

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C. veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

**Acción de Tutela de Segunda Instancia
Radicado 045-2020-00248**

1. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia del 16 de junio de 2020, proferida por el *Juzgado 45º Civil Municipal de Bogotá*, dentro de la acción de tutela promovida por **Paola Andrea Pareja Bohórquez**, actuando como representante legal de **Sofía Alejandra Galán Pareja**, en contra de **Capital Salud E.P.S.- S S.A.S.** Trámite al que se vinculó a la *Administradora De Los Recursos Del Sistema General De Seguridad Social en Salud-Adres, Secretaría Distrital De Salud De Bogotá, Superintendencia Nacional De Salud, Ministerio De Salud y De La Protección Social, Vivir I.P.S. Ltda. y la Subred Integrada De Servicios De Salud Sur Occidente E.S.E.*

2. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

2.1. El *a quo* concedió el amparo deprecado a los derechos fundamentales a la salud y la vida digna, de la menor *Sofía Alejandra Galán Pareja*, y en consecuencia, ordenó a *Capital Salud EPS*, que “...dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, sin importar los trámites administrativos que tenga que adelantar, entregue a la niña *SOFÍA ALEJANDRA GALÁN PAREJA* 150 pañales desechables mensuales etapa 5 y los insumos para cateterismo vesical, esto es, “*LIDOCAÍNA 2% JALEA TÓPICA/TUBO 30G, #4 X MES*”, “*PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 U, #1 PAQ X MES*”, “*GUANTES DESECHABLES DE MANEJO TALLA M X 100 U, #2 CAJAS POR MES (PARA ASEO PERSONAL [y] CATETERISMOS [...] DIARIOS)*” y 150 “*sondas nelatón mensual[es]*” hasta que el médico tratante disponga lo contrario y le programe a la aludida menor las consultas médicas por las especialidades de urología y ortopedia, de todo lo cual deberá dar cuenta a este Despacho.(...) (Sic).

Ello, tras considerar que dicha medida se torna necesaria para garantizar la entrega y suministro de los insumos y prescripciones médicas reclamadas, habida cuenta que la accionada no demostró dicho suministro en la totalidad preestablecida por los médicos tratantes, y que se encuentran soportados en copia de la historia clínica y contestación de tutela ofrecida por la vinculada *Subred Integrada De Servicios De Salud Sur Occidente E.S.E.*, en la que se relaciona la orden que emitió el Nefrólogo Pediatra el 12 de junio de 2020, así como de las órdenes para valoración por *Vivir IPS LTDA.*, quien deja ver que en favor de la menor se expidieron ordenes con especialistas el día 14 de mayo de 2020.

2.2. Inconforme con la determinación del juez de primer grado, **Capital Salud EPS**, la impugnó para que se disponga su revocatoria, reiterando los argumentos de descargo esgrimidos en la contestación de tutela tras advertir que al revisar los ordenamientos médicos anexos en la última valoración del mes de abril de 2020 de la paciente se evidencia que los servicios domiciliarios se vienen prestando por la IPS

VIVIR quienes ordenan pañales para el mes de abril, mayo y junio; razón por la cual y sometido al criterio de la Junta Médica de IPS VIVIR, esta consideró que los pañales no eran una prestación requerida para el tratamiento en salud de la paciente y por ende negó la autorización de los mismos, por lo que en la actualidad dichos insumos no son pertinentes ni cuentan con orden medica de acuerdo al criterio de autonomía medica consignado en el Artículo 17 de la Ley 1751 de 2015 resultando inviable garantizar su prestación.

Alegó que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales, pues los médicos tratantes son los que deben indicar el tipo de tratamiento y los requerimientos para el manejo de la patología de cada afiliado, y en tratándose de los pañitos húmedos no cuentan con cobertura en el Plan de Beneficios con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), en tanto se encuentran clasificados por el INVIMA como elementos de aseo personal y cosmético.

Solicitó en efecto, que se denieguen las pretensiones y se tengan en cuenta las gestiones de cumplimiento adelantadas por *Capital Salud Eps-S* en cuanto a los servicios en salud y analizar en el caso concreto la ausencia de responsabilidad subjetiva unilateral, al tratarse de una orden compleja que va en contravía de la normatividad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.3. Sea lo primero señalar que la Corte Constitucional, ha sostenido que “...*el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo...*”¹.

Aunado a lo expuesto, la mencionada Colegiatura ha preceptuado que “...*la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud*”² (negrilla ajena al texto original).

