

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **26-2020-00199-00**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 26 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de la localidad de Kennedy, de fecha 24 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora CARMENZA MENDOZA RAMÍREZ en representación de su hijo DIEGO ALEJANDRO BALLESTEROS MENDOZA solicitó el amparo de los derechos fundamentales denominados *“fundamentales a la vida, salud, mínimo vital, seguridad social, educación y dignidad”*, los cuales consideró fueron lesionados por CAPITAL SALUD EPS.

Como sustento fáctico señaló que su hijo tiene 26 años, que es una persona discapacitada, pues padece de *“hipoacusia”* y presenta problemática de consumo de sustancias psicoactivas, que se encontraba adelantando el tratamiento respectivo en la Fundación Cotein desde diciembre de 2019 y que por orden del comisario de familia solicitó a Capital Salud E.P.S., la asignación de intérprete de lengua de señas para poder comunicar el programa del tratamiento psicológico sugerido por esa entidad.

No obstante al haber elevado la petición el pasado 12 de marzo ante la E.P.S. aquí accionada la misma negó dicho programa, agrega la actora que carece de los recursos para sufragar este servicio y que la accionada no cumple con el programa de *“modalidad de protección a fortalecimiento de capacidades de las personas, niños (as) adolescentes con discapacidad y sus familias”*

Agrega que por la no prestación del servicio por parte de la EPS CAPITAL SALUD- se está violando los derechos fundamentales constitucionales, de su hijo, ya que el máximo guardián de la constitución a dispuesto que aún en los casos en que el tratamiento solicitado por la persona no sean suficientes y este se encuentre condenado a no rendir los frutos que de él espera el enfermo, debe suministrarse pues tiene todo el derecho de incubar la ilusión de seguir viviendo con calidad de vida.

Y finaliza su participación indicando que a pesar de la condición de salud su Hijo DIEGO ALEJANDRO BALLESTEROS MENDOZA el mismo tiene derecho a llevar una vida en condiciones dignas, considerando que con la negación en la prestación de los SERVICIOS en la ASIGNACIÓN DE UN INTÉRPRETE DE LENGUA SEÑAS, están violando los derechos fundamentales constitucionales

Lo pretendido

Por medio de esta acción, solicita la actora para su hijo que se protejan los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la educación en conexidad con el derecho a la vida digna, y se ordene a la E.P.S., CAPITAL SALUD el autorizar y prestar el servicio médico interdisciplinario de intérprete de lengua señas para DIEGO ALEJANDRO BALLESTEROS MENDOZA y pueda continuar el tratamiento psicológico ordenado por el comisario de familia de suba 1.

Trámite de la primera instancia.

Por auto del 10 de junio del año en curso, el juzgado 26 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Urbe, admitió la presente acción en contra de CAPITAL SALUD E.P.S., y ordeno la vinculación al presente trámite constitucional a de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – ADRES, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., FUNDACIÓN COTEIN, A LA SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y la COMISARÍA DE FAMILIA SUBA UNO (1),

Así mismo, mediante proveído de 19 de junio de 2020, se vinculó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia -MINTIC y a la Federación Nacional de Sordos de Colombia - FENASCOL.

A su turno la Fundación Cotein manifestó que Diego Alejandro Ballesteros Mendoza fue valorado el 17 de junio, sin señalar de que año, bajo comunicación escrita debido a su condición de hipoacusia y la falta de conocimiento de lenguaje de señas; por lo que ha adelantado el plan de tratamiento requerido, el cual se encuentra limitado ante la ausencia de intérprete de señas, motivo por el cual solicitó a la familia del paciente dicho servicio.

En su oportunidad, el Comisario Primero de Familia Suba indicó que el equipo de trabajo de esta entidad se encuentra en aislamiento preventivo y en trabajo virtual, ante la confirmación de un caso positivo de Covid-19 de uno de sus funcionarios, razón por la cual no tiene acceso al expediente, no obstante lo anterior, manifestó que atendió una acción de protección en favor del accionante y haber dispuesto medidas de protección con fundamento en la ley 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008 y ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, y a la E.P.S. que la persona con discapacidad auditiva pudiera “acceder en igualdad de condiciones a los ajustes razonables de acompañamiento por interprete en lengua de señas que permitiesen asumir el proceso terapéutico”, en aras de prevenir situaciones de violencia intrafamiliar.

