febrero de de dos mil trece (2013)

SENTENCIA T- 004/13

ACCIÓN DE TUTELA
RADICACIÓN N° 70001-33-33-009-2013-00008-00
ACCIONANTE: MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR
ACCIONADO: CAPRECOM E.P.S.

1. ASUNTO A PROVEER:

Cumplido el trámite de la acción constitucional de la referencia y estando dentro del término legal para hacerlo, procede el Despacho a dictar lo correspondiente:

2. ANTECEDENTES:

2.1. PRETENSIONES:

2.1.1. La señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, actuando en nombre y representación de su hija menor YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, solicita al Director de CAPRECOM E.P.S., se le inicie un programa de rehabilitación a su hija menor, que le promueva el desarrollo de las habilidades afectadas, y que le permita mejorar su salud y calidad de vida, con una atención integral acorde con la dignidad humana como persona.

2.1.2. También solicita que se ordene al Director de CAPRECOM E.P.S. señor LUIS JOSÉ FERNANDEZ YEPEZ o quien haga sus veces, que en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, se sirva autorizar a que se le brinden los tratamientos y terapias especializadas a su hija, en la IPS NUEVO HORIZONTE S.A.S., relativos a técnicas ABA Y BOBATH, concernientes en Musicoterapia Neurodesarrollo BOBATH, Terapia física, Hidroterapia, integración sensorial BOBATH, Terapia ocupacional basada en neurodesarrollo, entre otros, sugeridos por el doctor OSCAR BENITO REVOLLO y todo

tratamiento integral que requiera su menor hija para brindarle una mejor expectativa de vida. Además de los transportes que se ocasionen en virtud de éstas terapias.

2.1.3. Ordenar al director de CAPRECOM E.P.S. señor LUIS JOSÉ FERNANDEZ YEPEZ o quien corresponda, garantice que las autorizaciones de todos los tratamientos y terapias que se presten a la menor YISELA MISHELL sean en forma integral, permanente, oportuna, y en la periodicidad que ordenen los médicos y especialistas tratantes, para evitar presentar acciones de tutela en cada evento.

2.1.4. Autorizar a CAPRECOM E.P.S., de ser procedente en este caso, realizar el recobro de los dineros invertidos al FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS (FOSYGA).

2.2. SUPUESTO FÁCTICO:

2.2.1. Comenta la actora que en la actualidad se encuentra adscrita al Sistema General de seguridad Social en salud dentro del régimen subsidiario, afiliado a CAPRECOM E.P.S., en el cual aparece como beneficiaria de los servicios médicos en salud, su menor hija YINELLA MISHELL VERGARA ROMERO, identificada con el registro civil No 1.138.675.014, quien se encuentra afiliada desde el día 01 de diciembre de 2011.

2.2.2. Sigue relatando la actora, que su hija al momento de su nacimiento sufrió una Hipoxia Perinatal, y como consecuencia de lo anterior en la actualidad, la niña YINELLA MISHELL presenta alteraciones en el patrón del desarrollo evolutivo y conductas básicas para su edad, alteración del lenguaje e interacción.

2.2.3. Debido a los inconvenientes de salud que soporta la menor, CAPRECON E.P.S., le ha brindado algunos tratamientos de rehabilitación lacónicos y someros, por lo cual su sostén para llevar una mejor calidad de vida acorde con la dignidad humana, han sido prácticamente nulos. Este servicio que le han venido prestando ha sido fragmentario, porque no le han prestado tratamientos de técnica ABA y BOBATH, tales como, musicoterapia, neurodesarrollo BOBAT,



Terapia física, Hidroterapia, integración sensorial BOBAT, terapia ocupacional basada en Neurodesarrollo, entre otros. Programas éstos, que si permitirían un mejoramiento concluyente en las habilidades afectadas de la menor, ayudándolo a un mejor estado de salud físico, emocional, familiar y social, al igual que nosotros como familia.

2.2.4. Manifiesta la actora, que por tal razón presentó un derecho de petición el día 05 de junio de 2012 y recibido por la entidad el día 19 de junio de 2012, en donde solicita a CAPRECOM E.P.S. se sirva autorizar la prestación de los servicios de tratamiento integral en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS, dado que las terapias brindadas por ésta IPS, cubren una atención especializada y con todos los programas necesarios para una mayor superación en el bienestar de su hija menor, las cuales no han sido brindadas por la accionada mediante sus IPS adscritas.

