

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023)

REF: **ACCIÓN DE TUTELA No. 2023-00271**
Accionante: **LEIDY TATIANA HURTADO RUIZ** en representación del menor **EMMANUEL SANTIAGO AYA HURTADO**
Accionado: **NUEVA EPS**
Vinculados: **MINISTERIO DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTA, FUNDACION HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADRES.**

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

I. ACCIONANTE

Se trata de **LEIDY TATIANA HURTADO RUIZ**, mayor de edad y quien actúa en defensa de los derechos del menor **EMMANUEL SANTIAGO AYA HURTADO**

II. ACCIONADOS

Se dirige la presente acción de tutela contra NUEVA EPS y como vinculados **MINISTERIO DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTA, FUNDACION HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADRES.**

III. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se trata de los derechos a la **salud y vida digna**.

IV. OMISION ENDILGADA AL ACCIONADO

Relató que su menor hijo cuenta con dos años de edad y desde su nacimiento fue diagnosticado de "*PARALISIS CEREBRAL ESPÁSTICA*", por lo que su médico tratante de la EPS le ordenó la asignación de una "*silla tipo coche neurológico. Adicionar capota para lluvia*." Pero la Nueva EPS la negó.

Señala que debido al retardo que padece el menor, no tiene control de esfínteres por lo que requiere la asignación de pañales, pero los médicos no se los han asignado y no cuenta con los recursos para adquirirlos.

Indica que vive en arriendo en estrato 2, no tiene ingresos y los gastos del menor los sufraga con la cuota alimentaria que mensualmente paga el papá del niño.

Solicita la protección de los derechos suplicados ordenando a la NUEVA EPS autorice la entrega de la "*silla tipo coche neurológico. Adicionar capota para lluvia*" y la entrega de pañales.

V. TRAMITE PROCESAL

Admitida la solicitud, se ordenó notificar a los accionados y vinculados solicitándoles rendir informe sobre los hechos aducidos por el petente.

NUEVA EPS. Informa que el menor agenciado se encuentra afiliado en el Régimen Subsidiado en la Nueva EPS –SISBÉN-1.

Manifiesta que el insumo no se encuentra incluido en el PBS, por lo que requiere orden médica radicada vía MIPRES, la cual no se evidencia.

Dice que tampoco evidencia orden médica relacionada con la pertinencia del suministro de pañales y tampoco se acredita la negación de su suministro.

Señala que la autorización de los insumos NO PBS deben solicitarse a través del Ministerio de Salud página MIPRES por el médico tratante, quien es el responsable del registro en el aplicativo MIPRES, procedimiento que reemplaza la fórmula médica y permite que la EPS realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante.

Indica que conocida la problemática del actor procedió a iniciar los trámites administrativos para la materialización del servicio siendo ya autorizado.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela ante la no vulneración de derechos ni omisión de los servicios de salud al agenciado, ya que la tutela no procede para insumos no incluidos en el PBS sin orden a través del MIPRES, como tampoco la solicitud de pañales sin orden médica. En caso de ser concedida se autorice el recobro ante el ADRES.

ADRES. Pide su desvinculación y negar el amparo deprecado por no existir vulneración de derechos por parte del Adres. Frente al recobro dice que resulta improcedente dado que los servicios, medicamentos e insumos se encuentran garantizados a través de la UPC, presupuestos máximos y se giran antes de cualquier prestación.

MINISTERIO DE SALUD. Solicita su desvinculación por falta de legitimación por pasiva ya que es responsabilidad de las EPS garantizar la prestación de los servicios de salud que requieran sus usuarios y no estén expresamente excluidos.

Dice que las EPS cuentan con los recursos para financiar los servicios de salud que no estén excluidos de la financiación del SGSSS.

Informa que los servicios y tecnologías no financiadas por la UPC y que tampoco estén excluidos se debe realizar a través de la herramienta MIPRES.

Dice que los pañales no se encuentran incluidos en la financiación con recursos de la UPC. Y la silla de ruedas es una ayuda técnica de movilidad que no se financia con recursos de la UPC ni se tramita por la herramienta MIPRES.

SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL. Indica que el accionante se encuentra con afiliación activa a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado y es responsabilidad exclusiva de dicha EPS la prestación derivada de los servicios de salud.