Que “el cumplimiento de los ajustes razonables institucionales, además de ser una garantía a la plena realización del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, se ofrece como una herramienta en el marco del amparo a la dignidad humana en el campo de las relaciones familiares”, por ello durante el trámite de la audiencia se garantizó el intérprete de señas; que en su oportunidad se entregó copia del expediente a cada una de las partes y se comunicó lo adoptado a las respectivas entidades.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, expuso que Diego Alejandro Ballesteros Mendoza, se encuentra activo en el régimen subsidiado en salud a través de Capital Salud E.P.S., que no es el superior jerárquico de la accionada; que corresponde a la Secretaría de Integración Social estudiar la viabilidad del servicio de intérprete de señas y a Capital Salud E.P.S., garantizar los servicios en

salud, circunstancias que conforman la falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó su desvinculación en la presente acción.

A su turno, el Ministerio de Salud y Protección Social sostuvo que en el presente asunto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud, y que el servicio de *“intérprete de lengua de señas”*, no se encuentra financiado con dineros del SGSSS; que es obligación de la EPS garantizar de forma oportuna el acceso a los servicios de salud de sus afiliados a través de las IPS con las cuales tenga convenios o contratos.

La Secretaría de Integración Social expuso que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a los actores, en razón a que dentro de sus funciones no se encuentra la atención de servicios en salud frente a personas con discapacidad, tratamiento de pacientes con el diagnóstico que posee el tutelante, ni la asistencia de intérprete de señas y que los servicios ofrecidos para esta población son de carácter social; que la obligación de suministrar el intérprete de señas recae en la accionada y que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) y la Federación Nacional de Sordos de Colombia (FENASCOL) *“crearon los Centros de Relevo, a través de los cuales las personas sordas pueden comunicarse con cualquier persona oyente del país, solicitar el servicio de interpretación cuando necesiten ser atendidos en las diferentes instituciones o entidades del país, acceder al conocimiento y uso de las TIC, entre otros”*.

Por su parte, la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., expresó que no ha vulnerado ningún derecho a la actora, toda vez que ha garantizado de manera diligente la prestación de los servicios requeridos y adujo falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que la E.P.S. es la encargada de garantizar al usuario *“la continuidad y efectividad en la prestación de los servicios”*.

Capital Salud E.P.S. manifestó que garantiza la prestación de los servicios conforme lo establece el SGSSS; que no cuenta con orden médica debido a que en el presente caso el servicio es requerido como parte del programa social ofrecido por la Comisaría de Familia; y que para el acceso a intérprete de señas podrá hacer uso de *“el servicio del centro de relevos de manera virtual para el que solo se requiere un computador o un celular y totalmente gratis se puede acceder al servicio de interpretación de señas; como se evidencia en la página <https://centroderelevo.gov.co/632/w3-channel.html>”*, y que existe ausencia de responsabilidad subjetiva unilateral, al tratarse de una orden compleja que va en contravía de la normatividad que rige el SGSSS, por encontrarse excluido del plan de beneficios en salud el servicio requerido.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia – MINTIC indicó el estricto cumplimiento a sus funciones en relación con la formulación y promoción de programas que benefician a la población discapacitada, para lo cual junto con la Federación Nacional de Sordos de Colombia – FENASCOL diseñó el centro de relevo, el cual ofrece contenido para personas con discapacidad auditiva y herramientas de comunicación mediante intérpretes de lengua de señas virtuales, que facilitan la comunicación con su entorno, lo anterior de manera gratuita y las 24 horas del día, de igual forma invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido que lo solicitado escapa de su competencia.

Finalmente, la Federación Nacional de Sordos de Colombia – FENASCOL, por medio del representante legal de la entidad, señaló que en aquel ente se prestan los servicios de interpretación a distintas entidades públicas y privadas que lo

contratan, además de que opera en convenio con el Ministerio de las TIC el Centro de Relevó, siendo este un proyecto de servicio social exclusivo para el uso de las personas sordas y no de las entidades públicas o privadas que lo requieran.

Y en lo que respecta al caso en concreto refirió que la EPS SALUD CAPITAL alega que es un servicio que no está incluido en el POS, mas sin embargo aclara que la ley 1618 de 2013 en su artículo 14, señaló que *“ACCESO Y ACCESIBILIDAD, numeral 1. Señala explícitamente: Corresponde a las entidades públicas y privadas encargadas de las prestación de los servicios públicos de cualquier naturaleza, tipo y nivel, desarrollar sus funciones, competencias, objetos sociales, y en general, todas las actividades, siguiendo los postulados del diseño universal, de manera que no se excluya o limite el acceso en condiciones de igualdad, en todo o en parte a ninguna persona en razón de su discapacidad. Para ellos dichas entidades deberán diseñar, implementar y financiar todos los ajustes razonables que sean necesarios para cumplir con los fines del artículo 9° de la ley 1346 de 2009”*

Y solicitó la desvinculación de FENASCOL de la presente acción de tutela de acuerdo con lo antes citado, toda vez que no se puede evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales por parte de FENASCOL a favor de la actora.

