



REPUBLICA DE COLOMBIA

Rama Judicial

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, veintinueve (29) de marzo de Dos Mil veintidós (2022)

PROCESO: Acción de Tutela en Primera Instancia

ACCIONANTE: Gloria de Jesús Botero

ACCIONADO: Nueva E.p.s.

RADICADO Nro 050013103001-2022-00070-00

SÍNTESIS: Tutela los derechos invocados

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a proferir sentencia, dentro de la presente acción de tutela, instaurada por la señora MIRIAM DEL SOCORRO ZULETA GALEANO en su calidad de agente oficiosa de la señora GLORIA DE JESUS BOTERO contra NUEVA E.P.S.

Igualmente procede el despacho conforme a lo estipulado en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, el cual permite al Juez tan pronto llegue al convencimiento de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas

II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN:

Se informa en el escrito de tutela que la señora GORIA DE JESUS BOTERO en la actualidad cuenta con 65 años de edad, pensionada con discapacidad motriz con secuelas de POLIOMIELITIS por lo que usa muletas y aparato largo para bienestar y asistir la marcha, por lo que el pasado 29 de septiembre se le

prescribió por su médico tratante, a través de orden medica N° 32541867 SILLA DE RUEDAS ELECTRICA; que en la historia clínica de la sede Prodeman Centro explica no poder asignar silla de ruedas, por cuanto la legislación Colombiana emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante resolución 2827 de diciembre de 2018 en la cual se actualiza íntegramente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad por Pago por Capacitación UPC no se financia con esos recursos.

III. LAS PETICIONES:

Se pretende con la solicitud, que se le tutelen los derechos fundamentales invocados, ordenándole a la accionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, adelante los tramites administrativos y financieros, y proceda a la entrega de SILLA DE RUEDAS de acuerdo a lo prescrito por el médico tratante a la señora GLORIA DE JESUS BOTERO.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 11 de marzo de los corrientes, se admitió la referida acción y se requirió a la accionada para que emitiera pronunciamiento al respecto. El auto se le notificó en debida forma.

Por su parte la NUEVA EPS en respuesta que data del 11 de marzo del año que avanza esgrime que frente al servicio solicitado SILLA DE RUEDAS, no hace parte del Plan de Beneficios de Salud, (Res. 2292 de 2021); como exclusión explícita, “(no se cubren con cargo a la UPC silla de ruedas, plantilla y zapatos ortopédicos) y que por lo tanto no deben ser financiados con los recursos del sistema general de seguridad social en salud”. Sin embargo ante este tipo de solicitudes la EPS procede a estudiarlos conforme a lo establecido en la Resolución 2438 de 2018; que por lo tanto resaltan que los insumos, procedimientos, tecnologías y los medicamentos que se encuentren excluidos del plan de beneficios del Sistema General de Seguridad Social Colombiano no pueden ser financiados con cargo a la UPC con lo cual se financia el P.B.S.; que en el artículo 57 PARAGRAFO DOS de la citada Resolución expresamente señala que la SILLA DE RUEDAS no es financiada con cargo a los recursos de la UPC. Como pretensiones solicitan al despacho declarar improcedente la presente acción de tutela por cuanto no se ha demostrado vulneración por parte de esa entidad a los derechos fundamentales del accionante y que, en caso del despacho ordenar tutelar los derechos

invocados, solicitan que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

Se arrimó a los autos por la accionante, copias ordenes médicas, cédulas de ciudadanía; historia clínica.

