

INFORME SECRETARIAL. - Bogotá, D.C., 18 de octubre de dos mil veintidós (2022).- Al Despacho de la señora Juez informando que correspondió por reparto la presente Impugnación de tutela. Sírvase Proveer.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO BOGOTÁ-
CUNDINAMARCA**

Acción de Tutela No 11001-41-05-007-202200716-01

Accionante: EDGAR LARA como agente oficioso de MARÍA BELÉN LARA SÁNCHEZ

Accionado: CAPITAL SALUD EPS

Bogotá, D.C., nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Procede el Despacho a resolver la **impugnación** presentada por el accionante contra la sentencia de fecha siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022) proferida por el JUZGADO SÉPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C. dentro de la acción de tutela promovida por el señor **EDGAR LARA como agente oficioso de MARÍA BELÉN LARA SÁNCHEZ** contra **CAPITAL SALUD EPS**

ANTECEDENTES

✚ El señor Edgar Lara, actuando como agente oficioso de María Belén Lara Sánchez, promovió acción de tutela, para que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social..

✚ Señaló que la señora Lara Sánchez, tiene 97 años de edad y hace 4 años se encuentra postrada en cama, diagnosticada con “SINILIDAD, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, INSUFICIENCIA CARDIACA, ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, INCONTINENCIA URINARIA, DERMATITIS DEL PAÑAL, ENTRE OTRAS”

✚ Manifestó que debido a sus patologías, el médico tratante le ordenó “CANULA NASAL ADULTO- CREMA ANTIESCARAS TARRO x 400 GR - GUANTES DE MANEJO TALLA AL - PAÑITOS HUMEDOS”.

✚ El accionante refiere que la EPS accionada no accede a la entrega de los insumos médicos ordenados por el médico tratante, argumentando que se encuentran excluidos de PBS.

ACTUACIONES PROCESALES

En providencia de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós(2022., el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas, admitió la acción de tutela contra

Capital Salud y vincula la Secretaría Distrital de Salud, a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud-Adres, al Ministerio de Salud ya Vivir IPS S.A.S., ordenando correr traslado a la accionada para que, se pronunciara sobre los hechos de tutela, aportando para ello copia de los documentos que sustenten las razones de su dicho.

CONTESTACIONES

El Ministerio de Salud y Protección Social, informó que no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, razón por la cual, desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

La Superintendencia Nacional de Salud, reseñó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, pues esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

La Secretaría Distrital de Salud, solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, toda vez que ella no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

Vivir IPS S.A.S., indicó que la historia clínica evidencia la pertinencia de insumos médicos, teniendo en cuenta que, la paciente requiere cuidados especiales de la piel y movilizaciones frecuentes en cama para curar la ulcera por presión presente y evitar la aparición de nuevas lesiones.

La Secretaría de Salud de Cundinamarca, manifestó que la accionante registra como afiliada a Capital Salud E.P.S., por lo que corresponde a la EPS la prestación de los servicios que ella requiere.

La Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud-Adres, señaló que es función de la EPS y no de esa entidad, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a ella.

Capital Salud EPS, manifestó que ha desplegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor de la accionante. Que respecto a los insumos denominados pañitos húmedos, crema antiescaras tarro x 400 gr, es inviable que los autorice, al estar excluidos del SGSSS de acuerdo con lo considerado por la Ley 1751 de 2015 o Estatutaria del Derecho a la Salud.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia en sentencia de fecha siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022) resolvió *“(...)PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora María Belén Lara Sánchez y, en consecuencia: SEGUNDO.- ORDENAR a Capital Salud EPS, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y garantice, de forma directa o a través de una I.P.S. contratada en su red de prestadores la entrega de “CÁNULA NASAL*

ADULTO #1 POR MES; “CREMA ANTIESCARAS TARRO X 400 GR; PAÑITOS HUMEDOS CAJA 100 UNIDADES” en los términos establecidos por el médico tratante. TERCERO. – ORDENAR a Capital Salud EPS, que suministre en favor de la actora María Belén Lara Sánchez, de MANERA INTEGRAL, el tratamiento a la enfermedad y dolencia denunciada en esta acción constitucional “SENILIDAD(R54X); HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA); INSUFICIENCIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA; ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA; INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA; DERMATITIS DEL PAÑAL” y las que sean conexas o se deriven de ellas, entendiéndose que se encuentran cubiertos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás cuestiones necesarias para su recuperación . (...)”

