

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



JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Ref.	Acción de Tutela N° 11001310500420200044900
Accionante:	MISAEL CHAVERRA ASPRILLA, con agente oficioso MAYRA CABRERA ASPRILLA
Accionado:	SANIDAD MILITAR

Bogotá, D.C. 9 diciembre de 2020

Estando dentro del término legal, procede el Despacho a resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por MISAEL CHAVERRA ASPRILLA, a través de agente oficioso MAYRA CABRERA ASPRILLA en contra de SANIDAD MILITAR por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, lo que hizo consistir en los siguientes:

HECHOS

1. Que el accionado es un ciudadano colombiano, radicado en la ciudad en Apartado Antioquia, ex militar, que hace 2 años sufrió un accidente de tránsito que ocasiono una lección grave quedando parapléjico.
2. Que en ese momento se encontraba adscrito al batallón de Bogotá.
3. Que para el cuadro médico que presenta, es necesario que la accionada se haga cargo de varios servicios entre los más importantes está el suministro de pañales, que según orden médica debe generarse entrega de 480 pañales cada tres meses, para la utilización de un pañal cada 6 horas.
4. Que durante el tiempo que el actor vivió en Bogotá, no existió inconveniente con dichas entregas, la omisión y el inconveniente con el servicio empezó a generarse en el momento que se traslada a la

zona de Urabá, omitiendo la accionada una prestación integral en los servicios de salud.

PRETENSIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Solicita la parte accionante que se protejan sus derechos fundamentales, para lo cual solicita se ordene a la accionada DIRECCIÓN DE SANIDAD a materializar la entrega de la pañalería en los términos de la orden del servicio. Además, que se genere una prestación integral en los servicios de salud que por su diagnóstico llegue a requerir.

ACTUACIONES DEL JUZGADO

Mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2020 se admitió la acción de tutela contra DIRECCIÓN DE SANIDAD, librándose las comunicaciones correspondientes para que dentro del término allí establecido se pronunciaran sobre los hechos de la presente acción.

PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

Cabe mencionar en este punto que las partes allegaron las pruebas relacionadas en cada una de las contestaciones y anexos.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

El día 30 de noviembre de 2020, la DIRECCIÓN DE SANIDAD, allega respuesta informando que, en la mencionada pretensión, es importante precisar que los pañales desechables, no son insumos médicos por tanto, no están incluidos en el Plan Integral de Salud establecido en el Acuerdo 002 del 2001 del Consejo Superior de la Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Que los pañales son contemplados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), como productos de aseo o limpieza, de igual manera, estos elementos de aseo no están incluidos en el Acuerdo.

Consecuentemente de lo anterior, se señala que MISAEI CHAVERRA ASPRILLA, cuenta con una pensión mensual de invalidez del 95%, dada su calificación del 100% de junta médico laboral, además de contar con un 25% adicional por requerir auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida.

En relación con la atención integral, resulta improcedente conceder tal petición, pues son procedimientos y servicios médicos que desconoce la entidad, ya que son cubiertos y atendidos y cubiertos por los dispensarios médicos y su red externa con los servicios que se encuentran dentro del POS, sin que con ellos configure la vulneración de sus derechos fundamentales, pues los servicios de salud necesarios para su atención se le están garantizando.

Ahora bien, una vez revisado el sistema integrado de salud de las fuerzas militares SALUD SIS, se evidencia que MISAEI CHAVERRA, se encuentra activo en los servicios de salud y que la atención se ha venido prestando de manera integral e ininterrumpida.

De igual forma, solicita al Despacho tener en cuenta que la agente oficiosa, requiere la prestación integral de servicios de salud sobre hechos futuros e inciertos, pues se solicita dicho tratamiento sobre una vulneración que aún no ha incurrido.

Por todo lo anterior, pide al Juzgado se declara la improcedencia de la presente acción.

CONSIDERACIONES

Uno de los mecanismos más importantes que surgieron con ocasión de la expedición de la Carta Política que rige los destinos de la Nación desde 1991, es la consagración en dicho texto normativo superior de la acción de tutela como mecanismo breve, ágil y eficaz colocado al alcance de todas las personas, sean naturales o jurídicas, para que concurran ante los jueces a fin de que se les proteja en sus derechos fundamentales, derechos inherentes al ser humano como tal, cuando quiera que tales derechos resulten desconocidos, violados o infringidos por la acción o la omisión de

una autoridad pública o de particulares, en este último caso en los precisos eventos señalados en la Constitución o la Ley.

