



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
Rama Judicial del Poder Público

**JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

<b>FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA</b>							
FECHA	CINCO (05) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)						
RADICADO	05001	31	05	017	<b>2022</b>	<b>00136</b>	00
PROCESO	TUTELA No.00043 de 2022						
ACCIONANTE	EDGAR EMILIO AVILA DORIA						
AFECTADO	JUAN FELIPE AVILA SUAREZ						
ACCIONADA	DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR-COMITÉ TECNICO CIENTIFICO-.						
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 00102 de 2022						
TEMAS	A LA SALUD, VIDA, CONDICIONES DIGNAS, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL entre otros						
DECISIÓN	TUTELA DERECHOS						

El señor EDGAR EMILIO AVILA DORIA, quien actúa en representación de su hijo menor JUAN FELIPE AVILA SUAREZ, con NUIP 1035017248, presenta Acción de Tutela, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, para que se le conceda la protección a los derechos fundamentales antes mencionados, los cuales considera, le están siendo vulnerados por parte de la DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR- COMITÉ TECNICO CIENTIFICO, basado en los siguientes,

**HECHOS:**

Manifiesta el accionante, que se encuentra afiliado a la Dirección de Sanidad Militar-Fuerzas Militares junto con el grupo familiar, que el 02 de enero de 2021, en la Clínica el Rosario de la ciudad de Medellín, a las 33 semanas dentro de embarazo gemelar nacieron los dos hijos SIMON ESTEBAN (cardiopatía compleja síndrome de ventrículo izquierdo hipoplásico) Y JUAN FELIPE AVILA SUAREZ (cardiopatía aorta bivalva).

Que dada la gravedad del estado de salud SIMON ESTEBAN, desde su nacimiento siempre permaneció en cuidados intensivos en la Clínica el Rosario, Cardiovid, Clínica el Rosario, Hospital Pablo Tobón Uribe hasta el día del fallecimiento, que de acuerdo a la historia clínica de manera tardía la Dirección General de Sanidad Militar –Dispensario Médico de Medellín autorizó el examen de ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES (CUPS 908412) para lo cual, se le tomó muestra de ADN a SIMON ESTEBAN para estudio molecular de

enfermedades, que El 28 de abril de 2021, a consecuencia de complicaciones médicas falleció SIMON ESTEBAN sin conocerse el resultado de dicho examen genético ni opción de tratamiento, que el 10 de mayo de 2021, se liberó el resultado en el que se diagnosticó “heterocigosis (1 copia), en el gen CDH2 (cadherin 2, OMIM\* 114020)”, que Simultáneamente JUAN FELIPE, también ha venido presentados problemas de salud. Situación que ha obligado a llevarlo a urgencias en diferentes instituciones de salud y a estar en permanente observación por diferentes especialidades (cardiología, gastro, neurología, pediatría) e incluso ha tenido que ser hospitalizado en la Clínica La Colina -Bogotá y en la Clínica El Rosario en Medellín.

Que ante remisión de Pediatría, el 26 de noviembre de 2021, JUAN FELIPE, fue atendido en la Clínica Bolivariana en Medellín por el Medico Genetista GUSTAVO ADOLFO GIRALDO, quien teniendo en cuenta los antecedentes y fallecimiento de Simón Esteban y que los dos niños al ser gemelos tenían la misma carga genética y previo a obtener el resultado genético de Simón, dispuso del examen “estudio molecular de mutaciones (especificas)” y además, porque Juan Felipe presenta, entre otros, diagnóstico de “Malformación congénita de válvulas mitral, aortica N, E, la misma que sufrió su hermano de manera más severa. Razones por las cuales prioritariamente se debe determinar o reconfirmar si Juan Felipe padece “heterocigosis (1 copia), en el gen CDH2 (cadherin 2, OMIM\* 114020)” y que esta fuera la causa de sus problemas de salud actuales de Juan Felipe. Requerimiento médico que de manera formal se hizo ese mismo mes ante la EPS SANIDAD MILITAR –DISPENSARIO MEDICO DE MEDELLIN.