IMPUGNACIÓN POR PARTE DE LA ACCIONADA

Inconforme con la decisión presenta impugnación contra el fallo por considerar que el A quo, se excede en el otorgamiento del tratamiento integral al ordenar los insumos “CREMA ANTIESCARAS TARRO X 400 GR; PAÑITOS HUMEDOS CAJA 100 UNIDADES”, es inviable que EPS Capital Salud autorice el mismo, al ser insumos que taxativamente se encuentran excluidos del SGSSS de acuerdo con lo considerado por la Ley 1751 de 2015 o Estatutaria en Salud, por lo que autorizarlo desde esta entidad correspondería a una desviación de los recursos estatales que son limitados y de destinamiento específico y los cuales en el caso de paciente han permitido garantizar el manejo recibido hasta el momento.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La Constitución Política de Colombia en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

En lo que tiene que ver con la subsidiariedad de la acción de tutela, en protección de los derechos como el que nos ocupa, la Honorable Corte Constitucional señaló en sentencia SU 508 de 2020: “(...)

ii) Subsidiariedad

34. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagra que la acción de tutela procederá cuando el afectado no disponga de otro medio defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que si la Constitución Política no consagrara el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido los mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico^[23].

35. Lo anterior no significa, sin embargo, que la acción de tutela proceda única y exclusivamente cuando no existan otros recursos, o cuando éstos se hayan agotado. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el requisito de subsidiariedad debe revisarse caso por caso, a fin de comprobar que, a pesar de existir otro mecanismo de defensa, no se esté ante una de estas posibilidades^[24]: a) un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela procede excepcionalmente^[25]; b) que si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no sea idóneo o eficaz^[26], y; c) que se trate de personas que requieren de especial protección constitucional, como niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de tercera edad, entre otros^[27].

36. En materia de salud, el legislador le asignó la función jurisdiccional a la Superintendencia de Salud, para que ésta dirima, entre otros, problemas relacionados con el suministro de medicamentos^[28]. El artículo 41 inciso 1 literal a) de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la cobertura de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el POS, cuando su negativa por parte de las EPS o quien haga sus veces ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

37. Esta función jurisdiccional se realizará a través de un procedimiento sumario y según los principios del proceso judicial (publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia)^[29], el derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, conforme al artículo 41 inciso 2 de la Ley 1122 de 2007. Este proceso, a su vez, cuenta con unas características particulares.

38. La primera característica es la informalidad^[30] y consiste, según el artículo 41 inciso 4 de la Ley 1122 de 2007, en que la demanda podrá ser presentada a través de memorial u otro escrito, sin que medie formalidad alguna o autenticación; asimismo, la informalidad implica que no se requerirá de apoderado judicial y que el proceso se adelantará con la menor formalidad posible.

39. La segunda característica es el carácter preferente y sumario^[31]. La Superintendencia Nacional de Salud no está sometida a los términos consagrados en el Código General del Proceso. El artículo 41 inciso 5 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, establece que la entidad emitirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes a la radicación de la demanda, cuando el objeto de esta sea la prestación de un servicio o tecnología incluido o excluido del Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS).

40. La tercera característica es la facultad de adoptar medidas cautelares^[32]. El artículo 41 parágrafo 3 numeral 1 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, consagra que la Superintendencia Nacional de Salud podrá adoptar, como medida cautelar, medidas tendientes a proteger la salud del usuario.

41. Estas características le permiten a la Corte Constitucional sostener, en principio, que la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud se reviste de carácter principal^[33]. Esto quiere decir que la entidad conoce y falla en derecho de manera definitiva, como lo hace un juez^[34].

42. El carácter principal, empero no significa que la acción de tutela sea desconocida; por el contrario, implica que debe estudiarse en cada caso si procede la acción jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con las siguientes reglas^[35]: a) exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; b) los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional^[36]; c) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional, o; d) se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.

43. La función jurisdiccional sería entonces un mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos de las personas en materia de salud^[37] en determinados casos. Esta postura la sostuvo la Corte en la sentencia SU-124 de 2018. En ella se indicó que el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud resultaba idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales de los usuarios^[38]; en consecuencia, la procedencia de la acción de tutela sería factible, solo cuando se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales o concurren circunstancias particulares, que hagan imperativa la intervención del juez constitucional^[39].

44. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconsiderado en sus Salas de Revisión este planteamiento, pues la reglamentación vigente experimenta algunas situaciones normativas relevantes y una situación estructural determinante, que conlleva a revisar el carácter idóneo y eficaz de la función jurisdiccional^[40].

a. Situaciones normativas

45. Estas situaciones hacen referencia a posibles contenidos o vacíos normativos. La primera consiste en los términos para resolver el caso^[41]. Mientras que la función jurisdiccional implica un término de veinte (20) días contados desde el momento de radicación de la demanda, la acción de tutela prevé un plazo de diez días para fallar en primera instancia, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991. Por otra parte, el legislador omitió reglamentar lo relativo a la interposición de recursos (o acceso a la segunda instancia)^[42]. El artículo 41 parágrafo 1 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estableció que las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud podrán ser apeladas. Estos recursos, a su vez, serán tramitados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial-Sala Laboral. Sin embargo, la disposición normativa no consagró cuál es el término para responder dicha apelación, ni el efecto en que se concede el recurso^[43].

46. Este vacío implica, de acuerdo con la Corte Constitucional, una indefinición en el tiempo que se demora una decisión y, por tanto, consecuencias negativas en la defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud^[44]. Al respecto, la Corte también ha sostenido que este vacío puede ser corregido mediante una interpretación sistemática^[45], si se aplica del carácter sumario de la función jurisdiccional^[46]. Para esta Corporación “[a] pesar de que el legislador no precisó el término (...) también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter prevalente y sumario que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son

conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna”^[47].

47. *La segunda situación hace referencia al objeto de la función jurisdiccional^[48]. La Corte Constitucional identificó que el recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud sólo procede ante la negativa por parte de las EPS, mas no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio^[49]. Tales circunstancias tampoco se advierten subsumidas en el literal e del artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 que refiere a la existencia de un conflicto en el acceso a servicios no incluidos, de forma que no aplica para los expresamente excluidos y no hace mención al supuesto de silencio u omisión en la respuesta de la EPS; por tanto, existe un déficit de protección ante estos últimos casos.*

48. *La tercera situación se presenta ante la falta de determinación de un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión^[50], omisión que nuevamente pone de presente un déficit de protección.*

49. *Finalmente, es preciso señalar otro aspecto que implica mayores exigencias en el mecanismo jurisdiccional de la Supersalud frente a la acción de tutela, y es aquel relacionado con la interposición a través de un agente oficioso. Lo anterior, toda vez que la agencia oficiosa en tutela solo se exige la manifestación expresa de quien la ejerce y que el agenciado no esté en condiciones de promover su propia defensa (f.j. 28 a 31); mientras que, ante la Superintendencia, el agente debe prestar caución y la ratificación, so pena de dar por terminada la actuación, conforme al artículo 57 del Código General del Proceso^[51].*

b. Situación estructural

50. *En la T-403 de 2017, la Sala Primera de revisión expuso un estudio empírico que da cuenta sobre el incumplimiento del término legal de diez días con el que cuenta para proferir sus fallos. Puntualmente, el estudio afirmó “De los 150 fallos de los que se obtuvo la información completa, se tiene que desde la fecha en que se avocó conocimiento o desde que se admitió la solicitud de trámite hasta el momento en que profirió fallo: 1. El promedio fue de 271 días. 2. El menor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 35 días. 3. El mayor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 881 días.”*

51. *Adicionalmente, la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 convocó a varias entidades y agentes responsables del sistema de salud a una audiencia pública, mediante auto A-668 de 2018. La audiencia tenía como finalidad evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema, así como encontrar soluciones sustanciales y definitivas para avanzar en la superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud^[52].*

52. *La Superintendencia de Salud participó en esa audiencia pública celebrada el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), e indicó que^[53]: a) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez (10) días que otorga como término la ley; b) existe un retraso entre dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico –por ejemplo, reclamaciones por licencias de paternidad–; c) la Superintendencia de salud no cuenta en sus regionales con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los*

problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá –en especial, carece de personal especializado suficiente en las superintendencias regionales y existe una fuerte dependencia de la sede en el Distrito Capital–.

