

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 36-2020-1481-01
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Libi Berfalia Quistanchala Yaguapaz en representación del menor Samuel Rosero Quistanchala
Accionada: Famisanar EPS
Vinculadas: Fundación Hospital de la Misericordia, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Salud y Protección Social
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite pertinente, resuelve el Juzgado la impugnación interpuesta por Famisanar EPS en contra del fallo de fecha 16 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado Treinta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, previo los siguientes:

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

La accionante propone acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a vida y a la salud de su menor hijo Samuel Rosero Quistanchala con base en los siguientes hechos:

1.1.- Que el menor se encuentra afiliado a Famisanar EPS.

1.2.- Que padece de retardo en el desarrollo psicomotor, trastorno de deglución, síndrome de west, enfermedad neurodegenerativa, hipotonía, microcefalia, displasia pulmonar dependiente de oxígeno, discapacidad intelectual severa y dependencia total de otra persona.

1.3.- Que con ocasión de las referidas patologías su médico tratante le prescribió los medicamentos denominados Clobazan Urbandan, Vigabatrina, Acido Valprohico de Paquekene, los cuales no fueron

entregados de manera oportuna por parte de la accionada para los meses de julio agosto y septiembre de 2020, situación que ocasionó que el menor perdiera continuidad en su tratamiento y, por ende, que se presentaran episodios de convulsiones.

1.4.- Que la accionada no autorizó la entrega de la silla sanitaria en aluminio, pastico inyectado plegable con cuatro ruedas, con freno y correa de sujeción en velcro, ordenada por su médico tratante.

2.- Las pretensiones.

En síntesis, la accionante a través de la presente solicitud de amparo pretende:

2.1.- Que se ordene a Famisanar EPS, la prestación de los servicios médicos ordenados por el médico tratante, así como, la autorización y entrega de los medicamentos e insumos requeridos, incluida la silla sanitaria en aluminio, plástico inyectado plegable con cuatro ruedas, con freno, con correa de sujeción en velcro.

3.- La Actuación.

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, quien mediante providencia del 07 de diciembre de 2020 procedió a su admisión, otorgando al extremo accionado el término perentorio de un (1) día para que ejerciera su derecho constitucional a la defensa y allegara la documental que estimara necesaria.

Igualmente, se vinculó a la Fundación Hospital de la Misericordia, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social.

4.- Intervenciones.

Advierte el Despacho que obran en el plenario informes remitidos por la

Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar EPS, del Hospital de la Misericordia y del Ministerio de Salud.

5.- La Providencia de Primer Grado.

En sentencia de fecha 16 de diciembre pasado, el *a quo* concedió el amparo solicitado por la actora, exponiendo los siguientes argumentos **(i)** que la ayuda técnica ordenada por el galeno a favor del menor, si bien no tiene como fin el restablecimiento de su salud, si busca garantizarle unas condiciones de vida digna, pues está claro que el niño no cuenta con capacidad para movilizarse de forma autónoma, por lo que requiere la asistencia permanente de otra persona y el insumo ordenado facilitará su atención y seguridad; **(ii)** que se trata de un producto que no puede ser reemplazado por otro que si esté incluido, expresamente en el PBS y aunque las especificaciones técnicas no permiten colegir, por sí solas, que se trate de un producto de alto costo, cierto es que, la actora manifestó de forma fehaciente la imposibilidad en que se encuentra de asumirlo, razones suficientes para acceder a la protección invocada, pues está claro, que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales determinados para ello; **(iii)** que en relación con los medicamentos Clobazan Urbandan, Vigabatrina, Ácido Valprohico de Paquekene, aunque la entidad enjuiciada demostró que hizo entrega efectiva en el mes de noviembre, no puede pasar por alto el despacho lo afirmado por la accionante, quien resaltó sobre la necesidad de que la EPS autorice y garantice la entrega en oportunidad de todas las prescripciones dispuestas por los galenos tratantes para el manejo de las patologías que aquejan a su hijo, como quiera que, en reiteradas oportunidades la convocada ha suspendido o demorado la entrega lo que repercute directamente en la efectividad del tratamiento; **(iv)** que demostrado como se encuentra que el paciente cuya protección se procura, presenta una serie de patologías que exigen atención inmediata, sin interrupciones y sistemática, máxime si se toma en consideración que, se trata de enfermedades progresivas, severas, permanentes y debilitantes, que lo mantienen en estado de discapacidad y dependencia, se impone acceder al tratamiento integral solicitado.

6.- La Impugnación.

Inconforme con la decisión del a quo Famisanar EPS, impugnó el fallo de primera instancia argumentando:

“Que el servicio ordenado por el A quo, esto es; “...SILLA SANITARIA EN ALUMINIO PLÁSTICO INYECTADO, PLEGABLE CON CUATRO RUEDAS, CON FRENO, CON CORREA DE SUJECCIÓN EN VELCRO S ...” no se puede financiar con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud, con cargo a la UPC Resolución 3512 de 2019 y mucho menos al presupuesto máximo establecido en la Resolución 205 de 2020 por medio de la cual se establecen disposiciones con relación con el presupuesto máximo, para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS.