2.2.5. Señala la actora que CAPRECOM E.P.S., mediante comunicación de fecha 03 de agosto de 2012, negó los servicios solicitados por ésta en su derecho de petición, aduciendo que esta entidad no tiene contrato vigente con la IPS NUEVO HORIZONTE.

2.2.6. Advierte la señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, que tras la negligencia de la entidad accionada en brindar la debida atención que requiere su menor hija, acudió al medico fisiatra Doctor OSCAR BENITO REVOLLO, quien determino y sugirió luego de examinar a la menor, que el tratamiento al padecimiento que afronta ésta, debe hacerse en la IPS NUEVO HORIZONTE SAS, por contar ésta con la dotación y tratamientos como son: tratamientos en técnicas ABA y BOBATH que consiste en Musicoterapia, Neurodesarrollo BOBATH, Terapia Física, Hidroterapia, Integración Sensorial BOBATH y terapia ocupacional, basada en neurodesarrollo, los cuales conllevarían a que su hija lleve una mejor calidad de vida.

3. ACTUACIÓN PROCESAL:

3.1. ADMISIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue presentada por el actor el 21 de enero de 2013 (fl.1-12), siendo admitida el día 22 de enero de 2013 (fl. 26).

3.2. NOTIFICACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA:

A la partes de les notificó de la existencia de esta acción así: a la E.P.S. accionada, mediante oficio No. 036 de fecha 22 de enero de 2012 (fl.30), recibido por la entidad el día 23 de enero de 2013 a las 3:40 p.m. y a la tutelante el 23 de enero de 2012, oficio que fue enviado a través de la oficina judicial y ésta a su vez por franquicia de la empresa de correos 472 (fl.3-27).

La entidad accionada, **CAPRECOM E.P.S."**, no contestó la presente acción, a pesar de habersele notificado de la manera señalada en el párrafo anterior.

3.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Al señor procurador se le notificó la presente acción mediante, el día 23 de enero de 2013 (fl.26), y éste en esta oportunidad no se pronunció.

4. CONSIDERACIONES:

4.1 PROBLEMA JURÍDICO:

¿La materia en estudio se contrae a determinar si la entidad CAPRECOM E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social, a la salud, a los derechos de los niños, a la vida en condiciones dignas y justas, la atención especializada a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y a un desarrollo integral a la menor YINELLA MISHELL VERGARA ROMERO, al negarle la remisión a la I.P.S. NUEVO HORIZONTE, para que le practiquen los tratamientos técnicos ABA y BOBATH, consistente en Musicoterapia, Neurodesarrollo BOBATH, Terapia Física, Hidroterapia, Integración Sensorial BOBATH y terapia ocupacional, basada en neurodesarrollo, al no estar adscrita a la misma, sugerida por el médico particular Dr. Oscar Benito Revollo?.

4.2 PRESUPUESTOS NORMATIVOS



4.2.1 La Acción de Tutela, Consagrada en el artículo 86 de la C.P., es un mecanismo subsidiario con que cuentan los ciudadanos para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Cuando existe otro medio de defensa, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Este Despacho es competente para conocer de esta acción, al haber sido propuesta contra CAPRECOM E.P.S., Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Comunicaciones. La legitimación pasiva la tiene CAPRECOM E.P.S., como entidad quien presuntamente vulnera tal derecho.

4.2.2. Legitimación por activa en la acción de tutela- La presente tutela fue iniciada por la señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, en representación de su hija menor YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, el despacho considera necesario traer a colación lo establecido en la normatividad referente a la presentación de este tipo de acción en nombre de otra persona.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹, estipula:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

"También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

"También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."
(Subrayado por fuera del texto)

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-065 de 9 de febrero de 2009, con M. P. Jaime Araujo Rentarías², precisó que la ley y la jurisprudencia constitucional permiten la interposición de la acción de tutela por medio de un tercero indeterminado cuando éste actúa a favor de quien se encuentra imposibilitado para promover su propia defensa ante el juez de tutela, sin la mediación de poderes. En tal sentido, tal actuación será legítima si el tercero

¹ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991

² Sentencia T-065 de 9 de febrero de 2009, con M. P. Jaime Araujo Rentarías

manifiesta actuar en calidad de agente oficioso y, cuando, de los hechos que sustentan la solicitud de amparo, se colige que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados se encuentra en una circunstancia que le impide su interposición directa.