Los anteriores documentos se valorarán tal cual fueron aportados al expediente, en razón de la informalidad que gobierna la acción de tutela y la libertad probatoria autorizada por el decreto 2591 de 1991, que deben darle al juez la convicción objetiva y razonable sobre el asunto puesto a su juicio. (ver al respecto de las pruebas en el proceso de tutela la sentencia T- 576 de diciembre 14 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

Como quiera, que lo actuado hasta el momento, se ajusta a las preceptivas procesales que para el caso establece la ley, deduciendo que no existe violación alguna a las garantías concedidas a las partes, se pronunciará la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES:

De la competencia. El Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, establece que es competente para conocer de la acción de tutela, a prevención, el Juez o Tribunal con jurisdicción en el lugar donde ocurriese la violación o amenaza que motivan la presentación de la solicitud, teniendo en cuenta además lo reglamentado sobre la materia en el Artículo 1° inciso segundo, del Decreto 1382 de 2000, por tratarse de la parte accionada de una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

Se cumple en este caso, el presupuesto formal de competencia, ya que la omisión informada por la solicitante, tiene lugar en este municipio, donde el juez que se pronuncia es competente por disposición y nominación legal.

El mandato Constitucional del juez de tutela:

El artículo 2° de la Carta ubica como uno de los fines del Estado Social de Derecho garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Precisamente para que esos derechos no quedaran en letra muerta era necesario que se implementaran mecanismos para garantizar su cumplimiento.

Antes de iniciar este análisis, considera el despacho pertinente, resaltar la función que el juez cumple en un Estado social de derecho como el nuestro, más cuando se trata de velar por los derechos fundamentales de las personas, que se menciona en la sentencia T- 119 de febrero 11 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, así:

“Una de las características emblemáticas del estado constitucional es el nuevo papel del Juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley, si así fuera, nada diferenciaría al Estado Constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Legos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante jueces que en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas”.

La Acción de Tutela. Es el instrumento constitucional consagrado en el artículo 86 ¹ y desarrollado en los Decretos 2591 de 1991 y el 306 de 1992 que reglamento a su vez este, mediante el cual toda persona puede reclamar ante los jueces, en cualquier momento y mediante un procedimiento breve y sumario, por si mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos señalados en el mismo decreto; siempre y cuando no exista otro recurso o

¹ El artículo 86 de la Constitución Política no exceptúa a ninguna autoridad pública, de la posibilidad de que en su contra se ejerza por parte de un interesado una acción de tutela con el fin de proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales. (Sentencia T-06 de 199ª, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

medio de defensa judicial, caso en el cual solo procederá la tutela, cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Las características de esta singular acción las podemos sintetizar así:

Es una acción de naturaleza Constitucional, es una acción estrictamente judicial es decir, solo los jueces pueden tramitarla y resolverla, es una acción que protege exclusivamente los derechos Constitucionales fundamentales, ² es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y particulares y por último podemos decir, que es una acción que procede cuando no existe otro recurso judicial.

La Jurisdicción Constitucional. Ha dicho la Corte en una de sus primigenias sentencias de tutela, la T-06 de 1992, que los jueces deben apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas, conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Constitución; la jurisdicción Constitucional se ha establecido pro la misma Constitución como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución: el ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la jurisdicción Constitucional contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional, como quiera que su misión es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material.

La jurisdicción Constitucional asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional.

Como otra consecuencia de la existencia de la jurisdicción constitucional, tenemos que decir, que ella debe hacer realidad la primacía del derecho sustancial sobre el formal, ello para asegurar que los derechos fundamentales no se verán disminuidos o desvirtuados, por un mal entendido procesalismo ajeno a la función constitucional, como puede ser las normas procesales de carácter legal, por ello implica que la jurisdicción constitucional es un procedimiento ágil, eficaz y con primacía del derecho sustancial en razón de los altos derechos que protege.

² Un derecho es fundamental cuando reúne los siguientes requisitos esenciales: 1. hay una conexión directa con los principios, 2. hay una eficacia directa y 3. tienen un contenido esencial (núcleo básico) y además los derechos fundamentales son enunciativos y no taxativos.

