

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO  
LEY 600 DE BOGOTA  
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.  
Complejo Judicial de Paloquemao  
Telefax 3753827  
Correo institucional: [pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre del dos mil veintiuno (2021).

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Resolver la impugnación interpuesta por **FAMISANAR EPS**, en calidad de accionada, contra el fallo de tutela proferido el 17 de Agosto de 2021, por el Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en el que figuran como vinculadas las IPS CLINICA DE OCCIDENTE y CLINICA SAN DIEGO CIOSAD.

**SITUACIÓN FÁCTICA**

1.- Refiere la señora VILMA ENEIDA CONDE GARCIA que fue diagnosticada con carcinoma invasivo ductal de mama derecha, padecimiento que con el paso del tiempo le ha generado un deterioro neurológico agudo con pérdida de fuerza muscular del hemi cuerpo derecho, hemiparesia derecha, Nistagmus Horizontal, cefalea incapacitante, no control de esfínteres, entre otras secuelas y en esa medida, el médico domiciliario que la visitó el 18 de julio de 2021, consideró necesario el suministro de tensiómetro, termómetro, silla sanitaria, pañales, pañitos saturados, silla de ruedas y servicio de enfermera las 24 horas, pero no emitió orden para ello, por lo que solicita se ordene a FAMISANAR EPS se le haga entrega de los insumos antes indicados.

2.- La acción de tutela fue repartida por la oficina judicial mediante el aplicativo web, el 14 de septiembre de 2021.

## **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En sentencia proferida el 17 de agosto de 2021, el Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, tuteló los derechos fundamentales constitucionales a la vida, dignidad humana y salud de la señora VILMA ENEIDA CONDE GARCÍA, ordenando a FAMISANAR EPS, se practique valoración médica a la actora y se determine la necesidad o no de ordenar silla sanitaria, pañales, pañitos saturados, silla de ruedas, tensiómetro, termómetro y servicio de enfermera las 24 horas, dada su patología.

Sostuvo que bajo el derrotero jurisprudencial de la excepción de las normas del Plan de Beneficios del sistema general de seguridad social en salud, para el caso concreto, se observa que está demostrado conforme a las pruebas allegadas, que la señora VILMA ENEIDA CONDE GARCÍA cuenta con cuarenta y un (41) años y por sus patologías solicita se ordene algunos elementos para su diario vivir ya que a la fecha ha venido presentando deterioro neurológico que no le permite levantarse de su cama, ni realizar por sus propios medios sus actividades diarias y en esa medida la omisión de los insumos requeridos afecta de manera notoria la salud y la dignidad humana de ésta y le ayudarían a realizar sus necesidades cotidianas sin tener que recurrir a esfuerzos que serían extremadamente agobiantes y exhaustivos, dado que su enfermedad la tiene postrada, teniendo que recibir ayuda de terceros para incluso poder ir al baño. Además, no se advierte la existencia de otros suministros que se encuentren dentro del POS y que tengan la misma función y efectividad que cumplen los insumos citados. La tercera condición, menester resulta indicar que la señora VILMA ENEIDA, no cuenta con recursos para asumir el costo de los elementos y, en esa medida surge necesario, en garantía a los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y salud personal de la actora que FAMISANAR EPS, analice la viabilidad del suministro de la silla sanitaria, pañales, pañitos saturados, silla de ruedas, tensiómetro, termómetro, y servicio de enfermera las 24 horas pretendidos, así los mismos se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud, pues en un Estado Social de Derecho consideraciones de tipo económico deben ceder frente al deber de las autoridades de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Frente al último requisito, se observa que no fueron aprobados y/o ordenados dichos suministros por el médico tratante. Sin embargo, en sentencia T-974 de 2011, la Corte Constitucional ha precisado que dicho requisito puede ser soslayado si el uso de los elementos surge necesario de los elementos materiales probatorios allegados al plenario, como sucede en el presente caso.