4.2.3. Análisis jurisprudencial relacionado con los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la seguridad social, a la salud, a los derechos de los niños y a la vida en condiciones dignas y justas.

a). Dignidad humana.- Es aquella condición especial que reviste todo ser humano por el hecho de serlo, y lo caracteriza de forma permanente, es decir es una condición inherente a este, de la cual no se puede renunciar. Sobre el concepto de dignidad humana, la Corte en la Sentencia T-747 de 2003, manifestó lo siguiente³:

*"Es que el concepto de **dignidad humana** no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.*

En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.).

*La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". **Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.**" (negrilla y subrayado adicionado)*

b). Derecho a la vida- en condiciones dignas y justas.- Aparece establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución Política, como un valor superior que debe asegurar la organización política, pues tanto las autoridades públicas como los particulares deben propender por garantizar y proteger la vida humana y su desarrollo en condiciones dignas en especial, el derecho de aquellas personas que por su condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y en el mismo sentido; así pues, la H. Corte Constitucional en diferentes providencias ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste

³ Sentencia T-747 de 2003



debe interpretarse en un sentido integral de "existencia digna" conforme con lo dispuesto en el artículo 1º superior, que establece que la República se funda "en el respeto de la dignidad humana."⁴

c) Derecho a la seguridad social.- Está consagrado en el artículo 48 de la C.P., la cual lo concibe como un servicio público de carácter obligatorio que deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley. Además, es un derecho irrenunciable, de todos los habitantes del territorio nacional.

El papel que desempeña el derecho a la seguridad social dentro del marco constitucional fue precisado por la H. Corte Constitucional en sentencia T-468 de 2007 manifestando lo siguiente⁵:

"En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo".

d) Derecho a la salud.- Consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, el cual tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público⁶, sobre este punto la H. Corte Constitucional en sentencia T-200 de 2007, expresó:

*"...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) **en primer lugar**, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo*

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-060 de 2006.

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-468 de 2007

⁶ En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2º del texto constitucional.

*"(ii) **La segunda dimensión** en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos...".* (Negrillas fuera del texto original).

En razón a lo anterior, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En un estudio más amplio ésta misma Corporación en Sentencia T-760 de 2008, reiteró la abundante jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del derecho fundamental a la salud, en la cual expresó:

"La jurisprudencia ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental a la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S), (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,⁷ (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,⁸ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber⁹"

e) Derechos de los niños.- Nuestro máximo órgano constitucional ha reiterado en múltiples pronunciamientos que los derechos de los niños por mandato expreso de la Constitución Política (art. 44), prevalecen sobre los de

⁷ El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-076 de 1999, y T-344 de 2002.

⁸ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992, la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

⁹ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)" que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004).



los demás, por lo cual la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Acerca de la especial protección de la que son sujetos los niños y niñas, la Corporación en mención en sentencia T-974 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, ha referido que¹⁰:

"El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional."¹¹

Es decir, todos los niños y niñas gozan de una protección constitucional especial por mandato directo de la Constitución. Tratándose de los niños y niñas con discapacidad, esta protección es aún más reforzada. En este respecto, esta Corporación ha mencionado lo siguiente:

"La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad."

Del aparte jurisprudencial antes transcrito se concluye que el Estado debe ofrecer protección prevaleciente a los derechos fundamentales de los niños y de las niñas y es necesario que otorgue cabal ayuda efectiva, para remediar eficazmente la situación de inferioridad o desventaja, por tanto los menores con discapacidad física, sensorial y síquica son merecedores de atención especializada encaminada a lograr integración social y rehabilitación, hasta donde sea posible, ante toda clase de novedades de salud.