Ahora bien sobre la naturaleza del Fosyga, donde podría pensarse en hacer parte de las acciones de tutela, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de definirla, como en la sentencia SU 819 DE 1999, donde dijo al respecto:

“(...) El Fondo de Solidaridad y Garantía de que trata el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, *sin personería jurídica ni planta de personal propia*, de conformidad con lo establecido en el Estado de Contratación de la Administración Pública. El consejo Nacional de Seguridad en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos. (subrayado nuestro).

Este Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (...).

Por lo tanto consideramos, que no es dable entender que este fondo, deba hacerse parte en el trámite de tutela, dado que como se advirtió no tiene personería jurídica que le permita asumir obligaciones y/o responsabilidades, pues solamente funge como un fondo regulado por la Ley para soportar aquellos gastos que debe asumir el Estado en ejercicio de su fin constitucional de solidaridad.

Del Caso de la paciente accionante GLORIA DE JESUS BOTERO.

Como se indicó en el resumen de los hechos lo que requiere la accionante de la entidad demandada NUEVA EPS es el suministro de SILLA DE RUEDAS ELECTRICA que le fuere prescrita por su médico tratante a través de orden medica N° 32541867.

El Derecho a la Salud en Conexidad con la Vida Digna y la Seguridad Social.

En la sentencia T-688 de noviembre 19 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se recogen los criterios que la Corte ha establecido la procedencia de la acción de tutela en casos de salud, así:

“La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha fijado los siguientes criterios generales sobre la procedencia de la tutela en estos casos:

-El derecho a la seguridad social y a la salud pueden ser fundamentales por conexidad, según el caso concreto. Además, constituyen un elemento indispensable para tener una vida en condiciones dignas (Sent. T-042/96).

-También, los derechos a la salud y a la integridad física pueden resultar fundamentales cuando su amenaza o vulneración representan peligro o daño al derecho fundamental a la vida. (Sents. T-140, T-192, T-531/94).

- ***No es preciso que deba esperarse a que el interesado esté al borde de la muerte o ante la pérdida irremediable de algún órgano (por ejemplo, frente a la amputación de un brazo), para obtener la protección a través de la acción de tutela.***

(...) – El Estado es responsable de garantizar que las entidades prestadoras de salud garanticen en todo momento, la atención oportuna y eficaz a sus afiliados (Sent. T- 531/94).”

Igualmente, nuestro máximo órgano de control constitucional en Sentencia T-076 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martines Caballero, expuso entre otros apartes lo siguiente:

Tal y como lo ha manifestado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, si bien el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último a través de la recuperación del primero, en lo concerniente a las personas o su dignidad.

De lo anterior se desprende que el derecho a la vida en si mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se límite solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando estas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.

Sin embargo, tal posibilidad de garantía y protección, está supeditada en la mayoría de los casos, salvo circunstancias de inminencia manifiesta, a las

condiciones propias que estructuran la naturaleza prestacional del derecho a la salud. En efecto, y con base en las obligaciones estatales en materia de servicio de salud y de saneamiento ambiental, la Administración y el Legislador han fijado objetivos y programas propios del Estado Social de Derecho, que implican el deber de los ciudadanos de acogerse a procedimientos legales, programáticos y operativos de carácter obligatorio, que materialicen el alcance y efectividad de tales derechos y su paulatina extensión a todos los ciudadanos.

Así las cosas, tal y como se señaló por esta Corporación en la Sentencia T-207 de 1995:

"la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable solo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho", que de reunir el carácter de conexo con el derecho a la vida y la integridad de la persona, puede ser protegido como fundamental, según el caso concreto".

Si bien es cierto, la salud ocupa en nuestra Carta Política, un sitio dentro de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, (Art. 49), los cuales en principio, no serían susceptibles de tutela, también lo es que el derecho a la salud, es susceptible de protección por vía de tutela, cuando sea conexo con el derecho a la vida digna sin padecimientos.

Alcance del derecho a la salud y la protección de las personas de la tercera edad.