(..)

La SILLA SANITARIA EN ALUMINIO PLÁSTICO INYECTADO, PLEGABLE CON CUATRO RUEDAS, CON FRENO, CON CORREA DE SUJECCIÓN EN VELCRO es un insumo que no cumple con los principios de conexidad y finalidad con la patología del paciente por ser una ayuda técnica que permite el desplazamiento del paciente, más no sirve como tratamiento para superar la patología que aqueja al usuario, por lo tanto, no se constituye en un dispositivo médico propiamente que salvaguarde la vida.

(...)

el A quo omitió ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reintegrar a la EPS Famisanar S.A.S. los recursos destinados al suministro de servicios excluidos (como el ordenado) de la financiación con recursos públicos del SGSSS a través de la UPC Resolución 3512 de 2019 y del Presupuesto Máximo Resolución 205 de 2020 dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la prestación del servicio ordenado por el Despacho Judicial; en vista de que el procedimiento administrativo de recobro ya no se encuentra en el ordenamiento jurídico.

(...)

No es procedente que se conceda el tratamiento integral en tanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS que represento, haya vulnerado o pretenda negar deliberadamente el acceso a la afiliada de servicios a futuro”

CONSIDERACIONES

1.-Competencia

Este juzgado es competente para conocer de la impugnación del fallo de primera instancia, a términos de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver

Corresponde a esta sede judicial determinar si a través de la presente acción preferente y sumaria resulta procedente ordenar el suministro de la “silla sanitaria en aluminio plástico inyectado, plegable con cuatro ruedas, con freno, con correa de sujeción en velcro” así como, el tratamiento integral en favor del menor agenciado.

3.- Derecho a la salud

Con relación al carácter del derecho a la salud la Corte Constitucional en Sentencia T-124 de 2009, Magistrado Ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto, sostuvo:

“De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

(...)

“El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”

Y, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”

Por consiguiente, la Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales.

3.1. Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad.

Respecto del particular la Corte Constitucional mediante sentencia T-239 de 2019, dispuso:

“Las EPS no pueden aducir dificultades administrativas o de trámite para suspender o negar servicios de salud requeridos por los pacientes, menos aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y/o revisten las calidades de sujeto de especial protección constitucional”

3.2.- Del acceso a los servicios y medicamentos excluidos del Plan de Beneficios en Salud

Igualmente, en sentencia T-485 de 2019 se pronunció frente al tema y puntualizó;

“El sistema de salud contempla tres escenarios cuando un servicio, procedimiento, medicamento o insumo sea requerido por un usuario, a saber: “(i) que se encuentren

incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC; (ii) que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; (iii) que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017”

4.- Caso concreto

Descendiendo al caso objeto de estudio, de los hechos expuestos en el escrito de tutela y de la historia clínica aportada con el mismo, se desprende que el menor aquí representado padece de las patologías denominadas “retardo en el desarrollo psicomotor, trastorno de deglución, síndrome de West, enfermedad neuro degenerativa, hipotomía, microcefalia, displacia pulmonar, dependiente de oxígeno las 24 horas y discapacidad intelectual severa”, por lo cual su médico tratante le prescribió los medicamentos referidos en el acápite de los hechos, además, de una “*silla sanitaria en aluminio plástico inyectado, plegable con cuatro ruedas, con freno, con correa de sujeción en velcro*”, la cual no fue autorizada por Famisanar EPS.

En razón a lo anterior, en el fallo impugnado el *a quo* le ordenó a la entidad accionada autorizar y entregar al menor el citado elemento conforme la orden impartida por el médico tratante el 22 de octubre pasado, decisión que de acuerdo al precedente jurisprudencial atrás citado luce ajustada a los preceptos legales y constitucionales que gobiernan el tema.

Nótese que el sujeto titular de las garantías fundamentales aquí reclamadas, es un menor de 9 años de edad que con ocasión de las múltiples patologías que padece, depende en un todo de un tercero para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida diaria, situación en razón de la cual el Estado debe brindarle especial protección dado su estado de vulnerabilidad.

En este orden de ideas, deviene inaceptable que por parte de la entidad accionada se afirme que no le es dable autorizar y entregar el elemento

requerido por el menor, a pesar de haber sido prescrito por su médico tratante, pretextando situaciones de índole administrativo, que de manera alguna deben ser soportadas por los pacientes, toda vez que tal actuación vulnera de manera flagrante el derecho a la vida en condiciones dignas del agenciado, habida cuenta que la “silla sanitaria en aluminio plástico inyectado, plegable con cuatro ruedas, con freno, con correa de sujeción en velcro”, no constituye un elemento suntuoso, cosmético y mucho menos estético, por el contrario, éste se requiere teniendo en cuenta que fue ordenado por el galeno tratante quien dispone de los conocimiento y experticia para ello, por tanto, negar la autorización de un elemento cuya finalidad es la satisfacción de necesidades tan básicas e inherentes al ser humano y llevar una vida en condiciones dignas, riñe en un todo con la garantía fundamental antes referida, indistintamente que no se trate de un tratamiento o un medicamento, capaz de mejorar o mantener el estado de salud del agenciado.