4.2.4. El Principio de libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS en el Sistema General de Seguridad Social en

¹⁰ Sentencia T-974 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-840 del 11 de octubre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Salud.-

La Ley 100 de 1993 introdujo como uno de los principios rectores del sistema el de "libre escogencia", previsto en el artículo 153 en los siguientes términos:

*"(...)4. **Libre escogencia.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley." (Subrayado fuera del texto).*

Así mismo, en los artículos 156 y 159 de la mencionada Ley, también se consagra que los afiliados al sistema tienen derecho de escoger "las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ellas ofrecidas", siendo entonces el derecho de "libre escogencia", además de una característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud una garantía para los afiliados.

En relación con el derecho a la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud nuestro alto tribunal constitucional en sentencia T-095 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, consideró:

*"Con todo, **el derecho a la libre escogencia de IPS no tiene carácter absoluto en nuestro Estado Social de Derecho, pues si bien el afiliado al SGSSS puede escoger la institución prestadora del servicio de salud, la misma debe ser elegida dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS, esto es, las IPS que exista contrato o convenio vigente.** En efecto, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece que las entidades promotoras de salud tienen entre sus funciones "Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia." (Subrayado por fuera del texto).*

Así pues, las entidades promotoras de salud deben garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la EPS debe tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios, IPS, salvo cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditada ante la Superintendencia Nacional de Salud. (Subrayado fuera de texto)

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS



receptora se brinde una prestación integral del servicio. Al respecto en la Sentencia T- 238 de 2003, la Sala Segunda de Revisión dijo:

"Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios". (Subrayado fuera del texto).

De igual forma, en la Sentencia T-614 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Séptima de Revisión consideró, que "las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos."

*Ahora bien, **aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo"** (En negrilla fuera del texto).*

4.3 EL CASO CONCRETO:

4.3.1 PRUEBAS: Dentro del presente plenario se encuentra como pruebas los siguientes documentos:

1. Fotocopia del registro civil de nacimiento de la niña YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, totalmente ilegible (fl. 13).
2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR (fl.14).
3. Fotocopia de carnet de salud expedido por la CAPRECOM E.P.S. de la niña YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO (FL. 13).
4. Fotocopia de la Historia Clínica y hoja de epicrisis -UCI expedido por la Clínica Santa María de la niña YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO (FL. 16-17).
5. Fotocopia de la comunicación de fecha 03 de agosto de 2012, suscrita por el Director Territorial de CAPRECOM, en donde le da respuesta al derecho de petición presentado por la actora el día 05 de junio de 2012 (fl. 18).
6. Fotocopia de la historia clínica, ordenes de remisión a terapias de rehabilitación, y fundamentación de los programas de rehabilitación prestados en la IPS NUEVO HORIZONTE. de la niña YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, suscrita por el doctor OSCAR BENITO REVOLLO (fl.

19-23).

4.3.2 La presente acción de tutela fue instaurada por la señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, en representación de su hija menor YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, así que atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia sobre la legitimación para instaurar este tipo de acción, es claro que la señora en referencia está legitimada para presentar la misma en representación de su hija menor, en esta la actora pretende que se ordene al Director de CAPRECOM E.P.S., para que autorice la iniciación de un programa de rehabilitación a su hija menor, y que se obtenga con éste el desarrollo de las habilidades afectadas en la salud de la menor al haber sufrido una Hipoxia Perinatal al momento de nacer, que este programa le permita mejorar su salud y calidad de vida, con una atención integral acorde con la dignidad humana como persona. También pretende la actora que la entidad a la que se debe remitir a la menor sea la IPS NUEVO HORIZONTE S.A.S, ya que ésta entidad es la que le puede brindar los tratamientos y terapias especializadas a su hija, relativas a técnicas ABA Y BOBATH, concernientes en Musicoterapia Neurodesarrollo BOBATH, Terapia física, Hidroterapia, integración sensorial BOBATH, Terapia ocupacional basada en neurodesarrollo, entre otros, permitiéndole lograr con estas terapias una mejor expectativa de vida a su hija menor.