Los derechos humanos reconocidos tanto en el ámbito normativo internacional como en el constitucional permiten proteger a la persona y garantizar su dignidad. Con fundamento en el reconocimiento de los derechos humanos han sido desarrollados mecanismos de defensa jurídica de las demandas inherentes a aquéllos.

En efecto, dentro del conjunto de derechos humanos, los derechos económicos y sociales han sido entendidos como demandas de acceso a los medios para desarrollar una vida digna. En este contexto, el derecho de las personas a la salud responde a tal propósito.

Adicionalmente, el carácter jurídico y, por tanto, exigible del derecho a la salud se encuentra presente en los convenios y otros instrumentos que integran el derecho

internacional de los derechos humanos. De esta manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a la salud aparece como una de las condiciones esenciales para alcanzar un nivel de vida digna. Así, el artículo 25 señala: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”

Igualmente, otros instrumentos internacionales han consagrado la protección jurídica del derecho a la salud. Entre estos tratados pueden mencionarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y en el ámbito Interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” aprobado a través de la Ley 319 de 1996.

En estas dos convenciones mencionadas es posible identificar algunos elementos comunes que definen el contenido del derecho a la salud. El primero de ellos es que la salud en su dimensión física, mental y social debe ser garantizada en el más alto nivel posible. Por consiguiente, sólo podrá entenderse acreditado el respeto del derecho a la salud cuando las personas tienen a su alcance los mecanismos adecuados para gozar en condiciones óptimas de la atención sanitaria que necesiten. En relación con el nivel en el cual se entiende garantizado el derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas expresó que el derecho a la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

El segundo elemento equivalente en los tratados sobre derechos económicos y sociales consiste en la obligación de los Estados de adoptar medidas tendientes a lograr la efectividad del derecho a la salud. En virtud de lo anterior, los Estados que son parte de estos instrumentos asumen la responsabilidad de cumplir las demandas implícitas en el derecho a la salud, algunas de las cuales corresponden a las materias incluidas en los convenios internacionales referidos.

En consecuencia, las medidas que deben ser implementadas por los Estados en aras de proteger el derecho a la salud representan el tercer elemento semejante

que compromete la voluntad de los Estados parte en los pactos internacionales bajo análisis. Tales medidas se dirigen a garantizar mínimamente la atención en salud oportuna y apropiada y dentro de éstas puede mencionarse el deber de prevenir y brindar tratamiento de las enfermedades, así como crear condiciones que garanticen la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad a todas las personas.

Igualmente, importa mencionar que la salud es un derecho ligado a la vigencia de otros derechos humanos. Es decir, el disfrute de la salud aparece como una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos. Considerando esta situación, ha sido reconocida la fundamentalidad del derecho a la salud en relación con algunas personas que por sus condiciones de vulnerabilidad son objeto de una protección especial.

De otra parte, es fundamental el derecho a la salud cuando su garantía permite la defensa de la vida de las personas. Esta situación ha sido calificada como conexidad entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en el entendido de que la vida digna de las personas depende de que éstas disfruten de un nivel de salud mínimo. En estos casos, la protección del derecho a la salud prevalece sobre argumentos tales como los que pretenden limitar el alcance de los derechos económicos y sociales a la disponibilidad de recursos económicos.

Además de lo anterior, la Constitución protege a las personas de la tercera edad y ordena a las autoridades garantizar la seguridad social de este grupo de población e igualmente, desarrollar medidas de protección y asistencia. En consecuencia, las personas de la tercera edad, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, son beneficiarias de las medidas que adopte el Estado para garantizar la protección especial y cumplir el principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 del Texto Fundamental.

Así pues, la protección constitucional de los derechos de las personas de la tercera edad es de carácter reforzado. En consecuencia, cuando las actuaciones de las autoridades y de los particulares involucran los derechos de las personas de la tercera edad, es necesario que desarrollen las garantías necesarias para que prevalezca el interés de éstas.

