

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SETENTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL CONVERTIDO
TRANSITORIAMENTE EN EL JUZGADO 54 DE PEQUEÑAS CAUSAS
ACUERDO 11-127/18

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-40-03-072-2020-000682-00

Clase de proceso: Acción de tutela

Accionante: OLGA PATRICIA VIVAS FORERO, actuando en calidad de Agente Oficiosa y representación de su Sra. Madre DORA ALICIA FORERO DE VIVAS

Accionado: INNOVAR SALUD SAS

Pronunciamiento: Sentencia de primera instancia

Surtido el trámite preciso, se procede a decidir el fallo de la acción de tutela que nos ocupa.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia de fondo este Despacho dictando sentencia de primera instancia respecto a la protección por vía de tutela del derecho constitucional a la vida, a la salud y a la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

OLGA PATRICIA VIVAS FORERO, actuando en calidad de Agente Oficiosa y representación de su Sra. Madre DORA ALICIA FORERO DE VIVAS, por vía de tutela pide la protección del derecho fundamental a la salud, la dignidad humana, la seguridad social y la vida.

1. La solicitud de amparo de tutela tiene su fundamento en los supuestos de hecho que a continuación se compendian:
2. La señora OLGA PATRICIA VIVAS FORERO, actuando en calidad de Agente Oficiosa y representación de su Sra. Madre DORA ALICIA FORERO DE VIVAS, indica que ella está afiliada a la NUEVA EPS, presenta diagnostico

“INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA” lo que le ha calificado sin control de esfínteres, por lo que la médico tratante Dra. desde el 17 de marzo de 2020 le ordenó “PAÑALES TENA TALLA XL #90, REALIZA CAMBIO DE PAÑAL CADA 8H AL DÍA POR 1 MES”.

3. Contestación de la accionada

La accionada *INNOVAR SALUD SAS*, responde que efectivamente a DORA ALICIA FORERO DE VIVAS es una de sus afiliadas activas y asiente que si le fueron ordenados por el médico tratante los insumos “pañales Tena talla XL # 90” pero como quiera que dichos insumos ya fueron ordenados el 11 de septiembre de esta anualidad, se presenta dentro de esta acción un hecho superado por lo que solicita su desvinculación.

4. Contestación de la vinculada

Por su parte el ADRES, se refirió a su naturaleza especial y alcances, para concluir que en el presente caso no está llamado a cubrir ningún emolumento, pues le corresponde a la EPS garantizar el acceso a los servicios que requieren sus usuarios.

III. CONSIDERACIONES

1. Nulidades: No se advierte ningún vicio que pueda invalidar la actuación procesal.

2. Presupuestos procesales: Están plenamente satisfechos, luego no hace falta pronunciamiento alguno al respecto.

3. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política de 1991 es un instrumento jurídico especial, autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata, para la protección de derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, cuando el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que no exista otro medio defensivo de naturaleza judicial; o que, aun existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; pues, en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar ese perjuicio, cuyos efectos avancen hasta el llamado punto de no retorno. Así se ha definido lo que nuestra Constitución denominó acción de tutela, también conocido como “tutela constitucional directa”.

4. La vida y la vida digna como derecho fundamental. Reiteración de la jurisprudencia. En ese sentido la Corte Constitucional, en la sentencia T-395 de agosto 3 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, señaló:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible.”

En cuanto a que el derecho a la salud sea fundamental en sí mismo, mediante sentencia T-414 de abril 30 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, precisó:

“... envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico. (se subraya para destacar)

“Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.”

5. La salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia, respecto de artículo 49 de la Constitución Política precisa:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. // Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)”

Según la disposición antes citada, la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación¹, relacionado esto con los fines mismos del Estado Social de Derecho y con los propósitos consagrados en el artículo 2º Superior.

A partir del texto del artículo 49, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha protegido el derecho a la salud.

“(i) En un período inicial, fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, igualando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; // (ii) En otro, señalando la naturaleza fundamental del derecho en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, como niños, discapacitados, ancianos, entre otros; // (iii) En la actualidad, arguyendo la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los postulados contemplados por la Constitución vigente, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, todo con el fin de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera”²

“los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho”³

Así, la acción de tutela ampara el derecho a la salud como puente de acceso a los servicios médicos que se *“requieren con necesidad”*, a los *“servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”*⁴

6. En cuanto al Derecho a la seguridad social, en sentencia T-468 de 2007, la H. Corte Constitucional se pronunció sobre el notable papel que desempeña el derecho a la seguridad social dentro de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución:

¹ Corte Constitucional Sentencias C-577 de 1995, C-1204 de 2000 y T-398 de 2008, entre otras.

² Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 2010

³ Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-189 de 2010, entre otras.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-760 de 2008 y T-189 de 2010, entre otras.

“(…) 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”.

En Colombia el sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 ha servido de instrumento estatal para dar cumplimiento a las obligaciones nacionales e internacionales respecto de este punto y a los fines constitucionales que se encuentran plasmados en el artículo 48 superior. Luego emana de regulación ofrecida por la ley de seguridad social, la estructura a partir de la cual ha de ser ejercido el “derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Por su parte la Ley 100 de 1993 y la normatividad complementaria ha establecido con precisión los elementos que integran el mencionado concepto de seguridad social, entre los cuales se encuentran: (i) las autoridades encargadas de la prestación de los servicios, (ii) las prestaciones sociales, (iii) los mecanismos y autoridades encargadas de adelantar la supervisión del sistema, (iv) los diferentes planes de cobertura y, finalmente, (v) los mecanismos de financiamiento.

Así se hace imperioso resaltar que en principio, no corresponde al juez de tutela resolver las controversias que se refieran al tema de la seguridad social como quiera que para ello se comisionó a la jurisdicción laboral.

IV. CASO CONCRETO

Revisado el expediente y como quiera que la señora DORA ALICIA FORERO DE VIVAS se trata de una persona de 91 años *prima facie* debe destacarse que según el literal b) del artículo 7 de la Ley 1276 de 2009 como “Adulto Mayor”, que se define como aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen; por lo que debe dársele la calidad de adulto mayor a la accionante.

Sostiene la Corte Constitucional también que “[el] derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.⁵ En reciente sentencia la misma Corporación, señaló que “el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma [cuando] se trata de un adulto mayor que goza de una protección reforzada a partir de lo señalado en la Constitución Política y en tratados internacionales”⁶

La Corte Constitucional ha precisado los presupuestos para que proceda la acción de tutela cuando existe vulneración a la salud, por la negativa de otorgar un tratamiento, procedimiento o medicamento excluido de POS; así:

- “i) la falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna;
- “ii) el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquel;
- “iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y
- “iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”⁷

Ahora, cómo la accionante manifestó no tener los recursos económicos para cubrir el costo de los pañales requeridos, le correspondía a la accionada, siendo aquello una negación indefinida que traslada la carga de la prueba, acreditar el hecho contrario, situación que no se verifica en el *sub lite* por lo que se constituyó prueba suficiente para verificar la imposibilidad económica de la accionante. Además siendo ésta una persona que requiere protección especial por las calidades que se anotaron anteriormente, se configuran a cabalidad los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para darle cabida en éste caso a la acción de tutela.

Téngase en cuenta que la orden del uso de los pañales y todo el tratamiento integral a favor de la accionante de acuerdo a las prescripciones médicas y la patología han sido diagnosticadas por el médico tratante al servicio de la prestadora de salud,

⁵ Sentencia T-1081 de 2001 y T-004 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Sentencia T-261 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Sentencias T-289 de 2001, T-627 de 2002 y T-I78 de 2003.

deben ser garantizadas con el fallo de tutela que ampare los derechos constitucionales fundamentales invocados por la actora; para lo cual la accionada debe cumplir con la orden emitida por la EPS pues la responsabilidad para este caso está en cabeza del dispensario farmacéutico, quien debe cumplir con lo que requiere la mencionada paciente.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Setenta y Dos Civil Municipal de Bogotá D.C., Transitoriamente Juzgado 54 de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

Primero: Tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora DORA ALICIA FORERO DE VIVAS.

Segundo: Ordenar a la accionada *INNOVAR SALUD SAS*, que a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, entregue a la paciente arriba citada, la totalidad y cantidad necesaria de pañales desechables para adulto, talla XL de acuerdo a las prescripciones clínicas del médico tratante, según su patología, si aún no lo ha hecho y para que en lo consiguiente proceda conforme a las autorizaciones emitidas por la EPS, considerando la condición de persona de especial protección de la aquí representada.

Tercero: Disponer la notificación de lo resuelto a la partes involucradas a través del medio más rápido y expedito a más tardar dentro del día siguiente a la fecha de este fallo.

Cuarto: Remitir la presente decisión a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser apelada. (Art. 33 del Dcto. 306 de 1.992).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LIDA MAGNOLIA AVILA VASQUEZ

Juez