

Sentencia de tutela No. 023

SECRETARIA.- La Macarena – Meta, diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Al despacho del señor Juez proceso de tutela No. 503504089001 2021 00063 00, informándole que la accionada contestó la demanda en términos. Provea.



MARTHA CECILIA TRIGOS
Secretaria

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE LA MACARENA META, diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Entra el despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda, dentro de la acción de tutela, instaurada por la señora Alicia Rojas Boboya, en representación legal de su menor hijo Daniel Felipe Bejarano, contra Capital Salud EPS-S.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SALUD-Alcance y contenido

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES QUE DETERMINAN INAPLICACION DE REGLAS DE EXCLUSION DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

PROCEDIMIENTO PARA EL SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES Y PAÑITOS HUMEDOS-Resolución 3951 de 2018

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Protección aun cuando tratamientos, medicamentos, exámenes e intervenciones no estén incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DEL MENOR-Orden a EPS suministrar pañales desechables

I. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a este Juzgado determinar si las entidades prestadoras de los servicios de salud Capital Salud EPS-S., vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor de edad Daniel Felipe Bejarano Rojas, representado por su progenitora Alicia Rojas Boboya, los que considera vulnerados al no suministrarle en debida forma los pañales "Winny Etapas 4", ordenados por el médico tratante de 360 por tres meses y que ante condiciones de vulnerabilidad que presenta la madre, no tiene los recursos económicos necesarios para costear los gastos de los pañales que necesita y que debe usar diariamente su hijo, por su estado de salud, que se encuentra con diagnóstico de la enfermedad "Retardo del desarrollo Psicomotor e Incontinencia Urinaria y Fecal".

III. ANTECEDENTES

1.- De la Solicitud.

La señora ALICIA ROJAS BOBOYA, en nombre propio y en representación legal de su menor hijo Daniel Felipe Bejarano Rojas de 8 años de edad, el día 25 de agosto de 2021, presentó acción de tutela, por considerar que CAPITAL SALUD EPS, le está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, al no suministrarle el total de los insumos – pañal desechable, marca Winny, etapa 4, 360; ordenados por el médico tratante para un periodo de tres meses.

2. De los Hechos

La tutelante, los narra de la siguiente manera:

"Mi hijo Daniel Felipe Bejarano Rojas de 8 años de edad, padece una discapacidad de nacimiento, llamada PARALISIS CEREBRAL INFANTIL"

"Debido a lo anterior, mi hijo Daniel Felipe Bejarano Rojas debe usar pañal desechable constantemente".

"El día 21 de mayo de 2021, tuvo control de Medicina General con el médico Iván Dario López Restrepo, el cual le formuló "360 PAÑALES WINNY, ETAPA 4" para un periodo de tres (03) meses".

"El día 21 de mayo de 2021, me acerqué a la EPS CAPITAL SALUD para solicitar la autorización del suministro de los "360 PAÑALES WINNY ETAPA 4", donde aporté la documentación".

"A inicios de junio de 2021, la EPS CAPITAL SALUD, autorizó la entrega de "120 PAÑALES WINNY ETAPA 4", EL CUAL FUERON ENTREGADOS".

"En el mes de julio de 2021, me acerqué a la EPS CAPITAL SALUD para preguntar por la autorización de la segunda entrega de "120 PAÑALES WINNY ETAPA 4" y me manifiestan que, se radicó en Bogotá, pero que aún no dan respuesta, que hay que esperar, que no ha llegado dicha autorización de servicio".

Considerando pertinente informar y como lo menciono al principio de este escrito, en la actualidad resido en el municipio de La Macarena y no tengo los recursos económicos para estar costeadando con los gastos de los pañales que necesita mi hijo y que debe usarlos cada 6 horas".