Que ante la falta de respuesta durante los meses de diciembre y enero de 2022, el 22 de febrero, nuevamente se radicó en el área de admisiones del Dispensario médico de Medellín historia clínica y orden para estudio y autorización del examen solicitado “ESTUDIO MOLECULAR DE MUTACIONES (ESPECIFICAS).

Que el día 16 de marzo de 2022, de manera virtual se realizó Comité Técnico Científico Remisiones Especiales de la Dirección General de Sanidad Militar, en donde se emitió concepto “NO FAVORABLE”, sin entenderse lo escrito en el acápite de observaciones de dicha acta. Concepto, sin verificar, como era su deber, PRIMERO la historia la historia clínica Juan Felipe y la de su hermano gemelo fallecido, SEGUNDO, sin evaluar los antecedentes de la muerte del hermano gemelo por la causa de este síndrome genético, TERCERO tampoco para resolver dudas no tomaron contacto doctor el especialista en

genética de la CLINICA BOLIVARIANA DE MEDELLIN DOCTOR GUSTAVO ADOLFO GIRALDO, autoridad medica científica que solicito el indispensable y prioritario examen para el diagnóstico y tratamiento de cara a garantiza la salud y vida de Juan Felipe.

#### **PETICIONES:**

Solicita se tutelen los derechos constitucionales fundamentales invocados y se ordene a la entidad accionada dar trámite oportuno al examen requerido por el médico tratante, el cual se soportó debidamente ante dicha entidad.

#### **PRUEBAS:**

Anexó: historia clínica del afectado y respuesta Comité Científico, cedula del accionante y registro civil del menor, carne de servicio del accionante. (fls.07/33).

#### **TRÁMITE Y RÉPLICA:**

La presente acción fue admitida el día 28 de marzo de 2022 y se ordenó notificar a la entidad accionada, concediéndole un término de DOS (2) días para que presentara los informes respectivos, como se puede observar a folios 36/40 del expediente. La entidad accionada no dio respuesta al requerimiento que le hiciera el despacho.

Procede pues el despacho a resolver, previas las siguientes,

#### **CONSIDERACIONES**

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo constitucional a través del cual, las personas naturales o jurídicas, tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que se presente una violación o amenaza por medio de actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad pública o por particulares en determinadas y precisas circunstancias.

**PROBLEMA JURÍDICO:** Determinar si al menor JUAN FELIPE AVILA SUAREZ-afectado-, se le están vulnerando los derechos a la salud, la vida, por el trámite del examen requerido por el medico tratante del menor.

**TEMAS A TRATAR:** i) Requisitos procedencia de la acción de tutela; ii) Caso Concreto

**i) Requisitos procedencia de la acción de tutela:**

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Adicionalmente es extenso el análisis jurisprudencial de estos tres requisitos, como se indicó en la Sentencia T-219 del 5 junio de 2018, así se indicó:

- (i) *La legitimación en la causa por activa:* El artículo 86 de la Constitución Política[36] establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.
- (ii) *La legitimación por pasiva:* El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[39] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto, particularmente, las hipótesis se encuentran plasmadas en el artículo 42
- (iii) *La inmediatez:* el principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corte. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción en improcedente, puesto que desatendería su fin principal. Frente al principio de la inmediatez en la presentación de la acción de tutela, se encuentra que en la sentencia SU 391 DE 2016, la Corte constitucional lo analizo en los siguientes términos:

*“El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse “en todo momento y lugar”. La Corte Constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela, pues ello sería contrario al artículo citado[36]. Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello sería contrario a la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados[37]. Esta finalidad de la acción de tutela está prevista en el mismo artículo 86 de la Constitución, que señala que esta tiene por objeto “la protección inmediata” de los derechos alegados.*

*61. Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la prohibición de caducidad y la naturaleza de la acción, se ha*

entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente[38]. No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla[39].