53. Recientemente, la Superintendencia indicó que sus regionales solo tienen alcance en 312 municipios y que entre agosto de 2019 y junio de 2020 emitió 2261 sentencias en ejercicio de la función jurisdiccional, sin embargo, no expuso el tiempo que le tomó proferir dichas decisiones; motivo por el cual no es posible colegir que se hayan superado las dificultades reconocidas en el 2018^[54].

c. Alcance de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud

54. Las situaciones normativas y la estructural le permitieron a la Corte Constitucional concluir que la Superintendencia de Salud tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales. Por ello, mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos^[55].

55. Debe tenerse en cuenta, además, que una vez superadas dichas dificultades, la acción jurisdiccional no desplaza totalmente a la acción de tutela. La Corte Constitucional ha sostenido que el agotamiento de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no constituye un requisito ineludible para satisfacer la subsidiariedad de la acción de tutela; por el contrario, el juez de tutela deberá verificar varios elementos^[56]: a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz^[57]; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores^[58].

(..)

En lo que respecta a los servicios y tecnologías en beneficio de los pacientes, en la misma sentencia se precisó:

“(..)

E. Reglas jurisprudenciales en materia de suministro de pañales, pañitos húmedos, transporte y otros servicios de salud

168. Si bien, los pañales, los pañitos húmedos, las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías objeto de la presente decisión, no curan las causas de la enfermedad, su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar Dermatitis Asociada a la Incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que en casos extremos pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, e infecciones urinarias, como lo expusieron las universidades

intervinientes en el proceso, Andes, Nacional de Colombia, de la Sabana, del Bosque y de Antioquia en el presente trámite.

169. *En esa medida, la Corte Constitucional procederá a establecer la naturaleza jurídica de los pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y servicio de enfermería a la luz del plan de beneficios en salud, a fin de determinar si se encuentran incluidos o excluidos del mismo. De igual forma, se precisarán las reglas jurisprudenciales referidas a la autorización por vía de tutela y la necesidad de prescripción médica.*

(...)

ii) Crema anti-escaras

181. *Las cremas anti-escaras se entienden como insumos que actúan como medidas preventivas de las úlceras por presión^[183]. Consisten en una mezcla emulsionada de agua y aceite, y se diferencia de la emulsión, que se entiende como una composición de dos fases líquidas que no llegan a mezclarse y que suele usarse en productos cosméticos^[184]; asimismo, la crema se diferencia de la loción, en la medida en que ésta contiene un porcentaje mayor de agua que de aceite.*

182. *El listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- no consagra expresamente las cremas anti escaras. Los servicios y tecnologías más próximos en esas listas son la emulsión hidratante corporal (numeral 18) y la loción hidratante corporal (numeral 35). Esto implica resolver, a semejanza de los pañales, si es posible subsumir la crema anti-escara en las emulsiones corporales o en las lociones hidratantes.*

183. *La Corte Constitucional considera que, por una parte, las emulsiones y lociones no son asimilables a la crema y, por otra parte, se desconocerían las reglas fijadas de exclusión expresa contenidas en la C-313 de 2014. De acuerdo con esta Corporación, los servicios y tecnologías en salud que se excluyan del plan de beneficios en salud deben consagrarse de manera expresa, taxativa y determinable^[185]; de lo contrario se infringe el deber de otorgar el nivel más alto de salud posible^[186]. Por tanto, la Sala destaca que bajo la normativa vigente **la crema anti-escaras no se encuentra excluida del plan de beneficios en salud** y, por ende, hace parte del modelo de inclusión implícita según el mecanismo de financiación fijado en la normativa vigente.*

184. *De tal forma, si existe prescripción médica de cremas anti-escaras y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Sobre este punto, la Corte insiste en que debe garantizarse su entrega a los usuarios atendiendo a su condición de tecnología en salud incluida en el plan de beneficios.*

185. *Si la crema anti-escaras no se encuentra prescrita por el profesional de la salud, se podrá acudir a la acción de tutela. En ésta se deberá verificar, que la crema es necesaria para el tratamiento de la persona de conformidad con la información que reposa en la historia clínica o en otras pruebas allegadas al trámite constitucional -hecho notorio-. En todo caso*

esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (supra f.j. 166).

