El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia 31 de marzo de 2023

Radicación Nro.: 66001-31-05-004-2023-00034-01

Accionante: Verónica Gutiérrez de Tafur

Accionados: Nueva EPS

Proceso: Acción de Tutela

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / SUMINISTRO DE INSUMOS NO PREVISTOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD / PAÑALES / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS.**

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección…

En la actualidad, tal derecho se encuentra expresamente como fundamental, de acuerdo con la Ley 1751 de 2015.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-508 de 2020 sostuvo que las restricciones previstas en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 fueron concebidas para “garantizar la sostenibilidad del sistema, velar por la destinación efectiva de los recursos del sistema general de seguridad social en salud a la satisfacción de los asuntos realmente prioritarios…” Estas restricciones fueron condicionadas al cumplimiento de tres requisitos…

En esa misma providencia la Corte analizó algunos servicios de salud e insumos como los pañales y frente a éstos últimos precisó que no hacen parte del listado de exclusiones del PBS…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés

Acta de Sala de Discusión N° 0 32 de 31 de marzo de 2023

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a resolver la impugnación formulada por la **Nueva EPS** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el día 16 de febrero de 2023, dentro de la **acción de tutela** que le promueve la señora **Verónica Gutiérrez de Tafur**, agenciada por la señora **Elvira Tafur Gutiérrez**.

## HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN

Indica la señora Verónica Gutiérrez de Tafur a través de su agente oficiosa, Elvira Tafur Gutiérrez, que es afiliada al régimen contributivo de salud en la Nueva EPS; que dentro de los diagnósticos que padece se encuentran los de incontinencia urinaria y enfermedad pulmonar obstructiva crónica, ambas no especificadas; que en el tratamiento de dichas patologías fue ordenada la entrega pañales adulto talla M máxima absorción en cantidad de 540 para 6 meses, los cuales se suministraron de manera efectiva hasta enero del presente año, respecto a la segunda enfermedad, se ordenó oxigeno medicinal por cánula nasal 2 litros por minuto, mínimo 15 horas al día y siempre al dormir, formulada por 3 meses, servicio que no ha sido autorizado por la EPS accionada, alegando que no hay agenda para citas de autorización.

Por lo anterior, estima que las omisiones en las que ha incurrido la entidad accionada vulneran los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social, por lo que solicita su protección y como medida de restablecimiento pide que se autoricen los insumos y servicios prescritos por el médico tratante.

**TRAMITE IMPARTIDO**

La acción constitucional fue admitida mediante auto de fecha seis (06) de febrero del año que corre, providencia en la que se concedió a la parte accionada el término de dos (2) días para que se vinculara a la litis. Igual oportunidad le fue conferida a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), entidad que fue vinculada de oficio por el juzgado de conocimiento.

Esta última dio respuesta a la acción, haciendo un recuento de su naturaleza jurídica y de los derechos que se anuncian como vulnerados, para luego señalar que en el presente caso se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es la entidad llamada a restablecer tales garantías fundamentales, pues esa carga se encuentra en cabeza de la EPS accionada ya que, en virtud a la función indelegable de aseguramiento, está obligada a atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio de salud, para lo cual puede conformar libremente su red de prestadores, siendo enfática que no es posible que estas entidades se sustraigan de sus obligaciones, alegando que lo pretendido por el paciente es un servicio y/o tecnología no cubierta con el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Como argumentos adicionales informó de los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías en salud, indicando que algunos de estos se prestan con cargo a la unidad de pago por capitación -UPC- y que, con el denominado “presupuesto máximo” deben cubrirse los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación -UPC.

Finalmente, hace alusión a la Resolución 094 de 2020 que establece los lineamientos sobre los servicios y tecnologías financiados por la UPC, en concordancia con el artículo 231 de la ley 1955 de 2019, el cual debe armonizarse con el artículo 240 donde se determina el “presupuesto máximo”, consistente en que los recursos de salud son girados por el ADRES antes de la prestación de servicios para que la EPS pueda atender integralmente a sus pacientes.

Adicionalmente, señala la entidad que en el parágrafo 6º del artículo 5.4 de la Resolución 205 de 2020, se establece que, en cumplimiento de las órdenes judiciales, los costos de los servicios en salud se deben cargar a dicho “*presupuesto máximo*”.

