



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234
Edificio Hernando Morales Molina
Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: No.110014003044**202000286000**
ACCIONANTE: JOSÉ DARIO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, a través de la señora OLGA LUCÍA MORENO RIAÑO como agente oficiosa.
ACCIONADA: CAPITAL SALUD EPS-S Nit.900.298.372-9 y TERAMED SAS, Nit.900.641.654-1

Surtido el trámite de instancia, procede el Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponde, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

A) FUNDAMENTOS FÁCTICOS

JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, a través de la señora OLGA LUCÍA MORENO RIAÑO como agente oficiosa, presentó acción de tutela en contra de CAPITAL SALUD EPS-S Nit.900.298.372-9 y TERAMED SAS, Nit.900.641.654-1, a fin que se protejan sus derechos fundamentales a la SALUD y VIDA DIGNA, para lo cual refiere como hechos relevantes que: *i)*Es adulto mayor y discapacitado hace más de 20 años; *ii)*Hace más de 5 años un fallo de tutela le ordenó tratamiento integral, pañales TENA talla L y crema Marly tarro 400 gramos y *iii)*En la última orden el médico tratante no describió la marca de pañales por lo cual le están dando de otra marca y la crema hace más de 6 fórmulas que no se la dan por lo que se le han generado llagas corporales.

B) PRETENSIONES DE LA ACCIÓN

El accionante en su escrito de tutela solicitó como pretensiones: *“...Es de anotar señor Juez con todo respeto que solicito se me continúe con la misma marca de pañal para que no se continúe ocasionando la pañalitis que está presentando mi señor padre ya que esto hace que se tenga que cambiar más continuamente es decir gasta más pañales, así mismo para que no se empeore su estado de la llaga y de la pañalitis y no se genere más gastos de pañales ya que la cantidad va aumentando al cambiarlo constantemente”*.

C) ADMISIÓN DE TUTELA

Mediante providencia del 19 de junio de 2020 se admitió la acción de tutela de la referencia, se ordenó notificar a las accionadas, para que en el término de dos (2) días, siguientes a su notificación realizaran las manifestaciones que consideraran pertinentes.



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234
Edificio Hernando Morales Molina
Email: cempl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

D) CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA CAPITAL SALUD EPS-S

Dentro del término de traslado la accionada CAPITAL SALUD, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por cosa juzgada y temeridad.

E) CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA TERAMED SAS

Dentro del término de traslado la accionada TERAMED SAS, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por cuanto ha prestado los servicios a su cargo y no es la encargada de suministro de insumos.

II. DOCUMENTOS QUE OBRAN

1. Escrito de tutela y los siguientes anexos:
 - 1.1. Copia de la cédula de ciudadanía.
 - 1.2. Copia de la orden médica antigua en la cual se especificaba la marca de pañal y la crema.
 - 1.3. Copia de la nueva orden donde no se especifica la marca de pañal.
 - 1.4. Copia de la anterior acción de tutela
2. Auto del 19 de junio de 2020 que admitió la acción.
3. Escrito de contestación de CAPITAL SALUD EPS-S y los siguientes anexos:
 - 3.1. Poder Legalmente conferido para actuar
 - 3.2. Copia simple de la certificación laboral de la Dra. Clara Ospina.
 - 3.3. Extracto de la junta directiva del 12 de julio de 2019
 - 3.4. Copia simple del fallo de tutela proferido por el Juzgado 75 penal municipal con función de control de garantías.
 - 3.5. Copia simple del Histórico de Paciente de AUDIFARMA donde se evidencia entrega del insumo solicitado.
4. Escrito de respuesta de TERAMED SAS
 - 4.1. Certificado de existencia y representación legal de TERAMED SAS
 - 4.2. Bitácora de terapias y visitas médicas.
5. Informe secretarial de ingreso al Despacho.

III. CONSIDERACIONES

1. Este Despacho es competente para conocer de esta acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, Decreto 1382 de 2000, y demás disposiciones aplicables. Ha de tenerse en cuenta que en términos del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es el procedimiento pertinente para reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad, o de particulares en los eventos taxativamente regulados por la norma.