La sentencia impugnada.

El juez de primer grado decidió conceder el amparo de tutela, luego de determinar que la actora tiene la necesidad de que le presenten el servicio de salud asistencial que requiere, y ordeno a la EPS CAPITAL SALUD a que designe uno o varios médicos adscritos a la red de servicios, para que examinen y determinen *“la necesidad del servicio de intérprete de lengua de señas”*, atendiendo las especiales condiciones del paciente.

Ello bajo los términos y condiciones que son necesarios dentro del trámite administrativo que se adelanta en la comisaria de suba.

La impugnación.

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la EPS CAPITAL SALUD, optó por impugnar el fallo de tutela.

Fundando su desacuerdo en que, se debe REVOCAR las órdenes dadas, en la sentencia, por cuanto CAPITAL SALUD EPSS garantiza todo el servicio de SALUD a favor de señor Ballesteros de manera integral, siempre y cuando este cumpla con la normatividad del SGSSS, y que exista una orden emitida por profesionales adscritos a la entidad en base a la autonomía médica y a la pertinencia definida por la ciencia.

Es decir Capital Salud EPSS garantiza la atención a través de sus IPS adscritas, sin embargo, teniendo en cuenta que en este caso en particular los servicios no se están garantizando en la entidad si no como parte de un programa social de la COMISARIA DE FAMILIA no es viable que se garantice este servicio en especial, ya que en sí mismo no es un servicio de salud por ende esta taxativamente excluido de las coberturas del SGSSS para el acceso a cualquier servicio fuera de la atención que se garantiza a través de los prestadores de salud.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

Legitimación por activa y por pasiva.

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “*se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*”. En fallo T-202 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento en el principio de solidaridad, ante “*la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa*”, agregando:

“El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.

Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aún sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.”

Corresponde entonces al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo su defensa. En los antecedentes expuestos se evidencia que en todos los casos bajo estudio los agenciados padecen enfermedades que en la

mayoría de los eventos implican postración en cama y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual muestra como verosímil la imposibilidad física que ellos tienen para ejercer su propia defensa, la que en varios de esos casos ejercieron personas del más cercano núcleo familiar respectivo, dándole plena viabilidad a su ejercicio.

Prestación de servicios de salud, sin órdenes medicas

Sea lo primero afirmar que incluso antes de que en la sentencia T-760 de 2008 en la cual la Corte Constitucional recogió las facetas de protección del derecho a la salud, aquella Corporación ya se había pronunciado en el sentido de que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, pues así lo plasmó en la sentencia T-859 de 2003., Esto en marco de un caso en el cual se negó la prestación de un servicio de salud a un afiliado bajo el argumento de que no estaba incluido en el POS, la Corte sostuvo que:

“(...) tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”

De esta forma, la Corte pasó de proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal, a garantizar hoy su goce efectivo por vía de tutela, reconociendo su naturaleza fundamental y su autonomía. El derecho a la salud está comprendido por diferentes facetas. Las que pueden ser traducibles en derechos de contenido subjetivo; en esos casos, es un derecho justiciable en sede de tutela cuando quiera que resulte amenazado o violado. No es necesario o indispensable, entonces, que estén en riesgo los derechos a la vida o a la integridad personal para que el juez de tutela pueda protegerlos. Así lo ha reconocido esta Corte, por ejemplo, en la sentencia T-815 de 2012

Ahora bien, una de las facetas que se protege del derecho a la salud es aquella de acuerdo con la cual todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que son ordenados por el médico tratante. Explica la Corte que el médico tratante es aquel especialista que valora el estado de salud de un usuario, y mediante su conocimiento científico, establece el tratamiento médico a seguir. No obstante, ha advertido la Corporación que el profesional tratante no debe ser necesariamente una persona adscrita a la red de servicios de la EPS a la cual el paciente se encuentra afiliado.

Bajo ese entendido, la Corte protege por vía de tutela, aquellos casos en los cuales un paciente recibe una orden de servicios de un médico externo, y la EPS niega el suministro aduciendo que sólo puede autorizar medicamentos y procedimientos que sean ordenados por los profesionales adscritos a esa entidad.