La Nueve EPS a su turno, informó que dio traslado al área de salud de la entidad para que informe respecto a las acciones realizadas en aras de garantizar la prestación de servicios de salud a la parte accionante, siendo el área técnica la encargada de apoyar a su par jurídica para dar respuesta a la demanda.

Frente al caso concreto indicó que ha venido prestando los servicios solicitados por la afiliada, siempre que estos se encuentren a su cargo, conforme la normatividad que regula el Sistema General de Seguridad Social; que no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales que señala la actora como vulnerados y en tal virtud no puede acudirse a la acción de tutela, pues es evidente que ese mecanismo opera frente a la afectación de garantías constitucionales o para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por otro lado, sostiene que no es procedente ordenar un tratamiento integral, dado que la Nueva EPS está sujeta a la normatividad vigente y por ello está llamada a brindarle integralidad a sus afiliados; que en cumplimiento de tal premisa suministra a cada paciente el tratamiento que requiere a través de la red de prestadores, incluyendo servicios de ayudas diagnósticas, especializados y sub especializados, medicamentos, acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación sin dilación alguna.

Precisa además que, el tratamiento médico integral solicitado en este proceso no cuenta con orden médica vigente y además se trata de un procedimiento supeditado a futuros requerimientos y pertinencia médica por parte de la red de prestadores de servicios.

Llegado el día del fallo la *a quo* decidió amparar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de titularidad de la señora Verónica Gutiérrez de Tafur, al advertir que la Nueva EPS sin justificación alguna se sustrajo de su obligación legal de suministrar a la paciente los servicios e insumos ordenados por su médico, con independencia de que estos se encuentren o no incluidos en el plan de beneficios, pue así lo ha considerado la Corte Constitucional en la sentencia T-239 de 2019.

En consecuencia, ordenó a la nueva EPS autorizar y entregar el oxígeno medicinal y los pañales ordenados a la paciente por el médico tratante.

Inconforme con la decisión la Nueva EPS la impugnó precisando que los pañales desechables están diseñados para el aseo personal por lo que no hacen parte del tratamiento del paciente dado que su uso no está dirigido a su recuperación o estabilización de sus funciones fisiológicas; que tal insumo puede obtenerse por otros medios y no necesariamente a través de la EPS y que, de impartirse una orden en ese sentido, llevaría a esta entidad a suministrar otros productos de aseo.

Refiere que los pañales desechables no son vitales para la usuaria e insisten que es un elemento de aseo y no un servicio de salud por lo que es la red de apoyo familiar la llamada a proveerlos.

Frente a los tratamientos que no hacen parte el Plan Obligatorio de Salud refiere que su cofinanciamiento total o parcial del FOSYGA depende de la real capacidad de pago del afiliado, aclarando que como EPS está obligada a brindar el “*paquete*” que corresponde al referido plan, cuya financiación es la unidad de pago por capitación -UPC- o prima de salud individual, que cobija los servicios que el Estado considera prioritarios y más frecuentes, de allí que contenga exclusiones y limitaciones, las cuales han sido establecidas para un efectivo equilibrio entre los servicios prestados y su financiación.

En consecuencia, estima que no es dable que, con un recurso económico limitado suministrado por el Estado, se cubran infinidad de necesidades en salud de los afiliados, bajo el apremio del principio de solidaridad que no puede ser enrostrado únicamente a las EPS.

Por lo expuesto, solicita que ser revoque la orden impartida en la sentencia de tutela.

## CONSIDERACIONES

El asunto bajo análisis plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

***¿Está obligada la EPS accionada a brindar insumos que no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en salud?***

Con el propósito de dar solución al interrogante planteado en el caso concreto, la Sala considera pertinente hacer, de manera previa, las siguientes precisiones:

1. **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

Innecesario resulta discutir y argumentar frente al derecho a la salud, cuando la Alta Magistratura Constitucional se ha encargado de catalogar el mismo como fundamental y por tanto, autónomo y susceptible de protección, sin que sea necesaria conexidad con algún otro beneficio de rango mayor[[1]](#footnote-1).