Expone que de acuerdo a la historia clínica aportada se observa que el médico tratante le ordenó la silla de ruedas, la cual no está excluida específicamente del BPS –Resolución 2273/2021- por lo que corresponde a la EPS hacer entrega si dilación alguna. Frente a los pañales no evidencia orden médica.

Solicita su desvinculación por cuanto no ha vulnerado los derechos del actor teniendo en cuenta que es responsabilidad de la NUEVA EPS concurrir en la prestación de los servicios del PBS como en los NO POS.

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE. Informa que realizada Junta de Rehabilitación el 13 de octubre de 2022 concluyeron que debía ingresar al programa integral de rehabilitación intensivo por 4 meses y en Junta de Espasticidad del 15 de junio de 2023 se concluyó que requiere diseño, adecuación y entrenamiento en uso de tecnología de rehabilitación (código 932400) tipo silla neurológica, con marco a la medida, con espaldar anatómico, reclinable basculante, apoyo laterales graduados en altura y profundidad, apoya pies monopodal, apoya cabeza, ruedas delanteras de 8 pulgadas y traseras de 12 pulgadas, con aro impulsor y sistema de frenos para cuidados, además con pechera, taco aductor y cinturón pervivo, adicionalmente capota para lluvia y kit de crecimiento, por lo que expidieron las órdenes para su autorización por parte de la NUEVA EPS.

Expone que por no financiarse con recursos de la UPC no es posible diligenciar la justificación en la plataforma MIPRES.

VI. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde verificar a este despacho, si el suministro de la silla de ruedas y los pañales que reclama la accionante para el menor agenciado tienen soporte en orden médica expedida por los galenos tratantes donde se especifique la necesidad del servicio y las circunstancias en que estos deben ser prestados y si la negativa de la EPS para su suministro constituye vulneración de los derechos del menor agenciado.

VII. CONSIDERACIONES

1. La Acción de Tutela constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El artículo 86 de nuestra Carta magna así lo consagra; También advierte su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

Además, la tutela no procede, cuando existen otros recursos o medios de defensa judicial, así lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al disponer que solo es viable cuando se ejercita como mecanismo transitorio

para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose como tal, sólo el que pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Al respecto, de acuerdo con la configuración constitucional, existen dos modalidades de procedencia de la acción de tutela como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales: de una parte, como mecanismo principal, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al cual pueda acudir en busca del amparo requerido y, de otra parte, cuando exista otro medio de defensa judicial, la tutela actuará como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La salud como derecho fundamental. La Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado: "todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales." (Sentencia T-144 de 2008). -Resaltado del despacho.

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución. (Sentencia T-171/18)

Acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se ha definido como:

"... la facultad del ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, física y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales. (...)

Esta Corte ha dispuesto que las personas tienen derecho a contar con un diagnóstico efectivo y a una atención en salud integral atendiendo las disposiciones generadas por el médico tratante sobre una misma patología." (Sentencia T-120/17)

3. Derecho al Diagnóstico. Frente al derecho a un diagnóstico médico que determine con precisión y suficiencia los procedimientos, medicamentos e insumos necesarios para el restablecimiento de la salud de los pacientes, reiterada jurisprudencia ha sostenido: *"... la atención en materia de salud debe prestarse de manera integral, es decir, debe envolver todas las prestaciones y servicios que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.*

(...)

El derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud, en términos de esta Corporación, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Son tres las etapas de las que está compuesto un diagnóstico efectivo, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

(...)

En conclusión, el diagnóstico médico se constituye en el punto de partida para garantizar el acceso a los servicios de salud; toda vez que, a partir de una delimitación concreta de los tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos requeridos, se pueden desplegar las actuaciones médicas tendientes a restablecer la salud del paciente.”(Sentencia T-100/2016)

VIII. CASO EN CONCRETO

En el sub judice, el actor solicitó expresamente que a través de esta acción se ordene a la NUEVA EPS autorizar la silla de ruedas que requiere el menor agenciado y que le fue ordenada por los galenos tratantes. Igualmente solicita la entrega de pañales

Debe tenerse en cuenta que las empresas prestadoras de servicios de salud están en el deber de garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, en razón de la prestación que les ha sido confiada, la cual deberá cumplirse bajo los principios que enmarcan su función, no pudiendo incurrir en omisiones o realizar actos que comprometan la continuidad y eficacia del servicio.