Este grado de consideración sobre las personas ancianas ha sido evaluado por la Corte Constitucional en la sentencia T-892 de 2005 explicó “los derechos

fundamentales de una persona de la tercera edad deben primar sobre cualquiera de rango legal, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de debilidad”.

En la misma decisión la Corte estimó que se violan los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad a quienes no se les presta un tratamiento médico que requieren o cuando éste no es suministrado de manera oportuna.

Sin embargo, más allá ha ido la Máxima Falladora en materia Constitucional en recientes pronunciamientos, como el que concreta la Sentencia T-260 del 27 de mayo de 1998, en la que expresamente declaró que el Derecho Constitucional Fundamental de la SALUD es tutelable sin que sea menester que el paciente esté al borde de la muerte, porque el derecho a la vida no significa la posibilidad simple de existencia cualquiera que sea, sino, por el contrario, *“una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida”*. *“..... si entendemos el derecho a la vida no como el derecho a una mera existencia, sino como el derecho a una existencia digna, claramente se observa que tal garantía constitucional se vulnera con la omisión de una EPS a practicar una cirugía requerida por un paciente para recobrar la visión normal, que ha sido retrasada de manera injustificada, sobre todo cuando al demandante se le descuenta mensualmente una suma de su pensión por concepto de servicios que no recibe.”*. **Y, desde luego cabe decir lo mismo**, que se vulnera el derecho a la vida cuando la EPS se niega a suministrar a la paciente la Silla de Ruedas que le ha sido prescrita como parte del tratamiento adecuado que requiere para solucionarle un padecimiento que le impide seguramente una vida normal y digna.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa debemos recalcar también, pese ha que en la solicitud de tutela no se menciona, en cuanto a los DERECHOS DE LOS DISMINUIDOS FÍSICOS, que también aparecen consagrados en la Constitución Política como derechos sociales y económicos, concretamente en el art. 47 que es del siguiente tenor:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

El texto mismo de la norma superior deja saber que es un deber del Estado la adopción de políticas que propendan por la rehabilitación de los disminuidos físicos, como es el de la aquí actora agenciada GLORIA DE JESUS BOTERO, determinando la norma que se les debe prestar la atención especializada que requieran.

La especial protección del derecho a la salud de personas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

La Carta Política consagra el amparo reforzado que deben recibir las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo 13 dispone que: *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*. Asimismo, el artículo 47 establece que el Estado debe adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

A estas normas, se les debe sumar los convenios internacionales suscritos y ratificados tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General núm. 05 sobre Personas con Discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales; y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, entre otros. Todos ellos buscan la protección especial de los derechos de las personas con discapacidad y procuran que éstas se encuentren en situación de igualdad con los demás integrantes de la sociedad.

Asimismo, la Ley 1306 de 2009 encargada de regular la *“Protección de Personas con Discapacidad Mental y (...) el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”*, consagra en su artículo 11:

“Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica,

proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997.

La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad (...)."

Estas disposiciones le imponen al Estado una doble obligación respecto a esta población: por un lado, de abstenerse de adoptar medidas que vulneren la garantía de igualdad de trato; y por otro, de remover las barreras de orden normativo, económico y social que impidan el ejercicio de los derechos de estas personas y, en este sentido, ejecutar políticas que busquen una verdadera igualdad³.

Precisamente, esta Corporación ha indicado las distintas esferas en las que se debe dar un apoyo especial; entre otras, ha señalado *"la garantía de las posibilidades de acceso de las personas con discapacidad a los diversos espacios, servicios, informaciones y comunicaciones propios de la vida cotidiana, la educación, tanto ordinaria como especial, a la que tienen derecho, la apertura de posibilidades de empleo para permitirles obtener por sí mismos un sustento digno, la preservación de los elementos básicos de su derecho al mínimo vital, la provisión de seguridad social, la protección de su vida familiar en tanto componente crucial del proceso de integración y rehabilitación, y el fomento de su participación en la vida cultural y del desarrollo de actividades deportivas, recreativas y religiosas"*⁴.