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234
Edificio Hernando Morales Molina
Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

2. La acción de tutela ha dicho la Corte, no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta reconoce.¹
3. Se ha decantado que la acción de tutela ostenta un carácter extraordinario y residual por cuanto su procedencia está sujeta a los límites mismos que impone la existencia de las demás competencias judiciales, es decir, la acción constitucional se caracteriza porque no es simultánea con las acciones ordinarias, tampoco paralela ni menos adicional o complementaria, acumulativa ni alternativa, como tampoco es instancia ni recurso alguno, de donde se infiere el deber de las personas agotar primeramente los escenarios jurídicos naturales que el legislador previó en cada caso.
4. Para el caso, la vulneración que alude JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, a través de la señora OLGA LUCÍA MORENO RIAÑO como agente oficiosa, se configura en la negativa de las convocadas CAPITAL SALUD EPS-S Nit.900.298.372-9 y TERAMED SAS, Nit.900.641.654-1, a suministrar los pañales para adultos marca TENA talla L y la crema MARLY tarro de 400 gramos, con lo cual considera que lesiona sus derechos a la salud y vida digna. A efectos de resolver el anterior problema jurídico, el Despacho en primer lugar, examinará los requisitos de procedibilidad de la acción interpuesta, de resultar procedente, examinará los aspectos fácticos, jurídicos y jurisprudenciales de los derechos presuntamente vulnerados y valorará las pruebas allegadas, para decidir de fondo en el caso en concreto.
5. A este propósito, se impone verificar si en este caso, concurren los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela: “... (i) *Legitimación por activa. Puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre*². (ii) *Legitimación por pasiva. El amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación como sucede entre el trabajador y su empleador*³. (iii) *Inmediatez. No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo*⁴. (iv) *Subsidiariedad. La acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 001 de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

² Ver artículo 86 de la Constitución Política y artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

³ Ver artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo del inciso 5 del artículo 86 de la Constitución Política y las Sentencias T-231 de 2010. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-516 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-323 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-483 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-524 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-502 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ En la sentencia T-503 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional referenció las siguientes sentencias que pueden consultarse sobre este aspecto: “En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-526 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-016 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-692 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-905 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1084 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1009 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-792 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-825 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-243 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-594 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-189 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-299 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-265 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-691 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-883 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-328 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras”.



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

disponibles no resultan eficaces para el caso concreto o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio⁵.

6. Con el precedente jurisprudencial que antecede, estima esta Jueza Constitucional que para el caso de JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá; *i)*El accionante invoca la protección de sus derechos a través de agente oficioso, por manera que está legitimada por activa; *ii)*La presunta vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor se denuncian como omisiones de CAPITAL SALUD EPS-S Nit.900.298.372-9 y TERAMED SAS, Nit.900.641.654-, quienes al ser empresas que prestan servicios públicos de salud se encuentran legitimadas por pasiva conforme a lo dispuesto en los artículos 5º, 12 y 42 del Decreto 2591 de 1991; *iii)*Del 26 de abril de 2020, momento en el que al parecer se produjeron las omisiones que se reprochan, al día 19 de junio de 2020, cuando presentó esta acción no ha transcurrido tiempo tan extenso que pueda considerarse irrazonable y *iv)*El accionante, JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, aunque cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra al padecer enfermedad crónica, ser persona de la tercera edad sujeto de especial protección, hacen que se habilite la acción constitucional virtud a la eficacia que ofrece.
7. Lo anterior, porque en cuanto al requisito de subsidiariedad, “... La Corte Constitucional ha sostenido que conformidad con el inciso 3º del artículo 86 superior y el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la acción de tutela es una herramienta de naturaleza residual y subsidiaria; de manera que, por regla general, solo procede cuando: i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, ii) pese a su concurrencia este no es eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales, o iii) la acción se erige de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable”.⁶, con lo cual congruente es concluir que para el caso de JOSÉ DARIO MORENO MANCIPE, se configura la tercera de las hipótesis jurisprudenciales, pues pese a que cuenta con otro medio de defensa de sus derechos, la tutela resulta como la herramienta transitoria y eficaz para adoptar las acciones que permitan conjurar la afectación a los derechos amenazados y/o vulnerados.
8. Cumple entonces, acometer el estudio de fondo de la causa, así delimitada por las partes, y memorar en primer lugar, que conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener de las mismas una pronta resolución, sino que además, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en sostener que el alcance del derecho de petición no se agota con la posibilidad de presentar solicitudes respetuosas a la administración, sino que