"Es por lo anterior que, solicito que de manera oportuna la EPS CAPITAL SALUD pueda "AUTORIZAR LA ENTREGA DE LOS PAÑALES WINNY ETAPA 4", ya que considero que esto no ha sido garantizado, conllevando a afectar de manera negativa la continuidad frente al tratamiento que debe realizar mi hijo, situación que atenta contra el DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD"

3. Pretensiones.

La accionante solicita que, por medio de esta acción de tutela, le sea amparado su derecho fundamental a la salud y a la vida y, en consecuencia, se le ordene a la accionada CAPITAL SALUD EPS, que,

1. De manera inmediata disponga lo necesario para ordenar a la accionada, a que realice la entrega total de la cantidad de pañales solicitados para mi hijo y que de manera constante debe usar.
2. Ordenar a la accionada, se brinde un tratamiento que haya lugar, en consideración con el estado de salud que requiere mi hijo.
3. Que, se proporcionen sin demoras injustificadas los servicios médicos, procedimientos y todos los demás servicios que el estado de salud de mi hijo, demande.
3. Que se abstenga en adelante en incurrir en acciones y omisiones que pongan en riesgo la salud de mi hijo.

4. Pruebas.

La tutelante allegó las siguientes:-

- Fotocopia del documento de identidad de la tutelante.
- Fotocopia de la Tarjeta de identidad del menor
- Fotocopia de la historia clínica, donde se registra el análisis del diagnóstico del menor "DIAGNOSTICO. -OTROS TIPOS DE PARALISIS CEREBRAL INFANTIL -Tipo PRINCIPAL. DIAGNOSTICO.-INCONTINENCIA FECAL -Tipo RELACIONADO".
- Fotocopia de la orden médica
- Fotocopia del MIPLES

5. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto de fecha 26 de agosto de 2021, se dio inicio a la acción de tutela incoada por la señora ALICIA ROJAS BOBYA, corriendo traslado de la solicitud y sus anexos, a la accionada para que la conteste respecto de los hechos y las pretensiones.

6. Respuesta de la accionada.

La accionada Capital Salud Eps-s., mediante escrito radicado el día 30 de agosto de 2021, contestó la demanda manifestando que ha dado cumplimiento al fallo de tutela y en consecuencia a ello, solicita se declare improcedente la acción de tutela por inexistencia de vulneración por presentarse una carencia actual de objeto por hecho superado.

IV. CONSIDERACIONES

1). Competencia

Corresponde a este juzgado conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la demandante interpuso acción de tutela contra Capital Salud EPS-S, al considerar que dicha entidad transgredió los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo, generada por la negativa de suministrarle los pañales desechables, marca Winny, etapa 4, faltantes de los ordenados 360 ordenados por el médico tratante, con el argumento de que se radicó en Bogotá, pero que aún no dan respuesta, añadiendo que tiene que esperar según ellos hasta cuando lleguen, pero según la accionante, ni siquiera han dado la autorización, entonces, cómo van a llegar; insumos que son necesarios para cuidado del menor de acuerdo a la patología que lo aqueja.

2. Problemas jurídicos

Las situaciones fácticas planteadas exigen al juzgado determinar si procede la tutela para controvertir la decisión de una entidad prestadora del servicio de salud, al no entregar y/o suministrar los procedimientos, elementos o **insumos** no previstos en el plan de beneficios.

En caso de ser procedente la tutela de la referencia, será preciso analizar el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente interrogante:

¿Una entidad prestadora de los servicios de salud, vulnera los derechos fundamentales, a la salud y a la vida de un **niño** al que le ha sido diagnosticada la patología "PARALISIS CEREBRAL INFANTIL – tipo principal - INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL".

Para resolver estos interrogantes, el Juzgado iniciará sus consideraciones con el examen de procedencia de la acción de tutela en el caso objeto de análisis y se abordará en los siguientes asuntos: (i) contenido y alcance del derecho a la salud; (ii) la acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el plan de beneficios; (iii) el procedimiento para el suministro de **pañales desechables** y pañitos húmedos, y (iv) el alcance del principio de solidaridad frente a sujetos de especial protección constitucional. Posteriormente, con base en dichos presupuestos, se resolverá el caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela.

3. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En este caso, la señora Alicia Rojas Boboia, manifiesta expresamente que presenta la acción en representación de su hijo Daniel Felipe Rojas, como se demuestra con la presentación del documento de la menor, tarjeta de identidad 1.029.965.165, hecho que no ha sido desvirtuado por la entidad accionada. Por lo tanto, se concluye que ella está legitimada para interponer la tutela con el fin de que se le protejan los derechos del niño.

4. Legitimación por pasiva

La legitimación pasiva en sede de tutela, se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares. En el caso objeto de estudio se advierte que la accionada es una entidad prestadora del servicio público de salud, motivo por el cual está legitimada por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991.

5. Subsidiariedad e inmediatez

Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. De una parte, el requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

En el caso bajo estudio, el Juez encuentra que se cumple el requisito de inmediatez, en la medida en que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable, en razón a que la orden del médico fue expedida el día 21 de mayo de 2021, para 360 pañales, marca Winny, etapa 4 y la tutela fue presentada el día 25 de agosto del presente año.

Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable. En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

- (i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que, en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.
- (ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, la Corte Constitucional ha señalado en sus jurisprudencias que, existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que éste se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones.

En vista de que en este caso se controvierte la autorización de entrega de elementos o **insumos** no contemplados en el plan de beneficios, es preciso analizar si el trámite jurisdiccional aquí señalado es un medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

De conformidad a la Ley 1122 de 2007, se tiene que cuando se presenten discrepancias entre usuarios y entidades prestadores de salud originadas en solicitudes dirigidas a obtener el suministro de procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del PBS, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el PBS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

La Ley 1438 de 2011, amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó la resolución de controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del PBS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema y (iii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. La normativa mencionada modificó el trámite del mecanismo y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de las atribuciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud. En particular, la sentencia C-119 de 2008, estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, *"(...) en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente"*.

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.

Así, la Corte ha establecido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es la vía ordinaria, principal y prevalente para el restablecimiento de los derechos y la solución de las controversias que surgen respecto del aseguramiento y prestación de los servicios en el sistema de seguridad social en salud.

No obstante, en muchas oportunidades la Corte ha tenido por cumplido el requisito de subsidiariedad, a pesar de que no se haya acudido preliminarmente a la vía judicial ordinaria, cuando ha advertido en el caso concreto la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los derechos, que el mecanismo ordinario no resulta idóneo y por ende la tutela procede como medio principal de protección.

El Juzgado observa que el caso en estudio, existe una controversia en torno a la entrega de insumos (pañales) que podría ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a la competencia asignada por la Ley 1438 de 2011. No obstante, lo anterior, si bien en principio el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud es un medio idóneo, se advierte que, en este caso, se ven involucrados los derechos de un **niño** que padece delicados quebrantos de salud y que se encuentra ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable a causa de la dificultad para acceder a los insumos dirigidos a llevar una vida en condiciones dignas.

En este orden de ideas, es claro que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, lo cual evidencia una situación de vulnerabilidad que hace necesaria la intervención del juez constitucional.

En síntesis, la tutela es procedente en el caso objeto de estudio, por cuanto se cumplen los presupuestos para analizar de fondo el asunto. Por consiguiente, en caso de que se amparen los derechos del niño, las órdenes adoptadas tendrán un carácter definitivo. En consideración a lo anterior, el Juzgado procederá a efectuar el análisis de fondo sobre los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 de la Carta Política, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. En cuanto a ésta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera **oportuna, eficiente** y con **calidad**, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera, el derecho a la salud debe atender los principios de **eficiencia, universalidad** y **solidaridad**. Así mismo, resulta oportuno mencionar que éste derecho ha sido objeto de 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, a partir de la sentencia T-760 de 2008, se considera 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.

En aras de garantizar el derecho a la salud, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera **oportuna, eficaz y con calidad** para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Adicionalmente, el Legislador estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud.

El Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención, controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos, asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia, y adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, **los niños**, los adolescentes y las personas mayores.