En tal contexto y a partir de la información obrante en el plenario, existe certeza que se trata de un menor de dos años quien presenta cuadro de parálisis cerebral espástica con compromiso del desarrollo motor y del área del lenguaje (retardo global del neurodesarrollo), por lo que su médico tratante le ordenó una silla neurológica con características especiales en busca de mejorar su calidad de vida, por lo que las prescripciones médicas no pueden interpretarse de otra forma sino como mecanismo necesario para hacer más llevadera la vida de la paciente y la de su familia a efectos de respetar su dignidad humana.

Sobre el particular el máximo órgano constitucional ha señalado:

“Si con los elementos y servicios ordenados por la médica tratante se logra siquiera paliar de alguna manera el padecimiento del accionante y se consigue hacer más llevadera su existencia, ninguna norma infraconstitucional puede válidamente limitar o negar el acceso a dicha asistencia puesto que una interpretación en ese sentido, desconocería el mandato del Constituyente primario, conforme al cual, en Colombia, toda determinación del Estado y de los particulares debe garantizar efectivamente la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 2 y 5 C.P.). Esta es una de las manifestaciones de la protección especial que el Estado debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta” (Sentencia T-591/2008).

De esta forma, es claro que no suministrar el tratamiento ordenado y que requiere el agenciado, vulnera el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, siendo el deber del Estado prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia e integralidad, de tal suerte que las condiciones de vida mejoren, en tanto se trata de una facultad inherente a todos los seres humanos, y con mayor razón de aquellos que por su situación de vulnerabilidad merecen protección especial por parte del Estado.

En este orden, tenemos que los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la aplicabilidad de las prohibiciones al PBS, son:

(i) Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

(ii) Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento, insumo o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario

(iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores

(iv) Que el medicamento, insumo o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

Verificadas cada una de las anteriores premisas frente al asunto en concreto, se advierte del material probatorio arrimado que la primera de ellas se cumple, en tanto que existe certeza que el menor por su condición especial de disminución física pertenece al grupo de protección especial constitucional, quien dado el diagnóstico que presenta requiere de una silla de ruedas con las características descritas, elemento que es recetado por la incidencia directa que tiene con la enfermedad que padece. Respecto al segundo punto ha de decirse que igualmente aplica, pues efectivamente el insumo pedido no tiene dentro del POS otro que lo supla. De otro lado, está clara la carencia de recursos económicos de la accionante para asumir los costos que el insumo requiere, pues tuvo que acudir al amparo constitucional para la protección de los derechos de su menor hijo, sin que por parte de la EPS accionada se hubiere desvirtuado o acreditado la capacidad económica de la accionante, configurándose así este requisito. Y finalmente frente al cuarto aspecto, aparece en el expediente la prescripción médica del suministro requerido según se deriva de los documentos obrantes y de igual forma así lo corrobora el Hospital de San José en su contestación a la presente acción.

Por lo anterior, este juez Constitucional puede concluir que en el *sub judice* se satisfacen a cabalidad los requisitos establecidos por la jurisprudencia para inaplicar la norma que prohíbe las prestaciones pedidas, en tanto que la falta del insumo impide el goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas para sobrellevar el padecimiento de la multiplicidad de afecciones que padece el accionante, quien hace parte de los sujetos que

merecen especial protección constitucional y a quien se le deben garantizar todos los servicios de salud que requiere.

En este orden, los obstáculos de orden burocrático o administrativo y la demora en el suministro de los insumos o elementos que le fueron prescritos por su médico tratante vulnera el derecho a la salud y a la vida y es por ello que debe ordenarse precisamente a la entidad accionada adelantar las gestiones pertinentes para brindar la continuidad en la prestación de los servicios médicos y la atención del paciente sin demoras, acorde con las prescripciones de sus médicos tratantes, ya que ésta es una responsabilidad legal que deben asumir las EPS en conjunto con su red de prestadores (ley 100/93 art. 153).

Por lo anterior, es claro que la solicitud de amparo debe prosperar en lo que atañe a la silla tipo coche neurológico recetado en aras de proteger los derechos fundamentales del menor agenciado, ordenando a la NUEVA EPS accionada autorizar y suministrar por intermedio de su red de prestadores, sin demoras, la silla tipo coche neurológico conforme las prescripciones de los médicos tratantes.