⁵ La Corte ha definido que un recurso de defensa judicial es idóneo cuando es adecuado para proteger el derecho fundamental amenazado y es eficaz cuando esta protección es además oportuna, para lo cual deben examinarse tres elementos: (i) si la utilización del medio de defensa judicial ordinario puede ofrecer la misma protección que se lograría con la acción de tutela; (ii) si existen circunstancias que justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios disponibles; y (iii) si el accionante es un sujeto de especial protección constitucional. Ver las Sentencias T-016 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-347 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-502 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

⁶ Sentencia T-080 de 2018. A su vez, el perjuicio irremediable ha sido definido bajo ciertos supuestos rigurosos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad.



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

comprende la oportunidad, de formularlas, en ciertas ocasiones, ante particulares y obtener de éstos una respuesta que solucione de fondo y en forma oportuna la solicitud elevada, tal como se evidencia en el escrito que presentó JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, el 26 de abril de 2020, a través de su agente oficiosa.

9. En segundo lugar, cabe traer a colación que la Corte Constitucional de antaño ha precisado los elementos constitutivos del derecho fundamental de petición, así: *“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido; c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición; d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; e) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes; g) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición y h) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994...”*
10. Igualmente ha de precisarse lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 491 del 2020 que a la letra prescribe: *“Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción”.*
11. De cara al análisis que se realiza, el Despacho examina las defensas de la convocada, CAPITAL SALUD EPS, quien refiere que: *(...) Me permito informarle a su Honorable Despacho que lo primero que debe señalarse es que la paciente, para el momento de este trámite, ya contaba con un fallo judicial proferido por el Juzgado 75 Penal Municipal con Función de control de Garantías del 14 de agosto de 2017, el cual ordena de forma expresa autorizar y suministrar pañales tena slip prescritos por el galeno y NO accede a la pretensión de conceder un tratamiento integral. Por lo anterior, es posible afirmar que nos encontramos frente a una actuación temeraria por parte del accionante, como quiera otro Juez Constitucional tramitó previamente una acción de tutela de similar contenido, ordenando el tratamiento requerido, por lo que, de considerar que existían servicios pendientes, DEBIÓ HACER USO DEL INCIDENTE DE DESACATO a aquella orden proferida, y no presentar una nueva solicitud peticionando la cobertura de su tratamiento mediante una nueva acción constitucional. En observancia del artículo 38, contenido en el Decreto 2591 de 1991, debemos solicitar a su H. despacho declare la improcedencia de las presentes diligencias, ya que es clara la actuación temeraria en la que está incurriendo la accionante: “(...) ARTICULO 38. ACTUACION*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1160 A de 2001