62. La jurisprudencia ha identificado criterios que orientan al juez de tutela a evaluar, en cada caso, si se ha cumplido con el requisito de la inmediatez. Tales criterios se relacionan con:

- (i) La situación personal del peticionario: debe analizarse la situación personal del peticionario, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física”[40].
- (ii) El momento en el que se produce la vulneración: pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales[41]. En estos casos, para analizar la inmediatez el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó.
- (iii) La naturaleza de la vulneración: existen casos donde se presenta un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos de los interesados[42]. De acuerdo con este criterio, el juez debe analizar si la demora en la presentación de la tutela guarda relación con la situación de vulneración de derechos fundamentales que alega el peticionario.
- (iv) La actuación contra la que se dirige la tutela: la jurisprudencia constitucional ha señalado que el análisis de la inmediatez puede variar dependiendo de la actuación que se identifica como vulneratoria de los derechos invocados en la tutela. Específicamente, ha señalado que este análisis debe ser más estricto tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, ha sostenido que “el requisito de inmediatez tiene una relevancia particular en los casos de tutela contra providencias judiciales, de manera que la verificación de su cumplimiento debe ser aún más estricta que en otros casos, por cuanto la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente”[43].
- (v) Los efectos de la tutela: la Corte ha considerado que, aún si se encuentra un motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela, el juez debe tener en cuenta los efectos que esta tendría en los derechos de terceros si se declarara procedente, pues tales terceros tienen una expectativa legítima a que se proteja su seguridad jurídica[44].”

*iv) La Subsidiariedad:* En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia<sup>[41]</sup> y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo*: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario<sup>[42]</sup>.

En cuanto al suministro oportuno del medicamento y a la salud la Corte Constitucional en sentencia T-245 de 2020 manifestó:

***Reiteración de jurisprudencia sobre derecho a la salud, diagnóstico efectivo, atención integral en salud, y derecho a elegir IPS***

*5.1. Sobre el derecho a la salud. La salud es un derecho de carácter fundamental autónomo e irrenunciable,<sup>[127]</sup> de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 y lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Está compuesto por los siguientes cuatro elementos esenciales: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad. Sobre la disponibilidad, esta Corporación ha explicado que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional. La aceptabilidad hace referencia a que el sistema debe prestar el servicio de salud adecuado para las personas según su etnia, comunidad, situación sociocultural, género y ciclo de vida. La accesibilidad responde a que se debe garantizar el acceso físico, geográfico, económico y a la información de los servicios de salud para toda población. Finalmente, en cuanto a la calidad que se debe garantizar en el derecho a la salud, la jurisprudencia ha resaltado la necesidad de una atención integral en salud que sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, con personal idóneo y calificado, que se adecue a las necesidades de los pacientes<sup>[128]</sup>.*

*Esta Corte ha identificado diferentes situaciones con las que se vulnera el derecho fundamental a la salud, entre las cuales se destacan las siguientes: (i) cuando la entidad prestadora del servicio de salud no garantiza oportunamente un servicio incluido en el PBS<sup>[129]</sup>; (ii) cuando las barreras administrativas no permiten el acceso a tratamientos e interrumpe procedimientos necesarios e indispensables para la salud del paciente; (iii) cuando hay demora injustificada en la práctica de un servicio o tecnología que el paciente requiere con urgencia<sup>[130]</sup>; (iv) cuando los médicos se demoran o rehúsan establecer un diagnóstico o la prescripción de un tratamiento efectivo para el paciente<sup>[131]</sup>.*

*El artículo 44 de la Constitución Política prevé que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás y que el estado debe asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico, integral y el pleno ejercicio de sus garantías. El artículo 11 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece la especial protección que el Estado debe brindar a “niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad” (subrayas fuera de texto). Con relación a las personas de la tercera edad, esta Corte ha señalado que el estado les debe garantizar la prestación,*

*continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran, dado que es innegable que tienen derecho a una protección reforzada en salud<sup>[132]</sup>. En el caso particular de las personas con enfermedades huérfanas, el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011 establece que son aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida, y la Resolución 5265 de 2018 señala el listado de las enfermedades catalogadas como huérfanas.*

*5.2. Derecho a un diagnóstico efectivo<sup>[133]</sup>. Ahora bien, la Corte también ha señalado que una faceta del derecho fundamental a la salud es el derecho al diagnóstico.<sup>[134]</sup> El objetivo de esta garantía es establecer el acceso a tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos que se requieren con necesidad para restablecer la salud del paciente. Por tanto, aunque un juez de tutela no podría abarcar la órbita de acción que le compete a un profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento que no ha sido previamente diagnosticado, lo que excepcionalmente sí podría hacer, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud, es ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico. Es decir, el juez constitucional excepcionalmente podría resolver en sede de tutela que la Empresa Promotora de Salud correspondiente, por medio de los profesionales pertinentes, emita un diagnóstico efectivo, con el cual se garantice una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud.<sup>[135]</sup> Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha evidenciado que el derecho a un diagnóstico efectivo es vulnerado, entre otros casos, cuando las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad.<sup>[136]</sup>*

*5.3. Alcances del principio de integralidad. El artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud también dispone que el servicio de salud debe responder al principio de integralidad, esto es, que debe ser prestado de manera eficiente<sup>[137]</sup>, con calidad<sup>[138]</sup> y de manera oportuna<sup>[139]</sup>, antes, durante y después de la recuperación de la salud del paciente<sup>[140]</sup>. En la Sentencia C-313 de 2014 se explicó que el principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento. Al respecto, se aclaró que el principio de integralidad no solo implica que se debe garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar la afectación de la salud, sino también para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado<sup>[141]</sup>.*

*Esta Corte ha explicado que es posible que por medio de la acción de tutela se ampare la garantía de una atención integral en salud cuando el objetivo es asegurar una atención en conjunto de los servicios y tecnologías que se requieren ante las afectaciones de salud un paciente que han sido previamente determinadas por el médico tratante. Los alcances de dicho amparo serán determinados por el juez constitucional quien deberá concretar la orden al conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud. Esto es relevante, debido a que el amparo que garantice una prestación integral del servicio de salud debe contener indicaciones precisas que concreten la decisión del juez de tutela, con el fin de evitar órdenes indeterminadas, o el reconocimiento de prestaciones futuras inciertas<sup>[142]</sup>.*

*La garantía de una atención integral ha sido reconocida por esta Corporación, entre otros: (i) en casos en los que está en riesgo la situación de salud de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los menores de edad<sup>[143]</sup>, de los adultos mayores<sup>[144]</sup> o de las personas con enfermedades huérfanas<sup>[145]</sup>, entre otros; (ii) cuando se requieren prestaciones incluidas o no incluidas en el PBS<sup>[146]</sup>; (iii) en situaciones en las cuales las personas evidencian condiciones de salud extremadamente precarias e indignas<sup>[147]</sup>; o (iv) ante situaciones en las que se prueba que la EPS ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud<sup>[148]</sup>.*

*5.4. Derecho a elegir IPS. La jurisprudencia constitucional ha explicado que los afiliados a una EPS tienen derecho a elegir la IPS que les prestará los servicios de salud, pero que esta elección se debe realizar, en principio, entre las IPS que pertenecen a la red de servicios de la EPS a la que se encuentran afiliados. Esto con fundamento en lo previsto en los artículos 153<sup>[149]</sup>, 156 y 159 de la Ley 100 de 1993,*

de los cuales se deduce que la libertad de escogencia es uno de los principios fundamentales del SGSSS<sup>150</sup>.