Así, en la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional se manifestó sobre el derecho que tienen los usuarios del Sistema de Salud a que sus entidades de responsables valoren de forma adecuada el contenido de las órdenes emitidas por médicos externos, sobre una condición de salud particular. Estimó la Corporación que no es constitucionalmente admisible que una entidad de salud niegue un servicio, aduciendo que éste fue ordenado por un médico no adscrito, pues a pesar de que aquél no está vinculado a la red de servicios de la entidad, *(i) su concepto es profesional, y (ii) puede contener consideraciones sobre la salud del paciente, que la entidad responsable no conoce. Así, la respuesta a un usuario negando un servicio, y que tenga como consideración principal que el mismo fue ordenado por un médico externo, vulnera su derecho fundamental a la salud.*

Siguiendo estos parámetros, ha establecido la Corte que la respuesta de la entidad, frente a una petición de un servicio que no ha sido prescrito por un médico adscrito a su red de servicios, debe tener un contenido mínimo. En la sentencia T-760 de 2008 ya citada, la Sala Segunda de Revisión estimó que cuando quiera que una entidad de salud tenga noticia de que un usuario requiere un servicio médico que ha sido ordenado por un profesional externo, debe valorar el contenido de dicho dictamen, y establecer, mediante razones de pertinencia médica, si el servicio garantiza el goce efectivo del derecho a la salud del usuario. En caso afirmativo, siguiendo la reglas de acceso a los servicios de salud que son requeridos, debe, asimismo, ordenarlo. De lo contrario, si la entidad, con esas mismas razones aduce que el servicio no debe ser suministrado, debe indicarle al paciente la razones de la negación, y señalar cuál es el servicio médico que sustituye el ordenado inicialmente. Finalmente, en caso de que el servicio sea ordenado parcialmente, por ejemplo, en caso de un tratamiento que se compone de varios servicios, pero la entidad aduce que uno de ellos debe modificarse o complementarse, deberá indicar al usuario tal situación.

Caso en concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso en específico, ha de decirse que el despacho analizará, la impugnación presentada por parte de CAPITAL SALUD S.A.S., dentro del marco de la no satisfacción de la entidad al respeto de la carga impuesta por el Juez de primera instancia, ya que esta lo observa desproporcional, ya que la orden emitida del *“servicio de intérprete de lengua de señas”* fue dada durante un trámite administrativo que tuvo lugar en una comisaria de familia.

En lo que respecta a la orden emitida por el juez de instancia, se tiene que aquella no es una directriz directa de prestación del servicio que se denominó por parte de la actora como *“la necesidad del servicio de intérprete de lengua de señas”*, sino que por el contrario se le insta a la EPS aquí impugnante que deberá crear un grupo multidisciplinario que establezca la necesidad de entregar el servicio, atendiendo a las condiciones del paciente, y si esta es procedente, se le deberá entregar el servicio asistencial al afiliado.

Sin que bajo ninguna orbita se hubiere dicho en la providencia atacada que la EPS debería entregar el servicio al señor Ballesteros, con la orden emitida por el Comisario de Familia que conoció el caso de la medida de protección No. 953 A-19 R.U.G. No. 3030 de 2019, pues como se dijo se dio la orden de revisar el caso bajo los parámetros médicos en pro de dar una calidad de vida pertinente para el multicitado señor Ballesteros.

Ahora bien, se debe hacer la claridad que el profesional de señas deberá ser suministrado, siempre y cuando el señor Ballesteros se encuentra vinculado al tratamiento terapéutico para la superación del consumo de sustancias psicoactivas y teniendo en cuenta, si el plan no es prorrogado o es abandonado por el citado.

Por lo tanto, se deberá modificar y aclarar a la EPS CAPITAL SALUD, que la orden dada por el Juez Constitucional de primera instancia está atada a que el señor Ballesteros continúe el tratamiento de sus patologías, y esto fue algo que en su oficio si reguló el Comisario de Familia, dentro de la medida de protección No. 953 A-19 R.U.G. No. 3030 de 2019.

Por todo lo citado, se colige que los reparos que son sustento de la impugnación aquí resuelta no tendrán prosperidad total, así que, este despacho CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ la sentencia de fecha 24 de junio de 2020, emitida por el Juzgado 26 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Kennedy.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 26 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Kennedy, de fecha 24 de junio de 2020, por la razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo la parte resolutive de la sentencia de fecha 24 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 26 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Kennedy, en el sentido de establecer que la asistencia allí otorgada estará supeditada a que el señor DIEGO ALEJANDRO BALLESTEROS MENDOZA se encuentre activo en el tratamiento de terapéutico para la superación del consumo de sustancias psicoactivas (SPA).

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a todos los interesados por el medio más expedito y al Juzgado de origen remítase copia del fallo para lo de cumplimiento.

CUARTO: REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

Firmado Por:

AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ

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:

44e987465fc57853cdeb3ee67e8c87228c3ec6eae12dd5c76eb9371a46ae075

Documento generado en 23/07/2020 05:32:49 p.m.