LSAV/ Rad. 11001400304420200028600

Fallo 26 de junio de 2020



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviére la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar. (...)” Por lo que se reitera si el accionante considera la existencia de un presunto incumplimiento, debe hacer uso de la facultad que le proporciona todo el componente normativo que regula la acción constitucional de tutela, promoviendo ante el juzgado que concedió el amparo el trámite correspondiente. Basándose en todo lo anterior, se configura cosa juzgada. La Corte Constitucional mediante sentencia T-119 del 2015 reitera la finalidad de dicho principio, concibiendo que: “La cosa juzgada pretende: i) satisfacer la necesidad de certeza de las situaciones jurídicas, que toda sociedad requiere; ii) estabilidad y certidumbre de los derechos adquiridos, reconocidos o declarados que permiten la inmutabilidad de los mismos en virtud de las sentencias; iii) seguridad jurídica, la cual se manifiesta mediante el principio “non bis in ídem”, siendo imposible, la apertura de la misma causa una vez concurren identidad de sujeto, objeto y causa y iv) ponerle punto final a las pretensiones de las partes ya que por regla general quien pierde siempre considerará injusto el resultado y querrá un fallo distinto. Así, con la cosa juzgada se pone un límite a la revisión del proceso y a las relaciones que se han constituido o declarado a partir de la decisión judicial.” Lo que quiere decir que la cosa juzgada es una institución que torna inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas ciertas providencias, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Por lo que, las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada. Vale decir, que este fenómeno ocurre en este caso, toda vez que se incurrió en duplicidad de interposición de pretensión, en el cual existe una decisión emitida. De esta manera, se puede concluir que la cosa juzgada tiene como función negativa, impedir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto...Es importante resaltar que frente al suministro de una marca específica de pañales, esta petición debe cimentarse en el ordenamiento médico, ya que solo para el suministro de medicamentos de escaso margen terapéutico se considera el ordenamiento de una marca específica, ya que estos son los únicos que cuentan con evidencia para su formulación. Ahora bien, al validar la orden médica se evidencia que el médico tratante no especifica que al paciente se le deba entregar pañales de determinada marca ya que no existe evidencia que una marca sirva y otra no, o que una genere alergias que otra no generaría, adicionalmente la marca entregada al paciente está debidamente autorizada por el Invima.”

- 12.** Por su parte la convocada, TERAMED SAS, afirma que: “Partiendo de lo bese de que TERAMED S.A.S. ha prestado el servicio de salud en los términos establecidos médicamente por el tutelante, ha cumplido con los criterios de oportunidad y eficacia conforme la disposición citada. Teniendo en consideración los anteriores fundamentos fácticos y jurídicos, se entiende que TERAMED S.A.S: (i) no ha vulnerado el derecho fundamental a la salud del accionante porque ha venido prestando el servicio de salud acordado con Capital Salud EPS de monero oportuno y continuo y (ii) que no sería la entidad llamada o suministrar los insumos que se pretende tutelar toda vez que su función y objeto social se limitó o servicios de médico domiciliario mensual, formulación de medicamentos y transporte”.
- 13.** De conformidad con las defensas planteadas por la accionada, este Despacho, tempranamente advierte que no le acompaña la razón fáctica ni jurídica, a porque si bien es cierto que el accionante cuenta con un fallo de tutela anterior, ello no impide que acuda en sede constitucional en esta oportunidad porque el 26 de abril de 2020, elevó petición en la cual reclama precisamente la atención a dicha disposición judicial del 14 de agosto de 2017, sin que la convocada al parecer, diera respuesta o atendiera lo solicitado, de modo que se verifica probatoriamente que no tienen soporte las pretensiones que planteara en los términos siguientes: “1. DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción, como consecuencia de la existencia de temeridad al momento de su presentación, pues ya existe una orden constitucional que ordena el suministro de pañales desechables y niega el tratamiento integral. 2. DENEGAR la acción de tutela, por cuanto la conducta desplegada por CAPITAL SALUD EPS-S, ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario, dentro de las obligaciones legales y reglamentarias al interior del SGSSS y, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio. 3.



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Valorar 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”, dichas expectativas en realidad revelan la vulneración evidente a esta prerrogativa fundamental, pero además al derecho fundamental a la salud y vida diga, en los términos que a continuación se precisan.