**Servicios y tecnologías en salud incluidos, no incluidos expresamente y excluidos de financiamiento con recursos públicos**

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el SGSSS garantizará el derecho fundamental a la salud por medio de “la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral de la salud”. Al respecto, se dispone que: (i) en términos generales, los recursos públicos asignados para la salud (en adelante RPAS) podrán destinarse para financiar los servicios y tecnologías que se requieran para la atención de una enfermedad y, (ii) a manera de excepción, los RPAS no podrán destinarse para financiar servicios y tecnologías que se encuentren explícitamente excluidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. En otras palabras, la Ley Estatutaria dispone una concepción integral del derecho a la salud, según la cual todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse<sup>162</sup>.

Como consecuencia de esta regulación, el mencionado Ministerio profirió: (i) la Resolución 5592 de 2015, por medio de la cual actualizó el conocido Plan Obligatorio de Salud -POS-<sup>163</sup>, de tal manera que se comenzó a llamar Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -PBS o PBSUPC- (recientemente actualizada con la Resolución 3512 de 2019<sup>164</sup>); (ii) la Resolución 3951 de 2016, mediante la cual se estableció el procedimiento de prescripción y pago de servicios y tecnologías no cubiertas por el PBSUPC (actualmente la Resolución 1885 de 2018<sup>165</sup>); y (iii) la Resolución 5267 de 2017, con la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos de financiación con RPAS (recientemente actualizada con la Resolución 244 de 2019).

Así las cosas, se observa que el SGSSS prevé tres posibilidades sobre los servicios y tecnologías en salud<sup>166</sup>:

(i) Que estos se encuentren incluidos en el PBS y, por tanto, deben ser suministrados y financiados con RPAS (Resolución 5857 de 2018).

(ii) Que estos no estén expresamente incluidos en el PBS y, por ende, deben ser autorizados mediante un trámite de recobro (Resolución 1885 de 2018).

(iii) Que estos sean expresamente excluidos del PBS, en cuyo caso, en principio, no podrán ser financiados con RPAS (Resolución 244 de 2019).

Esta diferenciación entre servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos, no expresamente incluidos y expresamente excluidos del PBS obedece a que existen diferentes fuentes de financiación de los servicios y tecnologías en salud, y normatividad aplicable para cada categoría.

De esta forma, resulta pertinente explicar los alcances de estas posibilidades, como se indica continuación.

7.1. Servicios y tecnologías incluidos en el PBS - Resolución 5857 de 2018. Cuando un médico tratante de la EPS formula un servicio y tecnología incluida en el PBS, dicha entidad no puede negar su suministro. Las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo.

7.2. Servicios y tecnologías no incluidos expresamente en el PBS - Resolución 1885 de 2018. De conformidad con lo ya expuesto, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por regla general, los servicios y tecnologías que no se encuentren expresamente excluidos<sup>167</sup>, deben ser prestados a los pacientes, así no se encuentren explícitamente incluidos en el PBS<sup>168</sup>. Por tal motivo, la Resolución 1885 de 2018 estableció el procedimiento administrativo con el cual se define el acceso, reporte de prescripción y suministro de servicios y tecnologías no incluidas en el PBS, entre

otras<sup>169</sup>. Además, dicha Resolución reguló el correspondiente procedimiento de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES). La jurisprudencia constitucional<sup>170</sup> ha dicho que el juez de tutela puede autorizar el suministro de elementos no incluidos expresamente en el PBS cuando se acredite que:

- (i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere.
- (ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud.
- (iii) Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie<sup>171</sup>.
- (iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio.

7.3. Servicios y tecnologías excluidos del PBS - Resolución 244 de 2019. El artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud estableció los parámetros<sup>172</sup> para definir los servicios y tecnologías que deben ser excluidos de ser financiados con RPAS. El párrafo tercero del citado artículo 15 previó que “bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas”. Además, se le asignó al Ministerio de Salud y Protección Social la obligación de regular y adelantar un procedimiento con el cual se determinen las mencionadas exclusiones. Al respecto, se indicó que el trámite para definir las exclusiones debe estar precedido por la participación de la comunidad y de expertos en el área de la salud, quienes deben emitir un concepto científico que soporte la decisión de exclusión. Por lo expuesto, se profirió la Resolución 330 de 2017 con la cual se adoptó el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de las exclusiones. En cumplimiento del referido procedimiento, actualmente se encuentra vigente la lista de exclusiones de la Resolución 244 de 2019.