En cuanto a los elementos del derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población;

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida;

(iii) Accesibilidad: Es un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que, los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad.

La acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS)

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e **insumos** no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte ha precisado que, el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Para facilitar la labor de los jueces, la sentencia T-760 de 2008, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos no previstos en el POS con el fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

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 POS, 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.

La Corte, en relación con lo atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, ha señalado que, el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad propio del Estado Social de Derecho.

Así mismo, la Corte ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte, sino que su protección exige además asegurar una **calidad de vida en condiciones dignas y justas**, según lo dispuesto en la Constitución Nacional.

En cuanto a que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento, procedimiento o **insumo** excluido del plan de beneficios, pueda otorgarse por vía de tutela, la jurisprudencia ha indicado que:

i. El profesional médico, quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos, medicamentos o insumos 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. También, 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 lo requerido por el accionante.

Finalmente, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, la Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados. Así, en estos casos se deben analizar las condiciones socio económicas específicas en las que el interesado se encuentre y las obligaciones que sobre él recaigan, con el fin de determinar si el costo del servicio *“afecta la estabilidad económica de la persona”*.

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

Procedimiento para el suministro de pañales desechables y pañitos húmedos según la Resolución 3951 de 2016

Según la más reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud, 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, lo cual no ha ocurrido hasta el momento con los pañitos húmedos y los pañales desechables.

Este tipo de insumos es lo que la Ley ha denominado servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios en Salud. 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, 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.*
- 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.”*

Este 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”.

Alcance del principio de solidaridad frente a sujetos que merecen especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

En virtud de los artículos 5º, 42 y 95, Nral. Segundo de la Constitución Política, toda persona está obligada a obrar conforme al principio de solidaridad social, el cual ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “(...) un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.

De lo anterior se desprende que el principio de solidaridad implica una mayor carga y exigibilidad en las conductas que deben desplegar tanto el Estado, como la sociedad, para proteger a aquellos que, por su condición, no lo pueden hacer independientemente. En este contexto, la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, está llamada a cumplir dicho deber en concurrencia con el Estado.

En materia de salud, la Corte ha determinado que la responsabilidad de proteger y garantizar este derecho, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado. En este sentido, el vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulando emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento.

Cabe aclarar que lo anterior no excluye las responsabilidades a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud puesto que, aun cuando la familia debe asumir la responsabilidad por el enfermo, son las entidades prestadoras de salud las que tienen a su cargo el servicio público de salud y la obligación de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran.

En conclusión, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique que se desconozca la responsabilidad de la sociedad y del Estado en la recuperación y el cuidado del paciente.

Análisis del caso concreto

La demandante formuló acción de tutela contra Capital Salud EPS-S, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo menor de edad, generada por la negatividad del suministro de los servicios e insumos –la entrega del faltante de los 360 pañales desechables etapa 4, ya que solo le han entregado 120 de los 360 que fueron ordenados por el médico tratante, insumos esenciales para el cuidado del menor de acuerdo a la patología diagnosticada a su hijo. En consecuencia, la actora solicita se ordene a la accionada Capital Salud EPS, (1) que de manera inmediata se le ordene a la accionada, realice la entrega total de la cantidad de pañales solicitados para su hijo; (2) ordenar a la accionada, se brinde un tratamiento que haya lugar, en consideración con el estado de salud que requiere su hijo; (3) que le se proporcionen sin demoras injustificadas los servicios médicos, procedimientos y todos los demás servicios que el estado de salud de su hijo demande.

De las pruebas allegadas al proceso se evidencia que, están probados los siguientes hechos: (i) el menor Daniel Felipe Bejarano Rojas tiene 8 años de edad; (ii) el niño fue diagnosticado con "PARALISIS CEREBRAL INFANTIL - INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL" desde su nacimiento; (iii) según su historia clínica presenta antecedentes de Retraso Psicomotor Severo con Desacondicionamiento Físico, ANT de Asfixia Perinatal, con, por lo que requiere el uso diario de cuatro pañales diarios y se indican 360 pañales en 3 meses o 90 días, y (iv) la madre del niño afirmó que no cuenta con recursos económicos suficientes para asumir los gastos en que debe incurrir para los gastos de los pañales, hecho que no fue desvirtuado por la entidad demandada.