- 14.** En primer lugar, en cuanto a la solicitud del accionante para que las convocadas lo provean de pañales MARCA TENA, TALLA L, esta jueza advierte que el comportamiento de CAPITAL SALUD EPS-S, resulta ajustado a derecho porque si bien es cierto que en el fallo de tutela del 14 de agosto de 2017, se menciona esa marca específica, claro es quede una parte, el propio accionante al plantear una nueva tutela, abrió camino a una nueva decisión, pero de otra parte, y es quizá esta la razón verdaderamente relevante por incuestionable, que está probado que no sólo la orden médica emitida 5 años después del pronunciamiento judicial por el médico tratante no prescribe marca especial de pañales, sino que adicionalmente los suministrados están autorizados por el INVIMA y al respecto la otra convocada TERAMED SAS afirma: *“...en el año 2017 antes de la implementación del MIPRES, mi representado formuló al paciente pañales marca TENA que por esa fecha eran los que suministraba la EPS o lo cual se encontraba afilado el accionante...”* Con lo expuesto claro es que no le asiste razón al accionante para reclamar una marca de pañales en especial, cuando su propio médico tratante así no lo ha señalado, los que le suministra CAPITAL SALUD EPS-S, están autorizados por INVIMA y se le han dotado en la cantidad y frecuencia de la orden médica, por manera que en este aspecto el Despacho advierte la prosperidad de la defensa de esta convocada en este aspecto y por lo mismo el amparo anunciado lo será pero parcialmente.
- 15.** En segundo lugar, respecto al suministro de la crema MARLY Tarro de 400 gramos, claro es que las defensas planteadas, se respetan pero no comparte el Despacho su conclusión, cuando dice que: *“El insumo solicitado se encuentra clasificado por el Invima como elemento de aseo y cosméticos, por lo tanto, no tiene cobertura dentro del Resolución 5857 de 2018 como servicio o tecnología que no corresponden al ámbito de la salud. Al ser elementos de uso cosmético y de aseo tienen exclusión expresa en la Resolución 244 de 2019 por medio de la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud en virtud del literal “a” del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en adopción de los lineamientos impartidos por el artículo 154 de la ley 1450 de 2011. En consecuencia, se indica en el fallo a CAPITAL SALUD que debe incurrir en una indebida destinación de recursos de la salud, para cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud y/o no sean pertinentes conforme al estado actual de la paciente. No obstante, es preciso señalar que frente a los servicios e insumos aquí solicitados se puede concluir que: Tiene exclusión expresa en la Resolución 244 de 2017 por medio de la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud en virtud del literal “a” del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en adopción de los lineamientos impartidos por el artículo 154 de la ley 1450 de 2011. En este sentido, de darse la orden de entrega para estos insumos, se incurriría en una indebida destinación¹ de los escasos recursos de la salud para cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud. De resultar necesaria la entrega de estos insumos solicitados, resultaba necesario que el galeno que ordenó el servicio diligenciara el formato MIPRES para la garantía de esta entidad. Por esto, Capital Salud EPS-S no puede proceder con la garantía de este servicio puesto que de hacerlo se estaría atentando contra las obligaciones legales que le asisten al interior del Sistema General de Seguridad Social Integral. En ese orden de ideas no se puede ejercer ninguna acción de cobro frente a la Entidad Territorial, por lo que solicitamos respetuosamente a su despacho que, en caso de considerar que*



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

esta aseguradora debe entregar este insumo que no se encuentra cubierto por el PBS, se emitan las ordenes correspondientes al ENTE TERRITORIAL es decir SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C para que no nieguen el recobro o cobro ante una eventual orden que la EPS deba asumir frente a la prestación del servicio, en virtud de un fallo de tutela”.

16. Lo anterior porque en primer lugar, tal como lo señala la Corte, el derecho a la vida digna, enseña: *“En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados.”*⁸
17. En segundo lugar, como quiera que el señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, es persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional, ha de tenerse en cuenta que la Corte define tal categoría en los siguientes términos: *“La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, **los ancianos**, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”*⁹ (negrilla fuera de texto)
18. Siendo palmario entonces que los precedentes jurisprudenciales reseñados imponen a la convocada, CAPITAL SALUD EPS-S, un proceder congruente con ellos, pues para el caso del señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, están acreditados todos los presupuestos para que se le provea la atención que garantice la protección constitucional que su vulnerabilidad demanda, por manera que no resulta ajustada a derecho ni su respuesta, ni la negativa a proveer la crema MARLY tarro 400 gramos, al decir como toda razón que es un insumo excluido del PBS, porque para el caso concurren los presupuestos para que se le provea, pese a que este insumo está excluido del PBS, tal como así lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional: *“En suma, las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos*

⁸ Corte Constitucional Sentencia T-444/99, MP. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁹ Corte Constitucional - Sentencia T-167 de 2011
LSAV/ Rad. 11001400304420200028600
Fallo 26 de junio de 2020



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234

Edificio Hernando Morales Molina

Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales, pañitos húmedos y sillas de ruedas¹⁰ Lo anterior sin desmedro de la facultad que le asiste a CAPITAL SALUD EPS-S, de recobrar dichos gastos ante el Sistema de Seguridad Social, para el caso, ante la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., tal como así lo dispone la ley.