2.4. Bajo el anterior contexto, desde ya se estima la impugnación formulada no habrá de surgir avante, pues tras examinar el caso concreto a la luz de los criterios expuestos, emerge del plenario que se torna procedente confirmar la entrega de los medicamentos e insumos prescritos por los profesionales de la salud a la menor *Sofía Alejandra Galán Pareja*, esto es, “*LIDOCAÍNA 2% JALEA TÓPICA/TUBO 30G, #4 X MES*”, “*PAÑITOS HÚMEDOS PAQUETE X 100 U, #1 PAQ X MES*”, “*GUANTES DESECHABLES DE MANEJO TALLA M X 100 U, #2 CAJAS POR MES (PARA ASEO PERSONAL [y] CATETERISMOS [...] DIARIOS)*” y 150 “*sondas nelatón mensual[es]*”, tal como da cuenta copia de la historia clínica aportada al plenario por la vinculada *Subred Integrada De Servicios De Salud Sur Occidente E.S.E.*, específicamente por el especialista en nefrología pediátrica en el último control del 11 de junio hogañ. Así como las citas para valoración por urología y ortopedia.

Ello, en cuanto si bien no se discute, tal como lo alega el recurrente que los insumos descritos, no se encuentran en el PBS y algunos como los pañitos húmedos han sido catalogados como productos de aseo, respecto de los cuales el Ministerio de Salud ha previsto un procedimiento para su otorgamiento a través de la herramienta tecnológica MIPRES, regulada mediante la Resolución 1885 de 2018, que implica la

¹ C. Const., Sent. T -737 de 17 de octubre de 2013. M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T - 384 de 2013. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

autorización de una Junta Médica, que para el caso lo fue IPS VIVIR, quien conceptuó la impertinencia en la autorización de los referidos insumos (pañales desechables y pañitos húmedos) previamente sugeridos por el profesional de la salud especialista; lo cierto es que aún bajo tales circunstancias la H. Corte Constitucional en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad de los usuarios ha contemplado la posibilidad de la autorización en la entrega aún sin mediar una prescripción médica, en casos excepcionales, como el que ahora se resuelve por tratarse de una menor de edad (8 años) que además de ser sujeto de especial protección por parte del estado, por tal calidad, padece varias patologías degenerativas y definitivas, a saber y según da cuenta historia clínica, entre otras, parálisis cerebral, y en aras de efectivizar y garantizar en medio de tales contingencias gravosas una mejor calidad de vida, salud y dignidad humana.

Al respecto, en reciente jurisprudencia el máximo órgano constitucional precisó; “(...) 47. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. **Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece**^[125].

50. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que: i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados. ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas. iii. **Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.**

Por ejemplo, la **Sentencia T-899 de 2002**^[129], tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.³ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

2.5. Por otra parte, conviene recordar que la autorización de recobro al ADRES, o ante el ente territorial correspondiente, es una prerrogativa otorgada a las entidades promotoras de salud frente tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, por lo que no puede supeditarse la prestación de los servicios de salud aquí ordenados, dado que tal situación afectaría gravemente dicho derecho fundamental, por lo que resulta abiertamente improcedente su reconocimiento a través de la acción

³ Ver Sentencia T -235 de 2018 de la Corte Constitucional.

constitucional de tutela, puesto que podría constituir una barrera para el usuario ante un trámite que es netamente administrativo y que debe ser adelantado por la EPS ante el ente territorial respectivo.

Para lo cual se trae a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en tales eventos: *“Como ha advertido la jurisprudencia de este Tribunal la controversia sobre los pagos entre entidades por la prestación del servicio de salud, corresponde a un trámite administrativo que el paciente no tiene la obligación de soportar, ni puede erigirse como óbice para que los prestadores de los servicios impongan una barrera para el acceso a los tratamientos o medicamentos, que el ciudadano requiera para restablecer su salud.”*⁴

De ahí que, sea dable recordar para los fines que la tutelada estime pertinente que el recobro al FOSYGA (hoy ADRES) o a las entidades territoriales, no es una facultad que debe ser reconocida o negada judicialmente, pues legal y reglamentariamente está ampliamente regulada y jurisprudencialmente la H. Corte en sentencia T - 760 de 2008, precisó que la EPS tiene el derecho para efectuar el recobro a la entidad territorial que corresponda sin que ello signifique que el juez constitucional deba ordenarlo.

2.6. Razones por las cuales, se estima por esta judicatura constitucional, que la decisión proferida por el Juzgador de primer grado no se torna alejada del precedente vigente en la materia ni desproporcionado, resultando meritorio su confirmación, conforme se expuso.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

3.1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el *Juzgado 45° Civil Municipal de Bogotá*, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3.2. NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

3.3. Remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Kpm

⁴ Sentencia T-124 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)