Al analizar los presupuestos fijados para determinar si procede el suministro de los elementos de insumos, pañales desechables, etapa 4, se advierte que en este caso todos se cumplieron, como se verá a continuación:

i. Se evidencia en la historia clínica aportada, que el menor de edad presenta un delicado estado de salud que genera una dependencia importante.

ii. En atención a los padecimientos del niño, se advierte que requiere del suministro de ciertos insumos no incluidos en el POS que, si bien no hacen parte del tratamiento, son necesarios tanto para supervivencia en condiciones dignas, así como para evitar el desarrollo de nuevas patologías. En efecto, para la entidad accionada el niño requiere de los pañales desechables, tal y como lo ordenó el médico tratante.

iii. Los referidos insumos no han sido suministrados en su totalidad por la entidad accionada Capital Salud Eps-s-, toda vez que de los 360 ordenados por el médico, solo le han suministrado 120 pañales. Como se dijo con anterioridad, aunque los pañales desechables son elementos no incluidos en el plan de beneficios, sobre éstos no se ha surtido el procedimiento técnico-científico y participativo previsto en la Ley 1751 de 2015 que conlleve a su exclusión de dicho plan.

Por otro lado, la entidad accionada manifestó en la contestación de la demanda que expidió la autorización de entrega ante la IPS Sikuany, pero no acreditó esta gestión de autorización ni menos que haya sido entregado el total de los pañales faltantes.

Es por ello que, no es de recibo el argumento esbozado por la parte accionada Capital Salud Eps, que ha negado el suministro de los referidos insumos, con el argumento según la accionante "se radicó en Bogotá, pero aún no dan respuesta, que hay que esperar, que no ha llegado dicha autorización de servicio".

iv. Existen indicios fiables de que la situación socio económica de la actora y su hijo es precaria, pues (a) pertenecen al régimen subsidiado en salud y (b) se encuentra en el Grupo Sisben C9; es decir, dentro del grupo vulnerable de la población. En adición a lo anterior, la entidad accionada no demostró que el núcleo familiar estuviera en condiciones de solvencia que les permitiera sufragar los insumos solicitados, sino que se limitó a decir que autorizó la entrega a Sikuany.

Por lo anterior, el Juzgado concluye que, en este caso se cumplieron los requisitos fijados por la jurisprudencia para que proceda el suministro de los insumos no incluidos en el plan de beneficios, y en esa medida, Capital Salud Eps-s, ha vulnerado los derechos fundamentales del menor Daniel Felipe, porque además de la existencia de un concepto médico, su enfermedad es un hecho notorio que da cuenta de la necesidad de ciertos insumos con el fin de que pueda llevar su vida en condiciones dignas.

Ahora bien, no se puede invadir las competencias propias de los profesionales de la salud, al ordenar el suministro de los insumos en las cuantías específicas requeridas, en razón a que los médicos son quienes tienen la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la cantidad de los referidos elementos.

No obstante, lo anterior en este caso se advierte que existe certeza sobre los insumos solicitados, pues estos fueron prescritos por un profesional de la salud mediante orden médica del 21 de mayo de 2021 de 360 pañales desechables, marca Winny, etapa 5, que debe usar 1 cada 6 horas, por 90 días.

Ahora bien, uno de los apartes del escrito de contestación de la demanda, Capital Salud Eps, solicita que se vincule a IPS Sikuaný para que haga entrega de los insumos autorizados, petición que no es de recibo, toda vez que la accionada no acreditó que se haya dado tal autorización, lo que quiere decir, que sin ello la IPS Sikuaný no podrá hacer entrega de dichos elementos o insumos.