La evolución de dicha garantía fue resumida por esa Corporación, en la sentencia T-094-16, así:

*“El derecho a la Salud ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha venido protegiendo vía tutela a través de 3 mecanismos: Al principio, se amparaba debido a la conexidad que tiene con los derechos a la vida digna e integridad personal; luego, fue reconocido como derecho fundamental, para el caso de personas que por sus condiciones eran consideradas de especial protección constitucional y, recientemente, se ha considerado un derecho fundamental autónomo*[[2]](#footnote-2)*”*

En la actualidad, tal derecho se encuentra expresamente como fundamental, de acuerdo con la Ley 1751 de 2015.

1. **REQUISITOS ESTABLECIDOS JURISPRUDENCIALMENTE PARA SOLICITAR MEDIANTE TUTELA INSUMOS -PAÑALES- EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS.**

La Corte Constitucional en la sentencia SU-508 de 2020 sostuvo que las restricciones previstas en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 fueron concebidas para “*garantizar la sostenibilidad del sistema, velar por la destinación efectiva de los recursos del sistema general de seguridad social en salud a la satisfacción de los asuntos realmente prioritarios, sin desconocer el ámbito irreductible de protección –núcleo esencial– del derecho fundamental a la salud ni el deber de garantizar el nivel más alto posible de atención integral en salud y de prever una ampliación progresiva en materia de prestación de servicios y tecnologías en salud”* . Estas restricciones fueron condicionadas al cumplimiento de tres requisitos:

*“i) las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador. Los servicios y tecnologías no serán financiados, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes criterios: (a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación y, f) que tengan que ser prestados en el exterior. (ii) los criterios antes señalados, deben concretarse en una lista de exclusiones; y (iii) se debe verificar caso a caso, y la excepcionalidad de la prestación de un servicio o tecnología excluido”*

En esa misma providencia la Corte analizó algunos servicios de salud e insumos como los pañales y frente a éstos últimos precisó que no hacen parte del listado de exclusiones del PBS y para su suministro deben observarse las siguientes subreglas:

1. *“Son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS*
2. *Si existe prescripción médica y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente.*
3. *Puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, si a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su necesidad dada la falta del control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra. En todo caso, el médico tratante debe ratificar su necesidad.*
4. *Ante la ausencia de prescripción médica y pruebas, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. El juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizarlos.*
5. *Al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica”.*

**3. CASO CONCRETO**

Fuera de cualquier discusión se encuentra el hecho que la señora Verónica Gutiérrez de Tafur tiene la condición de sujeto de especial protección, dado que en la actualidad cuenta con 86 años edad y que padece de incontinencia urinaria, asma y osteoporosis, según el historial clínico visible en el numeral 3°de la carpeta digital de primera instancia.

Ahora, el reproche de la Nueva EPS en su recurso no se relaciona con la orden de suministrar a la paciente oxigeno medicinal por cánula nasal, sino con el suministro de pañales, pues considera que legalmente no tiene a su cargo la entrega de dicho insumo por ser este un elemento de aseo que debe proporcionar el grupo familiar del afiliado.

Frente al tema puntual, tal como se reseñó en la jurisprudencia citada, basta que tales elementos sean prescritos por el médico tratante para que el juez de tutela ordene su entrega, dado que se encuentran incluidos implícitamente en el Plan de Beneficios de Salud.

Es así entonces que, como quiera que en el caso particular la orden médica milita en la hoja 6 del numeral 03 del cuaderno digital de primera instancia y en ella se determina como plan de manejo de la enfermedad general “*Incontinencia urinaria no especificada*”, disponiendo la entrega de pañales adulto talla M máxima absorción a razón de 90 de ellos por mes, para un total de 540 para 6 meses –hoja 7-, mismos que venían siendo entregados sin problema hasta el mes de enero de 2023, corresponde, según lo expuesto, confirmar sin restricción alguna la decisión de primer grado.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

##### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el día 16 de febrero de 2023.

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

**TERCERO: REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Quienes Integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERON GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrada Magistrado

1. Ver Sentencias T-650 de 2009 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-760 de 2008 [↑](#footnote-ref-2)