Para la garantía de los derechos fundamentales de la accionante, consideró pertinente que se realice de manera previa una valoración médica para determinar su estado actual de salud, ordenando a FAMISANAR EPS que a través de sus galenos adscritos practique valoración médica que determine si actualmente requiere o no, de los citados elementos y en caso de valorarlos como necesarios precise la cantidad, calidad y demás especificaciones que considere pertinentes. Resaltando que en caso de ser ordenado por el médico tratante dichos elementos es FAMISANAR EPS quien debe brindar el suministro de estos.

En lo que respecta al tratamiento integral, negó tal disposición por cuanto no existe certeza sobre los tratamientos que requerirá la paciente o si los mismos serán negados por la entidad accionada, ya que se trata de un hecho futuro e incierto. Dejando en claro que le corresponde a FAMISANAR EPS contar con una red suficiente de IPS para atender las necesidades de sus pacientes, para que en caso de presentarse cualquier inconveniente con determinada IPS el servicio pueda ser suministrado por otra diferente, pues de manera alguna los problemas administrativos y contractuales surgidos entre las EPS y las IPS puede obstaculizar el acceso a los servicios de salud por parte de los pacientes.

### **DE LA IMPUGNACIÓN**

La Gerente Regional de FAMISANAR EPS, en el escrito de impugnación dio a conocer que la orden dada por el juez constitucional dispone la entrega de elementos y servicios que no están financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (Resolución 2481 de 2020) y al presupuesto máximo (Resolución 205 de 2020) y aquellos servicios expresamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección social como son los incluidos en la Resolución 244 de 2019 y en el artículo 15 de la ley Estatutaria 1751 de 2015, y en ese orden Famisanar EPS se encuentra imposibilitada a su cumplimiento, pues legalmente no puede destinar recursos del Sistema General de Seguridad Social a la prestación de servicios que no son propios del ámbito de la salud.

Adujo que la Entidad Territorial donde reside el usuario, podía destinar de sus recursos de participación en los ingresos corrientes de la Nación, a subsidiar los servicios reclamados por la actora, es decir, que existe la facultad para que los usuarios del Sistema de Salud tanto del régimen contributivo como del subsidiado, de inscribirse en el Banco de Ayudas técnicas a través de la Entidad Territorial en la que resida el afiliado, al tenor de lo dispuesto en el art 20 de la Ley 361 de 1997, por lo cual, para este tipo de prestaciones se debe contactar al Ente Territorial correspondiente.

Señaló que pese a disponer el fallador de primera instancia de la posibilidad de entregar a la accionante servicios no incluidos en el PBS con recursos de la UPC, no se realizó ningún pronunciamiento frente al Derecho que le corresponde a FAMISANAR EPS de recobrar los gastos incurridos con ocasión al cumplimiento de esa determinación, negando de esta manera el derecho que le asiste a FAMISANAR EPS en tal sentido y a la vez quebrantando la estabilidad financiera. Por ello, en caso de confirmar la decisión proferida por el a quo, solicita adicionar la orden en el sentido de disponer que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reintegre a la EPS los recursos destinados al suministro de los servicios excluidos de la financiación con recursos públicos del

SGSSS a través de la UPC Resolución 2481 de 2020 y del Presupuesto Máximo Resolución 205 de 2020 dentro de los 30 días calendario siguientes a la prestación del servicio ordenado por el Despacho Judicial.

Solicitó en consecuencia, se revoque la orden de llevar a cabo consulta con especialista para determinar pertinencia del servicio de SILLA SANITARIA, PAÑALES, PAÑITOS SATURADOS, SILLA DE RUEDAS, TENSIOMETRO, TERMOMETRO Y ENFERMERIA DOMICILIARIA reclamado por la accionante y en su lugar se deniegue la acción de tutela, por cuanto la conducta desplegada por FAMISANAR EPS ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida de la usuaria, dentro de las obligaciones legales de la misma. De manera subsidiaria, en caso de se opte por confirmar la decisión de suministrar servicios excluidos del PBS, se adicione la orden dirigida a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) de reintegrar a la EPS Famisanar S.A.S. los recursos destinados al suministro del servicio excluido de la financiación con recursos públicos del SGSSS a través de la UPC Resolución 2481 de 2020 y del Presupuesto Máximo Resolución 205 de 2020,