Ahora, conforme el material probatorio allegado al expediente, se tiene que la menor posee en la actualidad la edad de 1 año y dos meses, tal como se observa en la historia clínica anexa al expediente a folio 16 y el carnet de afiliación a CAPRECOM E.P.S. (fl.15), los cuales registran la fecha de nacimiento de la misma, y que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el "régimen subsidiado" en calidad de beneficiaria vinculada a la entidad CAPRECOM E.P.S. Así mismo, aparece acreditado que padece la patología producida por secuelas de hipoxia perinatal descrita, como lo es alteración del patrón del desarrollo evolutivo y conductas básicas para la edad de la menor, alteración del lenguaje e interacción sin trastornos del comportamiento, y que a raíz de las mismas la tutelante acudió a consulta médica particular con el Fisiatra Dr. Oscar Benito Revollo, el día 04 de octubre de 2012 (fl 20), el cual le sugirió los tratamientos de estimulación con terapia física y de habilidades básicas (Musicoterapia, Caminoterapia, Hidroterapia, Equinoterapia, terapia ocupacional, Terapia de integración sensorial y



neurodesarrollo BOBATH, BOBATH, Integración Sensorial BOBATH, Terapia Ocupacional basada en Neurodesarrollo, más no especifica que se realicen en la IPS Nuevo Horizonte S.A.S. como pretende la actora, (Fls. 19-20).

De igual manera, se constató que la accionante elevó derecho de petición ante la entidad CAPRECOM E.P.S. el día 5 de junio de 2012 solicitando que el caso de su hija fuera atendida en la IPS Nuevo Horizonte S.A.S., en respuesta dada al mismo el día 3 de agosto, CAPRECOM E.P.S, a través del Director regional Sucre, le manifestó lo siguiente:

"Los servicios solicitados consistentes en la terapia física Integral en la IPS NUEVO HORIZONTE, no le podemos dar trámite por cuanto no tenemos contrato vigente con dicha entidad que permita prestar ese servicio, sin embargo procederán a dar trámite a su solicitud, entregando una autorización para el menor afiliado, que permita prestarle esos mismos servicios con la IPS CENTRO DE FISIOTERAPIA REAHABILITAR a cargo de la doctora MARTA CANTILLO MARTIN, ubicada en la carrera 22 No 16ª -116 teléfono No 3107438580, en la ciudad de Sincelejo, cumpliendo con esta obligación de atender a los afiliados de conformidad con la capacidad de oferta existente, que permita la prestación de los servicios de salud requeridos por usted en la petición.

Por lo anterior me permito anexar original de la autorización de servicios POS S-NUA 5749606, del 16 de julio de 2012, a nombre de la menor YINELLA MISHILL VERGAR ROMERO, identificada con el registro No 1.138.675.014, para que acceda al servicio de terapia física integral en la IPS CENTRO DE FISIOTERAPIA REAHABILITAR."(Fl 18).

Atendiendo las anteriores circunstancias, y bajo los supuestos jurisprudenciales aludidos en la parte considerativa de esta providencia, el despacho observa que la entidad accionada en ningún momento se ha abstenido de prestarle los servicios médicos que la menor pueda requerir, concretamente los tratamientos médicos a los que en forma precedente se hizo alusión, si no que por el contrario expresa que autorizó el trámite de las órdenes para que la menor sea atendida mediante las IPS adscritas a ella (*CENTRO DE FISIOTERAPIA REAHABILITAR*), la cual le puede brindar los mismos servicios de salud requeridos por la tutelante en su petición de fecha 05 de junio de 2012.

No obstante a pesar de lo expresado en el párrafo anterior, como respuesta emitida por la entidad demandada a la petición presentada por la tutelante, observa el Despacho que CAPRECOM E.P.S, a pesar de habersele notificado de la existencia de la presente acción, mediante oficio No. 036 de fecha 22 de enero de 2013, y recibido por la accionada el día 23 de enero de 2013 a las 3:40 p.m., omitió darle respuesta a la solicitud formulada por esta Judicatura, concerniente a que ejerciera su derecho de defensa, haciendo llegar dentro de

los tres días posteriores a la notificación del auto admisorio de la demanda, un informe acerca de los hechos de la misma, lo cual hace que se tengan como ciertos los hechos afirmados por la accionante, en el sentido de que la entidad le ha brindado algunos tratamientos de rehabilitación a la menor MISHHELL VERGARA ROMERO, pero que estos tratamientos han sido fraccionados y someros, y que no han permitido que la menor lleve una mejor calidad de vida, en fin que estos han sido prácticamente nulos.