Ahora bien, no desconoce el Despacho que el prenotado insumo no se encuentra incluido en la Resolución 2481 de 2020, por medio de la cual “se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, lo cierto del caso es que tal situación no es suficiente justificación para que la accionada se abstenga de suministrar el insumo antes mencionado, como quiera que la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que, cuando los insumos, medicamentos y/o servicios reclamados *“no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES”*, afirmación a partir de la cual resulta dable colegir que contrario a lo expresado por la accionada en el escrito de impugnación, de manera alguna se encuentra impedido el juez constitucional a emitir órdenes como las dispuestas en el fallo de tutela, cuando se estructuran los presupuestos judiciales, toda vez que para fines como los indicados por la impugnante, se encuentran definidos los criterios de financiación y recobro ante el Adres.

Del mismo modo, argumenta Famisanar EPS que en la providencia impugnada no se ordenó a la Administradora de los Recursos del Sistema

General de Seguridad Social en Salud, el reintegro de la suma correspondiente al valor del elemento ordenado, empero, es de anotar que dicha orden no debe disponerse por parte del juez constitucional, si en cuenta se tiene que para tal fin el legislador previó los mecanismos necesarios, de manera que no es labor del juez de tutela intervenir en tramites meramente administrativos y que no guardan relación con los hechos que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales del menor agenciado.

Por otra parte, el *a quo* en el ordinal tercero de la providencia objeto del presente pronunciamiento dispuso *“Conceder continuidad en los tratamientos y el tratamiento integral que requiere el paciente, en consecuencia, Famisanar E.P.S., por conducto de su representante legal, o quien haga sus veces, deberá autorizar la prestación y/o el suministro de los medicamentos, procedimientos, prácticas de rehabilitación, realización de exámenes de diagnóstico, así como todo componente que el médico valore como necesario para el manejo de las patologías “retardo en el desarrollo psicomotor, trastorno de deglución, síndrome de West, enfermedad neuro degenerativa, hipotomía, microcefalia, displacia pulmonar y discapacidad intelectual severa”, conforme la orden o fórmula médica expedida por los profesionales tratantes adscritos a la entidad.”*

En este orden de ideas corresponde al Despacho determinar si dentro del presente asunto se cumplen los requisitos que por vía jurisprudencial ha previsto la Corte Constitucional para conceder el tratamiento integral, objeto de impugnación.

Respecto del particular, resulta de interés lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T - 280 del 28 de abril de 2017, cuando expuso:

“... el tratamiento integral puede ordenarse en los fallos de tutela, cuando se evidencia la afectación de los derechos de: i) sujetos que por su estado de debilidad manifiesta deban recibir una especial protección constitucional, como los menores de edad, los adultos mayores, personas en condición de desplazamiento, indígenas, reclusos entre otros; y de ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas como VIH o cáncer, por ejemplo...”

Más adelante, agregó:

“..., cuando el juez no encuentre acreditado mediante criterio o concepto médico,

cuál es la enfermedad del peticionario (...) En estos eventos, lo que debe hacer es tomar las medidas que estime necesarias dirigidas a lograr un diagnóstico completo que permita determinar las necesidades del usuario según el caso particular.”

Conforme con lo anterior, se evidencia que el menor agenciado se encuentra en estado de debilidad manifiesta que amerita una especial protección por esta vía preferente y sumaria toda vez que en razón a su estado de salud, depende de un tercero para efectuar cada una de las actividades de la vida diaria, requiriendo además suministro de oxígeno las (24) horas del día, así como la toma múltiples medicamentos.

En este caso, se itera que, atendiendo a las especiales condiciones de salud del agenciado, a su edad y a las discapacidades que padece, la prestación tardía de los servicios de salud que requiere para mantener y/o mejorar su estado de salud, así como, la negación de los mismos, constituyen una vulneración del principio de integralidad que gobierna la materia, por tanto, resulta necesaria la adopción de medidas que le permitan acceder a los mismos sin que deba acudir al juez constitucional para tal fin.

En mérito de lo anterior, habrá confirmarse la providencia de fecha 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha 16 diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, por el medio más expedito. (Art. 30 Decreto 2591 de 1.991).

TERCERO: COMUNÍQUESE lo decidido en esta instancia al juzgado de primer grado.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo proferido.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE,

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

ASO

Firmado Por:

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 005 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

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: **fe1411f5be9faf34611f57562f7442fdb827fc5e74d9e88b6f38f25e8c123b4e**
Documento generado en 17/02/2021 05:42:11 AM