Del contexto de la última parte del inciso 1º del artículo 86 de la Carta, se desprende que **la acción de tutela está revestida de las características de ser eminentemente subsidiaria y residual, procediendo sólo, se repite, cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.**

Dicho lo anterior se revisarán los **requisitos de procedibilidad** de la presente acción:

1. Legitimidad en la causa por activa y pasiva

En el caso particular, los requisitos en mención se cumplen a cabalidad pues la acción de tutela fue interpuesta por MISAE CHAVERRA ASPRILLA, a través de agente oficiosa MAYRA CABRERA ASRPILLA, quien pretende la protección de sus derechos presuntamente vulnerados a la salud y vida digna.

Por su parte, la tutela fue dirigida en contra de la DIRECCIÓN DE SANIDAD, entidad legitimada por pasiva por ser la encargada de los hechos que dieron origen a la presente acción.

2. Inmediatez

Con relación al principio de inmediatez como requisito de procedibilidad del presente mecanismo, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela deberá interponerse dentro de un término razonable luego de la acción u omisión que vulneró o amenaza con vulnerar un derecho fundamental; sobre el particular la sentencia SU-961 de 1999 estimó que *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”*.¹ En el mismo sentido la sentencia SU-391 de

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2016 señaló que “[n]o 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”. Sentencia T171-18.

Teniendo en cuenta lo anterior y del examen de las pruebas allegadas por la agente oficiosa del accionante se tiene que la orden médica es de fecha 4 de noviembre de 2020, por lo cual el Despacho encuentra que se presentó en un término razonable, se colige que en el caso que nos ocupa dicha acción cumple con el requisito de inmediatez.

3.Subsidiariedad

Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. “Sin embargo, esta Corporación ha establecido que *“un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado”*.²

En este caso se debe considerar si la acción de tutela es procedente, pese a que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de *“conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”* los asuntos en los que exista conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Por su parte, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el procedimiento dispuesto ante la Superintendencia de Salud es *“preferente y sumario”* y deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Lo que observa el Juzgado es que no obstante la existencia paralela del

² Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández y SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia, ya la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud.³

Para ello se tiene que conforme a lo dispuesto en la sentencia T-881 de 2007 se podía establecer que el derecho a la salud no era de raigambre fundamental, podía ampararse este derecho cuando el mismo se encontrara en conexidad como por ejemplo con el derecho a la vida, para lo cual se debían cumplir los requisitos señalados en la sentencia citada los cuales son; **i)** cuando el derecho prestacional se halla en conexidad con un derecho de rango fundamental, de modo que la afectación del primero conlleva la del segundo, **ii)** cuando el sujeto del derecho es un niño, una persona de la tercera edad o un discapacitado sensorial, físico o psíquico y **iii)** cuando, como consecuencia del desarrollo legal o administrativo de una norma constitucional abstracta, el derecho prestacional se transmuta y adquiere raigambre fundamental.

Aunado a lo anterior, **se expidió la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, en donde se estableció que la salud era un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo.**

Por su parte la sentencia T-121/15 dispuso:

3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

³ Sentencias T-603 de 2015 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-707 de 2016, MP Luis Guillermo Guerrero.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Pues bien, definida la salud por la jurisprudencia constitucional como *“aquella facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”* (Sentencia T-682 de 2004, M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA), determinándose que de este derecho se generan ciertas garantías encaminadas a que el paciente supere de manera total sus quebrantos, para así disponer de una vida en condiciones dignas, en conclusión, se tiene que, dentro de la concepción de nuestro Estado Social de Derecho, tal principio adquiere relevancia cuando se afecta la vida misma.

De igual forma, mediante sentencia T-548 de 2011⁴, la Corte Constitucional reafirmó el carácter de fundamental del derecho a la salud señalando:

“Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró en relación con el derecho a la salud, que, para ser amparado por vía de tutela, debía tener conexidad con los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. En tal sentido argumentó que se protegía como derecho fundamental autónomo tratándose de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución y se tutelaba el ámbito básico cuando el peticionario era un sujeto de especial protección.

No obstante, la postura de esta Corporación ha evolucionado y ha reconocido la salud con el carácter de derecho fundamental autónomo. Sin embargo, también ha dicho que ser un derecho fundamental no implica per se, que todos los aspectos cobijados por este son tutelables,

⁴ MP. Humberto Antonio Sierra Porto

pues dado que los derechos no son absolutos, pueden estar restringidos por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia.”

Sobre este tópico es claramente ilustrativa la sentencia T-016 de 2007⁵, en la cual se señala textualmente:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos– indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

La anterior cita plasma una clara concepción de esta Corporación acerca del carácter “*ius- fundamental*” del derecho a la salud, que en ciertos eventos comprende el derecho al acceso a prestaciones en materia de salud y cuya protección, garantía y respeto supone la concurrencia de los poderes estatales y de las entidades prestadoras y su protección mediante la acción de tutela.