Esta Corte, en la Sentencia C-313 de 2014<sup>173</sup>, estudió el contenido material del mencionado artículo 15 y resolvió declararlo exequible bajo el entendido “de que no puede dar lugar a menoscabar la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales”. Al respecto, se aclaró que el juez de tutela tiene la facultad de inaplicar las normas que regulan las exclusiones cuando concurren las siguientes condiciones:

“a. 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.

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

c. 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.

d. Que el medicamento 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”.

*En aplicación de la citada regla jurisprudencial, esta Corte ha proferido diferentes sentencias de las cuales se destacan las siguientes premisas que el juez de tutela debe considerar al momento de inaplicar una exclusión: (i) no basta la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que con esta se autorice un servicio excluido<sup>[174]</sup>, además se requiere el cumplimiento de los otros citados requisitos de la Sentencia C-313 de 2014<sup>[175]</sup>; y (ii) la orden médica es relevante para establecer objetivamente si el servicio, tecnología o medicamento excluido<sup>[176]</sup> es pertinente para el tratamiento que requiere el paciente, y para evidenciar si el PBS contempla alternativas aptas con las cuales se pueda suplir la exclusión solicitada<sup>[177]</sup>.*

*Además, el análisis de fondo que puede realizar el juez de tutela en casos de exclusiones, resulta de particular importancia debido a que el SGSSS no regula un procedimiento judicial o administrativo con el cual sea posible requerir el suministro de lo excluido<sup>[178]</sup>. Esto se fundamenta en que: (i) como ya se explicó, la Superintendencia no tiene competencia jurisdiccional para conocer pretensiones sobre exclusiones; y (ii) el procedimiento de autorización y recobro previsto en la Resolución 1885 de 2018 no aplica para el caso de las exclusiones. Ello dado que:*

*a) El numeral 2 del artículo 23 de la citada Resolución establece que la Junta de Profesionales de la Salud (en adelante JPS) no puede aprobar la prestación solicitada cuando esta se enmarque en los lineamientos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 o, ya haga parte del listado de exclusiones.*

*b) El numeral 5 del artículo 23 de la citada Resolución dispone que un criterio de aprobación que la JPS debe verificar es que se hayan agotado las alternativas del PBS, esto indica que se debe verificar que se trate de servicios o tecnologías no incluidos expresamente<sup>[179]</sup> en el PBS.*

*c) La lógica de la Resolución en cita evidencia que está principalmente concebida para atender los casos de no incluidos expresamente<sup>[180]</sup> en el PBS, pues se entienden como no financiados con recursos de la UPC.*

*d) Se observa que el numeral 10 del artículo 3 de la Resolución en comentario, indica que las exclusiones son “prestaciones no financiadas con recursos del Sistema de Salud”, y el artículo 1° de dicha Resolución dice que su objeto son principalmente las “tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC”, sin mencionar a las primeras. En efecto, el texto de la Resolución evidencia que los conceptos en cita son diferentes y, además, en este no se vuelve a mencionar a las “prestaciones no financiadas con recursos del Sistema de Salud”<sup>[181]</sup>.*

*Aunado a todo lo expuesto, como ya se indicó, de no cumplirse el requisito de tener una orden médica, el juez de tutela, excepcionalmente, podría ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud. En otras palabras, el juez de tutela, eventualmente, podría ordenar a la EPS correspondiente que, por medio de sus médicos adscritos, emita un diagnóstico efectivo, con el cual se determine si se requiere con necesidad el servicio o tecnología expresamente excluido<sup>[182]</sup>.*

## **8. Caracterización de los servicios y tecnologías en salud pretendidos**

*Bajo los parámetros expuestos, a continuación, se explica de forma particular cada uno de los servicios o tecnologías en salud que son objeto de debate en los expedientes acumulados:*