186. *Si no se cuenta con estas pruebas ni con la prescripción médica, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, es decir, se podrá ordenar a la empresa promotora de salud que realice la valoración médica y determine la necesidad de prescribirla, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.*

187. *En línea con lo considerado frente a los pañales, para este insumo tampoco es exigible el requisito de incapacidad económica cuando se ordene por medio de una petición de amparo constitucional (supra f.j. 180).*

iii) Pañitos húmedos

188. *El suministro de pañitos húmedos se encuentra excluido del plan de beneficios en salud, para toda enfermedad o condición asociada al servicio, de conformidad con la normatividad vigente -el numeral 57 del anexo de la Resolución 244 de 2019-.*

189. *Sin embargo, este suministro puede ser otorgado excepcionalmente a través la acción de tutela, para lo cual el juez debe constatar los requisitos establecidos en la sentencia C-313 de 2014 para la autorización de servicios excluidos del plan de beneficios en salud (supra f.j. 146).*

190. *En el caso que un servicio excluido analizado por el juez de tutela no cuente con prescripción médica, procedería el amparo del derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, cuando se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.*

(...)"

CASO CONCRETO

Observa el Juzgado que la discusión en el presente asunto gira en torno a determinar si la entidad accionada debe suministrar los servicios y tecnologías que requiere la actora, ordenados por el médico tratante, y conforme lo tutelado por el juez de primera instancia, o por el contrario no es de su resorte dicho suministro conforme el escrito de impugnación.

En documental se encuentra acreditado que la actora padece la siguiente patologías: "SENILIDAD(R54X); HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA); INSUFICIENCIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA; ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA; INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA; DERMATITIS DEL PAÑAL" (fl. 13 anexo 1), y en ocasión a dichos diagnósticos el médico tratante le ordenó "CÁNULA NASAL ADULTO #1 POR MES; CREMA ANTIESCARAS TARRO X 400 GR; GUANTES DE MANEJO

TALLA L CAJA X 100 UNIDADES #1 POR MES; PAÑITOS HUMEDOS CAJA 100 UNIDADES” (fl.10anexo 1).

Teniendo en cuenta lo anterior, amén de lo ya citado en las consideraciones generales, es menester destacar la síntesis de la sentencia SU 508 de 2020: “ (...)

267. *La Sala Plena de la Corte Constitucional planteó como problema jurídico de cara a resolver los asuntos concretos, si los accionantes tienen derecho a que se ordenen servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas, servicio de transporte intermunicipal, entre otros, con el objeto de proteger su derecho fundamental a la salud.*

268. *Al analizar los requisitos de procedibilidad, la Corte encontró que si bien existe la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud para debatir asuntos relacionados con servicios y tecnologías en salud previstas o no en el PBS, este mecanismo presenta algunos vacíos, pese a las reformas normativas introducidas por la Ley 1949 de 2019, entre los que se enuncian que (i) no existe término para proferir la decisión de segunda instancia, lo que prolonga el tiempo para la protección del derecho; (ii) no se establece en qué efecto se concede la impugnación; (iii) sólo procede ante la negativa por parte de las EPS y no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio, (iv) no determina garantías para el cumplimiento de la decisión, y (v) la ampliación de la agencia oficiosa es más rigurosa en el trámite ante la Superintendencia. De igual forma se abordó el problema estructural de dicho mecanismo, ocasionado por el incumplimiento del término que otorga la ley y el retraso de entre dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad, así como la falta de capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá.*

269. *Lo anterior dio lugar a que la Sala Plena concluyera que mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.*

270. *En cuanto a la carencia actual de objeto por acontecimiento de una situación sobreviniente, la Corte Constitucional reiteró que ésta se configura cuando ocurre un hecho ajeno a la parte accionada y, por tanto, no es posible hablar de la satisfacción del derecho (hecho superado) o de la consumación de un daño. Por ejemplo, existe una situación sobreviniente, cuando la persona fallece durante el trámite de tutela y la causa de ello no es la omisión por parte de la accionada.*