DE igual forma a la usuaria, no se le ha dado la posibilidad de tener varias opciones, para efectos de escoger la que considere mejor para llevar un tratamiento efectivo. Como es evidente dentro de la ciudad existen otra IPS que presta los servicios solicitados, además de la autorizada por la EPS, por lo que no puede alegar la misma que no existen otras opciones diferencia a la ofrecida.

De otro lado tal como se advirtió, la EPS, no desvirtuó lo manifestado por la actora al manifestar que la IPS ofrecida cumplía con los elementos necesarios para realizar una tratamiento integral al padecimiento de la menor, por lo que debe entender que dicha IPS, no cumple esos requisitos, sin embargo, se observa que no aparece prueba que esta situación hay sido advertida por el médico tratante autorizado por la EPS o una junta médica que haya estudiado la solicitud de la afiliada.

Por todo lo anterior y atendiendo los múltiples pronunciamientos de nuestro máximo órgano constitucional que ha reiterado que los derechos de los niños por mandato expreso de la Constitución Política (art. 44), prevalecen sobre los derechos de los demás, este despacho en aras de proteger y garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, amparará los derechos fundamentales constitucionales invocados por la actora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, ordenándose a la Entidad promotora de Salud CAPRECOM E.P.S., que dentro del término de ocho (8) días siguientes a partir de la notificación de esta sentencia, se realice una junta médica en coordinación con el médico tratante de la menor, a fin de determinar lo siguiente: (i) si la IPS, contratada por CAPRECOM EPS, tiene las características necesarias para suministrar el debido tratamiento, que conlleve al mejoramiento de la salud, el desarrollo armónico e integral y de la calidad de vida de la menor YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, (ii) verificar si el



tratamiento ofrecido por dicha IPS, es prestado en iguales o mejores condiciones que en la IPS en la cual solicita la accionante sea tratada su mejor hija. En caso de que se lleve a la conclusión, por parte de la junta médica, que el tratamiento integral de la menor debe hacerse en la IPS indicada por la accionante, se deberán realizar los trámites dentro de los tres (3) días siguientes para que se preste dicho servicio de acuerdo a lo ordenado por dicha junta médica. En todo caso la decisión de la junta médica deberá velar porque se garantice el tratamiento integral a la menor.

Finalmente se ordenará la notificación de este fallo en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991; así mismo, el envío del expediente para la revisión eventual de la sentencia por parte de la H. Corte Constitucional, en caso de no ser impugnada, dentro del término señalado en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A:

PRIMERO: Tutelar los derechos constitucionales fundamentales invocados en nombre propio y en representación de su hija menor MISHHELL VERGARA ROMERO, a la señora MARIBEL ROMERO VILLAMIZAR, identificada con la C.C. No.64.703.107 expedida en Sincelejo

SEGUNDO: Ordénese a la Empresa Promotora de Salud CAPRECOM E.P.S., que realice dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta providencia, se realice una junta médica en coordinación con el médico tratante de la menor, a fin de determinar lo siguiente: (i) si la IPS, contratada por CAPRECOM EPS, tiene las características necesarias para suministrar el debido tratamiento, que conlleve al mejoramiento de la salud, el desarrollo armónico e integral y de la calidad de vida de la menor YINELLA MISHHELL VERGARA ROMERO, (ii) verificar si el tratamiento ofrecido por dicha IPS, es prestado en iguales o mejores condiciones que en la IPS en la cual solicita la accionante sea tratada su mejor hija. En caso de que se lleve a la conclusión, por parte de la junta médica, que el tratamiento integral de la menor debe

hacerse en la IPS indicada por la accionante, se deberán realizar los trámites dentro de los tres (3) días siguientes para que se preste dicho servicio de acuerdo a lo ordenado por dicha junta médica. En todo caso la decisión de la junta médica deberá velar porque se garantice el tratamiento integral a la menor.

TERCERO: Por Secretaría, Notifíquese este fallo en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada la presente decisión, remítase la presente actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término señalado en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez

SECRETARÍA
Hoy _____ de _____ de 2012, notifico PERSONALMENTE la providencia anterior al señor PROCURADOR 104 JUDICIAL I Delegado ante los Juzgados Administrativos, quien enterado, firma.
EL PROCURADOR