- (i) *Pañales. No fueron excluidos de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Al respecto, se aclara que los pañales no se pueden incluir dentro de la categoría de “insumos de aseo” que prevé la citada Resolución, debido a que las exclusiones del PBS deben ser interpretadas de manera restrictiva, en razón al procedimiento específico que se requiere efectuar para su determinación<sup>[185]</sup>. Además, no se encuentran expresamente incluidos en el PBS, en consecuencia, son un insumo no incluido expresamente<sup>[186]</sup> en el PBS. Sobre este insumo se ha dicho que si bien es cierto que por sí mismo no contribuye directamente a la recuperación o curación definitiva de la patología del paciente, no se puede ignorar que sí tiene una incidencia positiva<sup>[187]</sup>.*
- (ii) *Guantes y gasas. No fueron excluidos de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Al respecto, se aclara que los guantes y las gasas no se pueden incluir dentro de la categoría de “insumos de aseo” que prevé la citada Resolución, debido a que las exclusiones del PBS deben ser interpretadas de manera restrictiva, en razón al procedimiento específico que se requiere efectuar para su determinación<sup>[188]</sup>. Además, no se encuentran expresamente incluidos en el PBS, en consecuencia, son un insumo no incluido expresamente<sup>[189]</sup> en el PBS.*
- (iii) *Silla de ruedas. No fueron excluidas de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Tampoco fueron incluidas dentro del PBS. Al respecto se observa que el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018 o PBS, aclara que las sillas de ruedas no se financiarán con recursos de la UPC. En consecuencia, las sillas de ruedas se enmarcan en la categoría de servicio o tecnología no incluida en el PBS.*
- (iv) *Paños húmedos. Se encuentran expresamente excluidos de financiación con recursos públicos, según lo previsto en la Resolución 244 de 2019. Sin embargo, como ya se explicó, el juez constitucional está facultado para evaluar la viabilidad de su concesión, según las circunstancias del caso en concreto.*
- (v) *Medicamentos prescritos por el médico. Los medicamentos formulados por el médico tratante pueden estar incluidos en el PBS, no incluidos expresamente<sup>[190]</sup> en el PBS, o encontrarse expresamente excluidos mediante la Resolución 244 de 2019, por tanto, su naturaleza dependerá del caso en concreto.*

*Un medicamento debe ser, en principio, ordenado por un médico adscrito a la EPS. No obstante, esta Corte ha aceptado que en ciertas circunstancias señaladas por la jurisprudencia, el criterio o prescripción de un médico particular o externo también pueda ser vinculante para la EPS<sup>[191]</sup>. De igual forma, es posible que en circunstancias excepcionales se requiera la intervención del juez constitucional para analizar la viabilidad de conceder un medicamento no formulado<sup>[192]</sup>.*

- (vi) *Transporte, alojamiento y alimentación. Los artículos 120 y 121 de la Resolución 5857 de 2018 establecen que el PBS cubre: (i) el traslado en ambulancia en casos de urgencias, entre IPS y para atención domiciliaria si el médico lo prescribe; (ii) el transporte en un medio distinto a una ambulancia para acceder a una atención contenida en el PBS no disponible en el lugar de residencia; y (iii) el transporte “cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia para recibir los servicios [de atención paliativa], cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios”. De otro lado, la Resolución 244 de 2019 no excluye alguna faceta particular del servicio de transporte. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela puede ordenar el servicio de transporte cuando se trate de un caso diferente a los previstos en la Resolución 5857 de 2018, siempre que se verifique que: (i) el servicio fue*

*autorizado directamente por la EPS; (ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos para pagar el valor del traslado; y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida del usuario*<sup>193</sup>.

*Las pretensiones de transporte usualmente están acompañadas de la petición de alojamiento y alimentación. Esta Corte ha explicado que el alojamiento y la alimentación no son servicios médicos y, en principio, sus costos deben ser asumidos por el usuario o su familia. No obstante, se ha aceptado que excepcionalmente se ordene su financiamiento cuando: (i) se constate que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se evidencie que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) particularmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración”*<sup>194</sup>.