## CONSIDERACIONES

### ➤ **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, SU PROTECCIÓN ESPECIAL Y REFORZADA PARA PERSONAS QUE PADECEN CÁNCER Y SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS**

Actualmente, la Corte Constitucional reconoce la salud como un derecho fundamental autónomo de todos los ciudadanos. Dicha aseveración fue producto de un largo desarrollo jurisprudencial, en primera lugar, en la sentencia T-406 de 1992 se advirtió que los derechos sociales, económicos y culturales podían concebirse como fundamentales cuando tuvieran una relación de conexidad con alguno de los derechos de aplicación inmediata y, por ende, su protección se viabilizaba a través de la acción de tutela. En ese mismo sentido, se llegó a la conclusión de que la salud podía protegerse por su conexidad con el derecho fundamental a la vida y la dignidad humana.<sup>1</sup> En segundo lugar, en la sentencia T-227 de 2003 se definió como “*derecho fundamental*” todo derecho subjetivo que estuviera encaminado a garantizar la dignidad humana.<sup>2</sup> La referida postura implicó un avance en la concepción del derecho a la

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

salud, pues pasó a ser considerado como el mecanismo que permitiría procurarles a las personas una vida digna, garantizándoles así un adecuado desarrollo en la sociedad.

Posteriormente, en la sentencia T-760 de 2008, se sostuvo que todos los derechos fundamentales involucran necesariamente una prestación; haciendo énfasis en el derecho a la salud, este comprende una prestación integral de los servicios y tecnologías requeridos para garantizar una vida digna y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En este sentido, se indicó que: *“la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”*.<sup>3</sup> En el mismo fallo, se destacó la necesidad de crear un sistema de protección orientado a garantizarle a las personas iguales oportunidades para el *“disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*.<sup>4</sup> No obstante lo expuesto anteriormente, el referido derecho no es ilimitado, habida cuenta que su materialización depende de los recursos disponibles para la prestación de los servicios requeridos por los ciudadanos. Ello llevó a que el Comité estableciera cuatro criterios esenciales dirigidos a garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho, a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Al ser conceptos muy amplios, señaló la responsabilidad de cada Estado de concretar e implementar el contenido de cada uno de los elementos antes señalados a través de su legislación interna.

De otra parte, debe señalarse que se han entendido como sujetos de especial protección constitucional las personas que padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, como aquellas que han sido diagnosticadas con cáncer.<sup>5</sup> Estas personas gozan de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo para proteger su derecho a la salud, cuando este se vea amenazado o vulnerando y no exista un medio idóneo de defensa judicial. No solamente se ha tratado de dar protección a las personas con cáncer en sede de la jurisdicción constitucional, sino también a través de la rama legislativa. El Congreso de la República expidió la Ley 1384 de 2014, denominada como la *“Ley Sandra Ceballos”*, a través de la cual se pretendió *“establecer las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.”* (Subrayado fuera del

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>4</sup> Ibídem, párr. 9.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

texto) En dicha ley se caracterizó al cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y como prioridad nacional; lo que hace ineludible su protección <sup>6</sup>.

En la sentencia T-920 de 2013, la Corte Constitucional se refirió a la protección que debe dársele a estas personas, en los siguientes términos: *“Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente”*.<sup>7</sup>

La postura expuesta en el párrafo precedente se relaciona con el principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia. Al respecto, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud (...) No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”*<sup>8</sup> Por consiguiente, las personas que padecen cáncer no están en las mismas condiciones en la que se encuentra una persona sana o con un diagnóstico de menor gravedad para desplegar una adecuada defensa de sus derechos. De esta manera, es responsabilidad del Estado y de las entidades prestadoras de los servicios de salud ofrecer un servicio eficiente e integral para tratar la enfermedad mientras esta perdure, para poder garantizar que el paciente pueda sobrellevar su padecimiento dignamente.<sup>9</sup>