⁵ MP. Humberto Antonio Sierra Porto

Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario, el despacho encuentra que si bien acudir a esta instancia judicial resulta subsidiario según lo establecido por la H. Corte *“De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la **tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”***⁶. No es menos cierto que la accionada ya se acercó a la Superintendencia para la protección de sus derechos, sin embargo, no obra en esta tutela prueba alguna de la respuesta de la EPS frente a los requerimientos.

Ahora bien, frente a lo solicitado por la agente oficiosa del accionante, se tiene que manifiesta que a la fecha no se le ha realizado la entrega del suministro de pañales, tal como consta en la fórmula médica emitida el día 4 de noviembre del 2020, (Folio 9), de igual forma solicita la atención integral en los servicios de salud que por su diagnóstico llegue a requerir.

De acuerdo, a los anexos allegados, se puede observar la historia clínica del actor y así mismo la fórmula médica que indica la cantidad de pañales que le deben ser entregados y se justifica con los correspondientes cambios que toca hacer de este al día.

La accionada en la respuesta allegada informa que el suministro de pañales desechables no son insumos médicos, por lo cual no estarán incluidos en el plan integral de salud establecido; se tiene además que los pañales son contemplados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), como productos de aseo o limpieza, mencionando de igual forma, que se clasificaran en el numeral 57, en donde se establece que

⁶ T-098 de 2016

los mencionados insumos no serán entregados a cargo del sistema de salud en tanto son considerados productos de aseo, y no representan ninguna mejoría en el estado de salud del paciente.

Por lo anterior, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia T-215/18 en cuanto al suministro de servicios o tecnologías complementarias al plan de beneficios de salud, se tiene como precedente constitucional:

“El acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, cremas antipañalitis, entre otros, ha tenido un desarrollo especial por la Corte Constitucional, al otorgarles un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad”.

Así mismo, se tiene que en los más recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional

“En su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales, sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana.

En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario”. Sentencia T-117/19.

En consecuencia, cuando se examina el precepto que excluye expresamente los pañales desechables del PBS contenido en el ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, surge la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, toda vez que no tienen un producto similar dentro del PBS y su falta impide el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna⁷.

⁷ Sentencia T-117/19 Corte Constitucional.

Por lo anterior y tal como lo ha mencionado y expresado la Corte Constitucional en la anterior sentencia, se insiste en la importancia que se debe tener frente a los derechos a la salud, y los requisitos para su procedencia excepcional en cuanto a la entrega de pañales, por lo que se debe tener en cuenta que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por su estado de vulnerabilidad, y por lo que debido a su condición de salud, se hace necesario aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión mencionada en la Resolución 244 de 2019, en su ítem 19 del Ministerio de Salud, en referencia exclusiva a los pañales desechables.

Ahora bien, tal como se ha expresado anteriormente, no puede en el caso bajo estudio, el Despacho vulnerar los derechos fundamentales del accionante, cuando de acuerdo con la historia clínica y la orden médica generada por su galeno tratante le están formulando dichos pañales desechables de adulto en una cantidad de 480, un pañal cada 6 horas por 3 meses. (Folio 9). Por lo que se habrá de conceder el derecho fundamental a la salud y a la vida digna del actor.

En lo relacionado, al tratamiento integral, se tiene que en Sentencia T-259/19:

*“El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. “Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en “asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes” Por lo general, se ordena cuando **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente⁴⁶¹. Igualmente, se reconoce cuando **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con*

aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”

Por lo que, no se habrá de acceder a dicha pretensión, por no encontrar dentro de la acción de tutela la constancia que se estén negando los servicios y la atención en salud que requiere el actor.

En consecuencia, **el Juzgado tutelaré el derecho a la salud y a la vida digna** del accionante y en aras de ello se ordenará a la DIRECCIÓN DE SANIDAD que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, suministre al actor MISAEL CHAVERRA ASPRILLA, los pañales desechables ordenados en la fórmula médica obrante a folio 9 del expediente, y se negará en todas las demás pretensiones.

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Laboral de Circuito de Bogotá del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia constitucional en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna invocados por el señor **MISAEL CHAVERRA ASPRILLA**, a través de agente oficiosa, en contra de la **DIRECCIÓN DE SANIDAD**, por lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Entidad **DIRECCIÓN DE SANIDAD**, a que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice la entrega de los pañales desechables ordenados en fórmula médica del 4 de noviembre de 2020, obrante a folio 9 del expediente.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones invocadas.

CUARTO: NOTIFICAR: esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: Esta providencia podrá ser impugnada dentro del término legal a través del correo electrónico con que cuenta este despacho jlato04@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: REMITIR en caso de no ser impugnado el presente fallo, el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Una vez regrese el expediente a este despacho, si la presente acción no es seleccionada para revisión por dicha corporación, se ordena el archivo de la presente acción sin providencia que lo autorice.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,



ALBERT ENRIQUE ANAYA POLO