*Esta Corte ha considerado que las EPS también deben costear los gastos de traslado, alimentación y alojamiento de un acompañante si: (i) se verifica que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tienen la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado*<sup>195</sup>.

## **ii) Caso Concreto**

En el caso de la referencia se tiene que a folios 11, el médico tratante del menor JUAN FELIPE AVILA SUAREZ, le ordenó el 26/11/2021, estudio molecular de mutaciones (específicas), (Estudio molecular de mutaciones específicas: MUTACIÓN PUNTUAL, CASO FAMILIAR GENETICO. Gen: CDH2, Mutación: c.1344+1G>A, Código SOAD:502422 Código OPC: 109764. Estudio ya en la pos resolución 2481.

A folios 14|15, reposa el formado del comité técnico científico remisiones especiales mediante acta N°.381/2022, se reunió el 16/03/2022, dando el concepto de no favorable, pero analizando el mismo se observa que no se hace relación si efectivamente se hizo el estudio detallado tal y cual lo ordeno el médico tratante el menor JUAN FELIPE AVIALA SUAREZ, es decir **“estudio molecular de mutaciones (específicas), (Estudio molecular de mutaciones específicas: MUTACIÓN PUNTUAL, CASO FAMILIAR GENETICO. Gen: CDH2, Mutación: c.1344+1G>A, Código SOAD:502422 Código OPC: 109764. Estudio ya en la pos resolución 2481...”**

En consecuencia de lo anterior, y dado que no se observa el comité efectuó el estudio tal y cual lo ordena el médico trate del afectado, se ordenara a la entidad accionada Dirección General De Sanidad Militar –Comité Técnico Científico, realice el estudio con la especificaciones del médico tratante, es decre es decir **“estudio molecular de mutaciones (específicas), (Estudio molecular de mutaciones específicas: MUTACIÓN PUNTUAL, CASO FAMILIAR GENETICO. Gen: CDH2, Mutación: c.1344+1G>A, Código SOAD:502422 Código OPC: 109764. Estudio ya en la pos resolución 2481,** para lo cual se le concede le término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, a partir de la notificación de la sentencia.

Esta sentencia se notificará a las partes conforme lo establece el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término de tres (3) días señalados en el Artículo 31 del Decreto 2561 de 1991, por la Secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando Justicia en nombre del Pueblo y por Mandato Constitucional,

**FALLA:**

**PRIMERO.** Se **TUTELAN** los derechos fundamentales invocados por señor **EDGAR EMILIO AVILA DORIA**, quien actúa en representación de su hijo menor **JUAN FELIPE AVILA SUAREZ**, con NUIP 1035017248, contra de la **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR- COMITÉ TECNICO CIENTIFICO**-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Se **ORDENA** a la **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR- COMITÉ TECNICO CIENTIFICO**, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, realice el estudio con la especificación del médico tratante, es decir **“estudio molecular de mutaciones (específicas), (Estudio molecular de mutaciones específicas: MUTACIÓN PUNTUAL, CASO FAMILIAR GENETICO. Gen: CDH2, Mutación: c.1344+1G>A, Código SOAD:502422 Código OPC: 109764. Estudio ya en la pos resolución 2481.”**

**TERCERO.** EL DESACATO a esta orden llevará consigo la aplicación de lo reglamentado en los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO.** NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito.

**QUINTO.** Si la presente providencia NO ES IMPUGNADA, remítase a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**SEXTO.** ARCHIVAR definitivamente una vez regrese de la Alta Corporación sin haber sido objeto de revisión, previa desanotación de su registro.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO**  
**JUEZ**

**Firmado Por:**

**Gimena Marcela Lopera Restrepo  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Laboral 017  
Medellin - Antioquia**

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: **119daeca70d9af5b535451df116c7ff15b9cc09869842724f76003e66e9f6143**  
Documento generado en 05/04/2022 02:31:46 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**