Ahora bien, respecto al derecho a la salud de las personas con discapacidad, esta Corte ha indicado que la atención integral de estos sujetos debe estar dirigida a que se puedan desenvolver dentro de la sociedad en condiciones dignas y en un plano de igualdad con los demás.

³ Ver, entre otras, sentencias T-823 de 1999, T-394 de 2004, T-1031 de 2005, T-286 de 2010 y T-051 de 2011.

⁴ Sentencia T-950 de 2009.

Además, ha establecido, con fundamento en el artículo 4 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de Personas con Discapacidad, que el Estado tiene la obligación de garantizar *“el acceso de las personas con discapacidad a servicios de apoyo, que bien pueden traducirse en la preparación de personal capacitado para su atención, implementos ortopédicos e instrumentos de ayuda técnica que les permitan un mayor nivel de independencia respecto de otras personas y faciliten su desenvolvimiento en la sociedad, en condiciones autónomas que en tal sentido, aseguren una existencia digna sin que para el efecto constituyan impedimento alguno los padecimientos físicos, sensoriales o síquicos que los aquejen”*⁵.

En estos términos, las personas con discapacidad gozan de una protección reforzada en cuanto su derecho a la salud. Dicho trato preferencial positivo tiene origen constitucional y busca que se les garantice a aquellos individuos que por su debilidad física o mental son más vulnerables, una vida en condiciones dignas y la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos.

Suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Este Tribunal ha indicado que una interpretación exegética de las normas que regulan los contenidos del POS por parte de las E.P.S. puede desconocer derechos constitucionales fundamentales cuando la negativa a prestar un servicio médico tiene relación directa con la vida o dignidad de un paciente.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado las situaciones fácticas y jurídicas precisas ante las cuales el juez de tutela debe aplicar directamente la Constitución y ordenar el suministro de un servicio de salud que se encuentra excluido del plan de beneficios, a saber:

- a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

⁵ Sentencia T-657 de 2008.

c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;

d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico⁶.

Se concluye que no todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de amparo por vía de la acción tutela, ya que, en principio, la autorización de servicios médicos está limitada a los Planes Obligatorios. De ahí que para que resulte procedente la orden de suministrar un servicio no POS, el juez deberá comprobar que se cumplen los requisitos jurisprudenciales mencionados.

El recobro ante el ADRES reclamado por la demandada NUEVA EPS

En cuanto al recobro ante la ADRES (antes FOSYGA), debe recordarse que según jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es necesario que el juez de tutela consigne expresamente en la parte resolutive de su fallo tal potestad; pues esta se rige por la ley pertinente, tanto para las EPS como para ADRES. Textualmente dispuso la Corte en sentencia T-760 de 2008:

"...es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC. En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga [hoy ADRES] está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios."

(...)

"(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga [hoy ADRES], o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS [hoy PBS] y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga [hoy ADRES] constataste que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC".

CONCLUSIÓN :

Recapitulando las consideraciones y citas anteriores, se precisa que, efectivamente la accionada NUEVA E.P.S. si ha vulnerado a la actora agenciada los derechos fundamentales de la SALUD y la SEGURIDAD SOCIAL, como tales

⁶ Sentencia T-970 de 2010.

calificados en función del derecho fundamental a la VIDA y los DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD y DISMINUIDOS FÍSICOS. Por tanto, y sólo por las razones señaladas, se precisa que la decisión adecuada consistirá en ordenar a dicha accionada, como lo norman los arts. 27 y 29-5 del Decreto 2591 de 1991, que en el término perentorio de las 48 horas siguientes a la de su notificación de esta decisión, proceda a disponer todo lo necesario para expedir la orden y registro presupuestal necesarios, para que a la señora GLORIA DE JESUS BOTERO identificada con cédula de ciudadanía N° 32.541.876, se le preste el servicio de salud consistente en el suministro de SILLA DE RUEDAS ELECTRICA, que le prescribió su médico tratante, por establecimientos o centros de suministro y atención médica adecuados y con la intervención de profesionales de la salud idóneos, con los que la accionada dicha tenga contratos vigentes, sin perjuicio de que si así no fuere, los celebre exclusivamente para que se brinden las atenciones indicadas, y que estén en condiciones de prestarle los servicios.