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo

---

<sup>6</sup> Ley 1384 de 2014, *“Por La Cual Se Establecen Las Acciones Para La Atención Integral Del Cáncer En Colombia”*: “

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>8</sup> Ley 1751 de 2018, *“Por Medio De La Cual Se Regula El Derecho Fundamental A La Salud Y Se Dictan Otras Disposiciones”*: *“Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”*

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

integral del ser humano. Por lo anterior, esta Corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.<sup>10</sup>

Ahora bien, la máxima autoridad constitucional, también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica *“la mera subsistencia biológica”*, sino también *“el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna”*<sup>11</sup>. En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna *“se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas 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”*<sup>12</sup>.

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

En varias oportunidades se ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.<sup>13</sup> De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que *“tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el*

---

10 Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; en el mismo sentido la sentencia T-630 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

12 Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

13 Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

*derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”<sup>14</sup>*

➤ **ACCESO A MEDICAMENTOS, PROCEDIMIENTOS E INSUMOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD.**

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 prevé que todos los habitantes del territorio nacional pueden acceder a un plan obligatorio de salud, fijando como objetivo *“permitir la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.”* A partir de ello, el Ministerio de Salud y Protección Social viene actualizando el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), y fija un conjunto de servicios y tecnologías que, se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en las condiciones allí previstas. Lo anterior no significa que aquellas tecnologías en salud que no son financiadas por la Unidad de Pago por Capitación estén excluidas y en consecuencia deban ser negadas por parte de las EPS, para tal efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 1885 de 2018, mediante la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de dichas tecnologías. La mencionada Resolución dispone entre otras cosas lo siguiente: *“... Artículo 30. Parágrafo 1: “En ningún caso la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, podrá significar una barrera de acceso a los usuarios, bien sea por el diligenciamiento de la herramienta tecnológica o por la prescripción realizada mediante el formulario de contingencia que el Ministerio de Salud y Protección Social expida para tal fin”. Artículo 31. “Corresponde al hecho cierto de la entrega de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, por parte de las EPS y las EOC., las cuales deberán: i) verificar que al usuario se le suministre la prescripción efectuada por el profesional de la salud, ii) implementar los controles o mecanismos necesarios para evitar la duplicidad en la entrega, iii) garantizar el suministro efectivo de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios a los usuarios sin trámites adicionales y, iv) garantizar los controles de seguridad y efectividad de las prescripciones”.* (Negrilla fuera del texto original) *“... Bajo ninguna circunstancia podrán: i) negarse sin justa causa el suministro de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios a los usuarios, ii) exigir al usuario nuevas prescripciones o invalidar la efectuada por el profesional de la salud cuando la IPS o los proveedores definidos para realizar el respectivo suministro sean distintos, iii) solicitar*

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

***nuevas citas con los profesionales de la salud para realizar nuevas prescripciones de acuerdo a las anulaciones y iv) negar el suministro efectivo cuando la Junta de Profesionales ha dado aprobación, incluso fuera de los términos***". (Negrilla fuera del texto original) Así, en aquellos casos en que los elementos no se encuentren cubiertos expresamente por el PBS con cargo a la UPC o cubiertos, pero no financiados por la UPC, las EPS están facultadas para activar el mecanismo previsto en la Resolución 1885 de 2018 con el fin de que la Administradora del Sistema de Salud -ADRES - reconozca los gastos en que incurrieron. Del mismo modo, frente a aquellos medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, etc., que no se encuentran expresamente incluidos en el PBS se ha señalado que su ausencia: "... *no puede constituir una barrera insuperable entre los usuarios del sistema de salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que la autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las EPS, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal, es el juez de tutela el llamado a precaver y remediar la situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se pueden conculcar.*" Bajo este panorama, cuando se reclamen por vía tutela servicios asistenciales o elementos no contemplados en las inclusiones del PBS, el juez de tutela debe verificar la concurrencia de una serie de requisitos, para así determinar si procede o no: "(i) *la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*" En lo que respecta a aquellos servicios, procedimientos, medicamentos o insumos que se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: "...a) *que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación; f) que tengan que ser prestados en el exterior.*" Sobre este punto, el enunciado artículo señala, además, que los servicios o tecnologías que no cumplan con los criterios anteriormente descritos serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. Bajo esta directriz, en el año 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5267, a través de la cual creó el primer listado de exclusiones; lo cual, permite afirmar que, solo aquellos servicios o tecnologías expresamente señalados en dicha resolución se encuentran excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