271. *Esta Corporación reiteró el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud conforme a la línea jurisprudencial fundada desde la sentencia T-859 de 2003 y posteriormente ratificada en la sentencia T-760 de 2008; así como en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 (Ley estatutaria en salud - LeS). Estableció algunas diferencias entre el modelo de POS -previo a la Ley 1751 de 2015- y el PBS -posterior a la Ley 1751 de 2015- y cómo estos planes garantizan el derecho a la salud, en atención a lo señalado en la C-313 de 2014.*

272. La Corte indicó que la prestación de servicios en salud se concreta en la Ley 1751 de 2015 que contempla un modelo de exclusión expresa reiterando lo señalado en la C-313 de 2014. Esto significa que el legislador abandonó la distinción entre servicios y tecnologías excluidos expresamente, incluidos expresamente e incluidos implícitamente, y optó por la siguiente regla todo aquel servicio y tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el PBS.

273. En tal sentido, se reiteraron las reglas contenidas en la sentencia C-313 de 2014 en relación con el modelo de exclusión explícita del plan de beneficios en salud -PBS-:

- i) las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el artículo 15 inciso 2 de la Ley 1751 de 2015;
- ii) la exclusión deberá ser expresa, clara y determinada, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente; y
- iii) es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre y cuando se cumplan las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia C-313 de 2014, a saber:
 - a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido 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 vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

274. Sobre la falta de capacidad económica, resaltó que no existe una tarifa legal para determinar la falta de capacidad económica y, por tanto, le corresponderá al juez establecer en cada caso cuáles pruebas permiten comprobarlo. En caso de no acreditarse un hecho notorio ni la falta de capacidad económica, el juez podrá ordenar la protección del diagnóstico.

275. La Corte reiteró que los servicios y tecnologías en salud incluidos son todos aquellos que no han sido expresamente excluidos por el Gobierno Nacional.

276. También reiteró que el derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Adicionalmente señaló que el diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: a) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; b) una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso y; c) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

277. La Sala consideró viable que, ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la EPS respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un servicio o tecnología en salud es requerido, a fin de que eventualmente sea provisto.

278. Esta Corporación planteó las siguientes subreglas unificadas en relación con los servicios de salud objeto de la presente providencia:

(...)

<p>cremas anti-escaras</p>	<p>i) No está expresamente excluido del PBS. Está incluido en el PBS.</p> <p>ii) En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que podrían estar excluidas al subsumirlas en la categoría de “lociones hidratantes” o “emulsiones corporales”.</p> <p>iii) Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.</p> <p>iv) Si no existe orden médica:</p> <p>a) Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de las cremas anti-escaras condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.</p> <p>b) Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.</p> <p>v) Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar cremas anti-escaras por vía de tutela.</p>
<p>Pañitos húmedos</p>	<p>i) Están expresamente excluidos del PBS.</p> <p>ii) Excepcionalmente pueden suministrarse por vía de tutela, si se acreditan los siguientes requisitos (reiterados en la C-313 de 2014):</p> <p>a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido 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 grave, claro y vigente que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.</p> <p>b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.</p> <p>c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes</p>

	<p><i>complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.</i></p> <p><i>d) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios 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.</i></p> <p><i>iii) En el caso que no cuente con prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar el diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.</i></p>
--	--

(...)"

Así las cosas, de acuerdo con los antecedentes y el precedente constitucional, se tiene que el médico tratante es quien ordeno los elementos objeto de discusión, los cuales son esenciales para salvaguardar el derecho integral a la salud de la paciente y especialmente para asegurarle en lo posible una vida en condiciones dignas. Maxime cuando se trata de una persona que goza de la especial protección del estado, por su edad, situación económica y padecimientos de salud.

A si las cosas encuentran este Juzgado que la decisión del a quo, está conforme a los lineamientos Jurisprudenciales, mediante los cuales la Honorable Corte Constitucional ha protegido el derecho a la salud y a la vida digna de personas que merecen la especial protección del estado y respecto de las cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para el cumplimiento de los derechos fundamentales que imploran.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, calendado a siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022) proferida por el JUZGADO SÉPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C., objeto de impugnación, conforme a la parte motiva que antecede.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: INFORMAR sobre lo aquí expuesto al Juzgado de origen.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO

Firmado Por:
Nancy Mireya Quintero Enciso
Juez Circuito
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 029 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0fd4a85bbbc0565878202f36c5d57693c929289b46391a926dadad3795341215**

Documento generado en 09/11/2022 03:59:58 PM

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