La entidad accionada hará saber al juzgado, por escrito y en el término previsto, cómo ha procedido para cumplir la orden que se le impartirá y cómo continúa procediendo hasta que a la paciente cuyos derechos se tutelarán, se le haya suministrado la silla de ruedas eléctrica.

CUMPLIMIENTO:

El despacho adelantó y resolvió la presente tutela dentro del término determinado para ello, y además procedió conforme lo permite el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, como se expuso en el acápite inicial de este fallo, dentro del debate probatorio se dispuso lo necesario para acreditar el asunto de tutela; además que las pruebas aportadas en la tutela resultaron necesarias y suficientes; el despacho profirió el fallo correspondiente, por considerar que no existía ni era necesaria otra prueba para llegar al convencimiento de la petición de tutela.

Dentro de este fallo, se hizo toda una presentación, no solo de la naturaleza de la acción constitucional de la tutela, sino también de la aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso en concreto y sus efectos sobre el fallo, lo que permitió ubicar el asunto en estudio y por lo tanto permitió decidir a este despacho que estamos frente a un derecho fundamental constitucional que efectivamente fue vulnerado.

Queda así sustentado y justificada lo actuado en este caso por parte de este despacho, cumpliendo así los lineamientos trazados por el Consejo Superior de la Judicatura, sobre el factor calidad en la presente actuación.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín** (Antioquia), administrando Justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la Salud, en conexidad con la Vida Digna, y la Seguridad Social a la señora: GLORIA DE JESUS BOTERO identificada con la cédula de ciudadanía número 32.541.876

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia, a la NUEVA E.P.S. a través de su gerente Regional zona Nor Occidente Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ o quien haga sus veces de representante, como lo norman los arts. 27 y 29-5 del Decreto 2591 de 1991, que en el término perentorio de las **48 horas siguientes** a la de su notificación de esta decisión, proceda a disponer todo lo necesario para suministrar a la señora GLORIA DE JESÚS BOTERO, titular de la cédula de ciudadanía N° 32.541.786, la orden y su respectivo registro presupuestal, para el suministro de SILLA DE RUEDAS ELECTRICA en un centro asistencial, con el que la NUEVA E.P.S. tenga contrato vigente y esté en condiciones de suministrársela. Si actualmente la entidad no tuviere celebrado contrato que permita que a la paciente se le entreguen las órdenes en el término indicado debe celebrarlo, aunque sea específicamente para este caso.

TERCERO: DISPONER *que en forma oportuna, tan pronto le dé cumplimiento en el término determinado en el aparte anterior, el ente accionado informe al juzgado, por escrito, cómo ha procedido para cumplir la orden que se le impartió.*

CUARTO: DISPONER que esta decisión se notifique tanto a la solicitante de tutela agenciada, como a la entidad accionada mediante correo electrónico. En el acto de la notificación, se hará saber a las partes que procede la impugnación del fallo en el término de los tres días siguientes al de la notificación. EN TODO CASO, se hará llegar a la entidad accionada, a su gerente o director, copia completa de la decisión.

QUINTO: DISPONER el envío del expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de vencimiento de los términos de impugnación, si ésta no se da.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO

JUEZ

Firma escaneada art. 11 del Decreto 491 de 2020

DGP

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
La anterior providencia fue notificada por Estados Electrónicos
No. 53 Medellín, a/m/d: 2022-03-31
Mónica Arboleda Zapata
Notificadora