A modo de conclusión, el sistema de salud contempla tres escenarios cuando un servicio, procedimiento, medicamento o insumo sea requerido por un usuario, a saber: “(i) que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC; (ii) que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC”. En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia constitucional para ordenar su autorización; (iii) que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017”.

#### ➤ DEL SUMINISTRO DE LA SILLA DE RUEDAS

El artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017, contempló en el párrafo 2° aquellas ayudas técnicas que no se financian con recursos de la Unidad de Pago por Capitación, estos son: sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos. No obstante, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018, en ningún caso, la prescripción de tecnologías en salud, no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios podrá significar una barrera de acceso a los usuarios por manera que las EPS no pueden bajo ninguna circunstancia negarse sin justa causa al suministro de dichos servicios. Y es que como ya lo ha señalado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional, tal indicación: “no significa que las sillas de ruedas, sean ayudas técnicas excluidas del PBS. De hecho, la Resolución 5267 de 2017 no contempló a las sillas de ruedas dentro del listado de servicios y en consecuencia, se trata de ayudas técnicas incluidas en el PBS, pero cuyo financiamiento no proviene de la Unidad de Pago por Capitación.” Sobre la utilidad y necesidad de la silla de ruedas como ayuda técnica, en sentencia T-471 de 2018 la Corporación Constitucional resaltó: “... Si bien tal elemento no contribuye a la cura de la enfermedad, como una ayuda técnica que es, podrá servir de apoyo en los problemas de desplazamiento por causa de su limitación y le permitirá un traslado adecuado al sitio que desee, incluso dentro de su hogar, para que el posible estado de postración a la que se puede ver sometido, al no contar con tal ayuda, no haga indigna su existencia. La libertad de locomoción es uno de los derechos consagrados constitucionalmente; el facilitar al paciente su movilización, a través de una ayuda técnica, hace que se materialice este derecho...” En el mismo sentido, en Sentencia T-196 de 2018, se indicó: “... es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita movilizarse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice una mejor calidad de vida a la persona...” De antaño se ha concluido que, las EPS deben suministrar la sillas de ruedas

cuando, se evidencie “(i) orden médica prescrita por el galeno tratante; (ii) que no exista otro elemento dentro del Plan de Beneficios en Salud que pueda permitir la movilización del paciente; (iii) cuando sea evidente que, ante los problemas de salud, tal elemento y/o insumo signifique un elemento vital para atenuar los rigores que causan cualquier penosa enfermedad y (iv) que el paciente carezca de los recursos económicos para proporcionárselo él mismo”.

➤ **Procedimiento para el suministro de pañales desechables y pañitos húmedos:**

Según la más reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud<sup>15</sup>, los pañales desechables no están incluidos dentro de aquellos insumos que son financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Sin embargo, este elemento no ha sido excluido expresamente del Plan de Beneficios en Salud, pues según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías que se enmarquen dentro de alguna de las categorías o criterios establecidos en esa misma disposición, deberán ser apartados de la cobertura del plan de beneficios<sup>16</sup>, lo cual no ha ocurrido hasta el momento ni con los pañitos húmedos ni con los pañales desechables.

Este tipo de insumos es lo que la ley ha denominado servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios en Salud<sup>17</sup>, sin embargo, la misma jurisprudencia se ha referido a ellos como insumos. Según el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la prescripción de este tipo de insumos debe hacerse conforme a las siguientes reglas: “*Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación:*

*1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo.*

---

<sup>15</sup> Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>16</sup> Ley 1751 de 2015, artículo 16: “*El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.*

<sup>17</sup> Mediante la Resolución 3951 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció un nuevo procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC .

2. *Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin.*

3. *Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma.*

4. *Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.”*

Es importante agregar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución 3951 de 2016, las Entidades Promotoras de Salud deben, entre otras, garantizar el suministro oportuno a través de la red de prestadores definida de los servicios y tecnologías en salud no financiadas en el PBS prescritos por los profesionales de la salud y reportar al Ministerio la información necesaria en relación con lo anterior. Cabe aclarar que no es procedente que las IPS o EPS soliciten verificaciones al Ministerio de Salud y Protección Social, pues no prescribe, autoriza o entrega dichos servicios o tecnologías. Este nuevo procedimiento de prescripción de servicios o tecnologías complementarias busca evitar que se trasladen a los usuarios las demoras en el suministro de estos insumos, pues a diferencia del procedimiento anterior, primero se ordena la entrega del insumo a través del aplicativo virtual creado para tal efecto (“MIPRES”), y con posterioridad se realiza el recobro a que haya lugar. En este orden de ideas, bajo el nuevo esquema de entrega de pañales desechables, “(...) *los insumos de aseo e higiene, al no estar expresamente excluidos bajo las garantías del procedimiento establecido por la ley, podrían ser suministrados por una entidad EPS o IPS con cargo a los recursos públicos previstos para servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, siempre que el profesional de la salud o la junta de profesionales de la salud prevista en la ley pudiera justificar técnicamente la decisión adoptada de forma coherente con el diagnóstico clínico.*”<sup>18</sup>

## ➤ **EL SERVICIO DE AUXILIAR DE ENFERMERÍA**

Este servicio de auxiliar de *enfermería*, es también denominado atención domiciliaria, el cual constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;<sup>19</sup> se

---

<sup>18</sup> Sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>19</sup> Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018, como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; servicio que se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

### ➤ CASO CONCRETO

La EPS accionada basa su disenso, principalmente en que, los insumos que se persiguen por parte de la actora, no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud (PBS), y en efecto no puede financiarse con recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, asunto que configura una muestra del flagrante desconocimiento de la EPS accionada al pretender eludir su responsabilidad, pretendiendo con su negativa exigirle al juez se le autorice el recobro, cuando la Corte Constitucional ha dicho que los recobros no se ordenan por tutela, es más, la entidad se está adelantando al concepto que pueda emitir la junta médica sobre la necesidad o no de los elementos que alude la actora requiere para su bienestar y mejoramiento de calidad de vida y en esa medida de ser positivo el criterio médico, la EPS, se encuentra facultada para adelantar el procedimiento previsto en la Resolución 1885 de 2018 con el fin de que la Administradora del Sistema de Salud -ADRES- reconozca los gastos en que pueda incurrir, y que como se adujo por ésta entidad, atendiendo las previsiones de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, las EPS, cuentan con los recursos necesarios, pues los mismos se adjudican de manera anticipada: máxime que la Corte Constitucional dispuso que no era necesario que el Juez de tutela ordene el recobro, ya que es facultad de la EPS hacer el mismo. Al respecto, en la sentencia T-760 de 2008 Mg. Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, dijo lo siguiente:

*“...Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela, por iniciativa del CTC correspondiente: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o el recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el FOSYGA, 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. Bastará con que en*

*efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa “ Principio activo en POS” cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en esta providencia..” – Subrayado fuera de texto-*

Es más, la EPS, no puede pasar por alto el hecho que la actora es una persona con diagnóstico de CANCER DE SENO, y en esa medida como se adujo en párrafos anteriores, no está en las mismas condiciones en la que se encuentra una persona sana o con un diagnóstico de menor gravedad para desplegar una adecuada defensa de sus derechos por lo que es responsabilidad suya ofrecer un servicio eficiente e integral para tratar la enfermedad mientras esta perdure, para poder garantizarle a la paciente que pueda sobrellevar su padecimiento dignamente; sin duda alguna la imposición de barreras administrativas y burocráticas, que impiden la prestación, pronta, adecuada y efectiva del servicio de salud tiene consecuencias perjudiciales en la salud de las personas, y en la medida en que las condiciones del paciente empeoren, necesitará una mejor atención o la prestación de servicios de mayor complejidad, lo que implicará una erogación económica mayor a la inicialmente requerida de haberse prestado el servicio de manera oportuna y con calidad.