De otro y en relación con los pañales pretendidos, se advierte que no obra prueba en el expediente que tal insumo hubiere sido ordenado por los médicos tratantes.

Sobre el tema y frente a insumos sin prescripción médica, la Corte Constitucional en sentencia T-1018/2008 señaló:

"2.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.

*La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del **médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden, así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo. De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez"** (Sentencia T-1016/2006)*

De lo anteriormente expuesto, se colige que el concepto del médico tratante es el que prevalece y el que el Juez debe valorar para emitir una orden, de ahí se desliga la orden impartida por el Juez Constitucional en el sentido de ordenar lo petitionado por el actor, de tal suerte que con éste se logre establecer claramente los medicamentos, tratamientos, terapias, insumos, etc., que requiere el agenciado en desarrollo de las patologías que padece, porque a partir de ese concepto se adoptaran las decisiones que del mismo se deriven.

Luego, la decisión debe encontrarse ajustada tanto a las normas que regulan este medio excepcional de defensa como a la jurisprudencia

constitucional proferida en relación al suministro de medicamentos o insumos necesarios para hacer efectivo el derecho a la salud.

Aunado a lo anterior, es preciso relieves que además de no obrar prescripción médica relacionada con los pañales, tampoco obra prueba que se hubiere elevado previamente la solicitud ante la EPS accionada y que ésta hubiere emitido un concepto negativo.

No obstante, se le ordenará a la accionada NUEVA EPS para que por intermedio del médico tratante, previa valoración del menor agenciado, emita un concepto sobre su condición física y la necesidad de los pañales que se piden, sin miramiento distinto al estrictamente médico, en busca de mejorar su salud y su vida en condiciones dignas y así salvaguardar sus derechos fundamentales.

Recordemos que la prestación de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere y las dilaciones injustificadas como la que aquí se evidencia lleva a que la salud del paciente se vea menoscabada, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud y la vida en condiciones dignas de un menor que merece protección especial por parte del Estado.

Finalmente, frente al recobro que solicita la NUEVA EPS, ésta deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos que le exigen las disposiciones vigentes que gobiernan la materia, y la ADRES determinar con apego a las mismas normas, la suma a reconocer y a pagar, de ser el caso. Pero ese no es un tema propio de la acción de tutela, circunscrita como está a garantizar derechos fundamentales, por lo que no es de recibo para el despacho hacer pronunciamientos frente a aspectos de carácter económicos y que es motivo de inconformidad de la EPS accionada.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR los derechos deprecados por **LEIDY TATIANA HURTADO RUIZ** en representación del menor **EMMANUEL SANTIAGO AYA HURTADO**, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS**, que en el improrrogable término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, autorice y suministre al menor agenciado la SILLA TIPO COCHE NEUROLÓGICO CON LAS CARACTERÍSTICAS DESCRITAS Y CONFORME A LAS ÓRDENES EXPEDIDAS POR EL MÉDICO TRATANTE.

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente decisión, por intermedio de los galenos tratantes y previa valoración del paciente, emita concepto sobre la condición física del agenciado y la necesidad de los pañales en la cantidad y periodicidad pertinente, sin miramiento distinto al estrictamente médico, en busca de mejorar su salud y su vida en condiciones dignas y así salvaguardar sus derechos fundamentales.

CUARTO: PREVENIR a la mencionada NUEVA EPS para que en lo sucesivo no vuelva a incurrir en las omisiones de no suministrar los tratamientos, atención médica y hospitalaria, los exámenes y medicamentos e insumos que requieran los pacientes a ella afiliados, cuando se hallen en peligro los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, pues como es de público conocimiento, esto origina que los particulares deban acudir de forma reiterada ante las instancias judiciales con miras a que sean respetados sus derechos, lo que contribuye a congestionar aún más los despachos judiciales, y denota la falta de observancia por parte de esa entidad del precepto constitucional señalado en el Art. 4º de la Carta Política.

QUINTO: ORDENAR que, por secretaría, se notifique este fallo a las partes, indicándoles que tienen tres (3) días para impugnarlo.

SEXTO: Disponer la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo. **Oficiese.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

ET

Firmado Por:
Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 012
Bogotá, D.C. - 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: **4330ed8663ccf5fd50e2fc894aaebf02b9973571d0ad9752b2b1cc85b2833bc0**

Documento generado en 21/07/2023 08:32:02 PM

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

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