19. Así las cosas, a esta altura del examen constitucional, el Despacho evidencia que el accionante JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE: *i*) Es una persona en estado de vulnerabilidad manifiesta que requiere la crema MARLY Tarro de 400 gramos, con ocasión a las patologías que le afectan y le es imposible procurárselos por sí mismo; *ii*) La accionada CAPITAL SALUD EPS-S, constató que ha sido formulada esa crema por el médico tratante, dadas las condiciones particulares de salud que afronta JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE; *iii*) La accionada CAPITAL SALUD EPS-S, las condiciones económicas del accionante y su familia, de modo que su núcleo familiar se encuentra materialmente imposibilitado para asumir el costo de esa crema, por lo que el comportamiento de la accionada, se torna lesivo a las prerrogativas constitucionales examinadas al no consultar el deber que le asiste como EPS en razón a la misión que el Estado le ha delegado.

IV. CONCLUSIONES

Puestas de esta manera las cosas, sin mayores discusiones el Despacho encuentra argumentos fácticos, jurídicos y jurisprudenciales suficientes para declarar:

1. La procedencia parcial de la acción respecto a los derechos fundamentales de PETICIÓN, SALUD y VIDA DIGNA, del señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, al evidenciar su vulneración en cabeza de la accionada CAPITAL SALUD EPS-S.
2. La necesaria y urgente tutela a los derechos constitucionales del señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, para lo cual se ordenará a CAPITAL SALUD EPS-S, que le suministre la crema MARLY Tarro de 400 gramos, en la frecuencia y cantidad, que formula el médico tratante. Lo anterior sin desmedro de la facultad que le asiste a CAPITAL SALUD EPS-S, de recobrar dichos gastos ante el Sistema de Seguridad Social, para el caso, ante la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C., tal como así lo dispone la ley.
3. La falta de legitimación por pasiva de la convocada TERAMED SAS., como quiera que se comprobó que lo pretendido no está en la órbita de sus facultades y que además en lo que le corresponde, ha cumplido con su atención al accionante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: **PRIMERO:** **DECLARAR** la procedencia de la acción respecto a los

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-423/19, MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
LSAV/ Rad. 11001400304420200028600
Fallo 26 de junio de 2020



Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 19 Teléfono 2847234
Edificio Hernando Morales Molina
Email: cmpl44bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

derechos fundamentales de PETICIÓN, SALUD y VIDA DIGNA, del señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **TUTELAR** los derechos fundamentales de PETICIÓN, SALUD y VIDA DIGNA, al señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, por las razones de precedencia.

TERCERO: **ORDENAR** a la accionada CAPITAL SALUD EPS-S Nit.900.298.372-9, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, si aún no lo ha hecho, le SUMINISTRE , al señor JOSÉ DARÍO MORENO MANCIPE, identificado con la C.C.No.66284 de Bogotá, la crema MARLY Tarro de 400 gramos en la frecuencia y cantidad ordenadas por el médico.

CUARTO: **DECLARAR** la improcedencia de la acción, respecto a la convocada TERAMED SAS, Nit.900.641.654-1, por falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: **COMUNICAR** a las partes que contra esta decisión procede la impugnación, dentro de los tres (3) días, siguientes al de su notificación. (art.31 del Decreto 2591 de 1991)

SEXTO: **ORDENAR** que por secretaría se notifique la presente decisión a las partes involucradas por correo electrónico.

SÉPTIMO: **ORDENAR** que por secretaría una vez surtidas las notificaciones de rigor, de no ser impugnada esta decisión, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión tal como lo indica el inciso final del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE, y CÚMPLASE,

LUZ STELLA AGRAY VARGAS

Jueza