En ese orden de ideas, resulta coherente la orden dispuesta por el juzgado de primera instancia pues el juez de tutela no puede ordenar directamente a la entidad encargada servicios médicos no prescritos al paciente por el galeno tratante, ya que no es constitucionalmente admisible que en su función de proteger los derechos fundamentales de las personas reemplace los conocimientos y criterios del médico y, de contera, paradójicamente ponga en peligro la salud de quien invoca el amparo constitucional<sup>20</sup> precisamente porque este profesional establece bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda sufrir el paciente, por lo tanto, el conocimiento médico-científico es el que debe primar y en esa medida, como en el presente caso, no existe una orden médica respecto del servicio de salud que se persigue, pero se advierte una duda razonable acerca de la necesidad del servicio solicitado, en aras de proteger el derecho al diagnóstico la valoración ordenada por parte del equipo médico de la E.P.S., es adecuada, por lo tanto, FAMISANAR E.P.S deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si la señora VILMA CONDE requiere los elementos por ella aludidos y a los que se refirió el medico domiciliario en su visita pero que no los prescribió, porque no puede pasarse por alto que la atención médica que deben prestar las E.P.S. debe ser, en todos los casos, integral, máxime cuando se trata de una persona de especial protección por la patología que la aqueja por manera que la entidad

---

<sup>20</sup> Sentencia T-739 de 2011.

promotora de salud deberá hacer la respectiva valoración para determinar la necesidad de los servicios requeridos.

Al respecto, sobre el tratamiento del cáncer, la Corte Constitucional señaló en la **Sentencia T-066 de 2012**, lo siguiente:

*“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)<sup>21</sup>.*

Y en la **Sentencia T-607 de 2016**, respecto de las personas que padecen cáncer se le deben garantizar todos los tratamientos que sean necesarios, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante:

*“... a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.*

Finalmente, en lo que respecta a la vinculación de las entidades territoriales para por ejemplo el suministro de sillas de ruedas, se le debe indicar a la EPS FAMISANAR que dichas entidades no tienen ninguna obligación de suministrar servicios de salud o ayudas a las personas que están afiliadas al régimen contributivo, sino a las personas vulnerables, de escasos recursos económicos que están en el régimen subsidiado, o en el SISBEN; máxime que de acuerdo con el precedente jurisprudencial transcrito es claro que le corresponde es a la EPS el suministro de insumos o elementos no previstos en el PBS, para el tratamiento del cáncer ya que esa patología debe ser atendida de manera integral.

Conforme a lo enunciado, se CONFIRMARÁ el fallo impugnado en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600 de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República,

### **RESUELVE:**

---

<sup>21</sup> Sentencia T-066 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

**PRIMERO. - CONFIRMAR** en su integridad el fallo impugnado proferido por el Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., el 17 de agosto de 2021.

**SEGUNDO. - ORDENAR** remitir al juzgado de primera instancia una copia de este fallo, para su conocimiento al email: [j36pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j36pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co), para que lo haga cumplir.

**TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR** esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión

Para la notificación a las partes, se debe hacer a los siguientes emails:

ACCIONANTE: [crstigape@hotmail.com](mailto:crstigape@hotmail.com)

FAMISANAR EPS.: [notificaciones@famisanar.com.co](mailto:notificaciones@famisanar.com.co)

CLINICA OCCIDENTE: [juridica@clinicadeloccidente.com](mailto:juridica@clinicadeloccidente.com)

CLINICA SAN DIEGO CIOSAD: [info@ciosad.com.co](mailto:info@ciosad.com.co)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS  
JUEZ