En este orden de ideas y de acuerdo a las anteriores consideraciones, este juzgado concederá el amparo constitucional invocado por la señora Alicia Rojas Boboya y ordenará a la accionada Capital Salud Eps-s, realizar dentro de un término no mayor a las **cuarenta y ocho (48) horas**, contadas a partir de la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, autorizar el suministro y entrega del total de los insumos prescritos por el médico tratante, pañales desechables, marca Winny, etapa 4, en cantidad de 360, de los cuales, ya han sido entregados 120, quedando pendientes por entregar 240 pañales.

En cuanto a la petición de la demandante consistente en que se le brinde un tratamiento que haya lugar, en consideración con el estado de salud que requiere su menor hijo, considera el Juzgado que se le debe garantizar el tratamiento integral en favor del menor de edad Daniel Felipe Bejarano Rojas, respecto de su diagnóstico "**PARALISIS CEREBRAL INFANTIL - INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL**". Lo anterior, con el fin de que le sean prestados los servicios que disponga el médico tratante y se continúe con el suministro de los pañales desechables marca Winny, etapa 4 ordenados por los profesionales de la salud, de forma oportuna, eficaz y sin ningún tipo de demoras u obstáculos, en el presente y a futuro, de acuerdo a la patología padecida por el menor y de la orden médica. Así mismo, todos los demás medicamentos y procedimientos que conlleve con ocasión a la misma patología

Por otro lado requerir a Capital Salud Eps-s., se abstenga en adelante de incurrir en acciones y omisiones que pongan en riesgos la salud y la vida en condiciones dignas del menor de edad Daniel Felipe Bejarano Rojas, para evitar futuras acciones constitucionales.

V. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Macarena – Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor de edad DANIEL FELIPE BEJARANO ROJAS, representada legalmente por su progenitora y tutelante, SLICIA ROJAS BOBOYA.

+46.a

SEGUNDO. **ORDENAR** a **CAPITAL SALUD EPS-S**. Representada Legalmente por su Gerente a Nivel Nacional y Regional Meta, o quien haga sus veces que, en un término no superior a **cuarenta y ocho (48) horas**, contadas desde la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, suministre los insumos prescritos por el médico tratante; esto es, la cantidad total de 360 pañales desechables, marca WINNY, etapa 4, de los cuales ya fueron entregados 120, quedando pendiente el total de 240, a favor del menor de edad DANIEL FELIPE BEJARANO ROJAS, Representado Legalmente por su progenitora y tutelante, la señora ALICIA ROJAS BOBOYA.

TERCERO. **ORDENAR** a **CAPITAL SALUD EPS-S**. Representada Legalmente por su Gerente a Nivel Nacional y Regional Meta, o quien haga sus veces, garantice el tratamiento integral en favor del menor de edad Daniel Felipe Bejarano Rojas, respecto de su diagnóstico **"PARALISIS CEREBRAL INFANTIL - INCONTINENCIA URINARIA Y FECAL"**. Lo anterior, con el fin de que le sean prestados los servicios que disponga el médico tratante y se continúe con el suministro de los pañales desechables marca Winny, etapa 4 ordenados por los profesionales de la salud; de forma oportuna, eficaz y sin ningún tipo de demoras u obstáculos, en el presente y a futuro, de acuerdo a la patología dictaminada desde su nacimiento. Así mismo, todos los demás insumos, medicamentos y procedimientos que conlleve con ocasión a la misma patología.

CUARTO. **REQUERIR** a Capital Salud Eps-s., se abstenga en adelante de incurrir en acciones y omisiones que pongan en riesgos la salud y la vida en condiciones dignas del menor de edad Daniel Felipe Bejarano Rojas, para evitar futuras acciones constitucionales.

QUINTO. Notifíquese el presente fallo, a las partes y al Representante del Ministerio público, en la forma prevista en el art. 16 del Decreto 2591/1991.

SEXTO.- Si no fuere impugnada la presente SENTENCIA y una vez ejecutoriada la misma, envíese, a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL IGNACIO NEIRA PEÑARETE

Juez

