



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Ipiales –Nariño, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 2022-00071-00
Accionante: MIGUELL ANGEL MEJIA HERNANDEZ
Accionada: MUNICIPIO DE IPIALES y OTROS

Se decide en esta oportunidad la acción de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite propio a esta instancia.

I. ANTECEDENTES.

En compendio, el accionante manifiesta que el 2 de mayo de 2022, impetró en su calidad de Presidente de Asoartes Rumichaca, derecho de petición ante la Alcaldía Municipal de Ipiales, con el fin de que se informe los tramites adelantados para hacer efectivas las promesas realizadas frente al Carnaval Multicolor de la Frontera para la vigencia de 2023.

Arguye que, la petición se fundamenta en los compromisos adquiridos se ha venido incumpliendo por parte de la Alcaldía Municipal según lo establecido en la Ley 397 de 1997, en lo atinente al plan de gobierno y ahora plan de desarrollo, lo que en su sentir, no permite conocer la apropiación presupuestal y el plan a ejecutar con el fin de desarrollar el Carnaval Multicolor de la Frontera de Ipiales 2023.

Apunta que, de igual manera, no se conocen subsidios, premiación y demás garantías para artistas y artesanos del Municipio de Ipiales y la Ex provincia de Obando.

Advierte que, pese a lo anterior, lo cierto es que a la fecha las entidades accionadas aún no han emitido repuesta, vulnerándose su derecho fundamental de petición.

En tal sentido solicitó:

“1. Que el municipio de Ipiales y el concejo municipal de Ipiales contesten de fondo mi petición radicada el día 02 de mayo de 2022.



2. *Que la Procuraduría provincial de Ipiales, inicie las acciones disciplinarias correspondientes por la omisión de contestación de mi derecho de petición.*
3. *Que se den inicio de manera inmediata a los compromisos adquiridos con referencia al carnaval multicolor de la frontera 2023*
4. *Que como consecuencia de lo anterior resuelvan de inmediato el derecho de Petición invocado.*
5. *Que una vez cumplido el fallo de tutela se sirvan enviar al juzgado que concede la tutela, los documentos que acrediten el cumplimiento de la misma."*

II. TITULAR DE LA ACCIÓN.

Se trata del señor **MIGUEL ANGEL MEJIA HERNANDEZ**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 87.714.392.

III. SUJETO DE LA ACCIÓN.

Se trata del MUNICIPIO DE IPIALES, entidad territorial organizada de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, la cual se encuentra sujeta a un régimen especial, en virtud del cual, sus órganos y autoridades gozan de facultades especiales, diferentes a las contempladas dentro del régimen ordinario aplicable a los demás municipios del país, así como del que rige para las otras Entidades Territoriales establecidas dentro de la estructura político administrativa del Estado colombiano.

IV. DERECHOS TUTELADOS.

El accionante invoca como vulnerado su derecho fundamental de petición.

V. CONTESTACIÓN.

(i) La Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado judicial, manifiesta que revisado que revisado el registro de correspondencia de la



Procuraduría Provincial desde el mes de enero de esta anualidad, advierte que no se encontró solicitud alguna propuesta por el accionante.

No obstante, advierte que de conformidad a los hechos narrados por el tutelante y ante la falta de respuesta que puede configurar una sanción disciplinaria, inicio actuación disciplinaria de conformidad al artículo 86 de la Ley 1952 de 2019.

Por lo expuesto, y atendiendo las pretensiones del tutelante, solicita se declare para la entidad que presenta la falta de legitimación en causa por pasiva.

(ii) El presidente del Concejo Municipal de Ipiales, señor ALEX YIOVANNY GONZALES VILLARREAL, contesta en término, señalando que como respuesta al derecho de petición por el impetrado se lo invitó a participar en la sesión ordinaria a llevarse a cabo el día 17 de mayo de 2022 en donde se presentaba el informe de gestión del Departamento Administrativo de Cultura, institución competente para tratar asuntos relacionados con el tema y así generar el espacio para mediar y dialogar entre las partes.

Así mismo, refiere que de dicha sesión se le informó al tutelante mediante llamada telefónica, cuya asistencia se efectuó, pero sin participación activa por parte del gremio.

Arguye que la corporación carece de competencia para resolver las peticiones efectuadas por el accionante, ya que no hace parte de las decisiones administrativas de la Alcaldía que le han sido atribuidas a aquella por ley.

Destaca el animo de contribuir y hacer gestión por los artesanos y servir de puente de interlocución con la administración, sin que ello constituya la potestad de inmiscuirse en las decisiones que al respecto adopte el ejecutivo municipal.

(iii) El Municipio de Ipiales, pese a haber sido notificada en debida forma, no emitió pronunciamiento alguno.

VI. CONSIDERACIONES.

1. DE LA COMPETENCIA.



En primer lugar, debe decirse que el juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto establecidas en el Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Despacho determinar si las entidades accionadas han vulnerado el derecho fundamental de petición del accionante, debido a la ausencia de respuesta de fondo a la solicitud por él impetrada el 2 de mayo de 2022, o por el contrario, si debe denegarse ante la inexistencia de vulneración del derecho invocado.

Antes de resolver el interrogante planteado, se adelantará el examen de procedencia de la acción de amparo.

3. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Corresponde determinar en este acápite, si se satisfacen los requisitos de procedencia de la presente acción constitucional, para que amerite efectuar un examen de fondo del presente asunto. Estos requisitos se refieren a la legitimación, inmediatez y subsidiariedad, que a continuación se procede a analizar.

3.1 En cuando a la legitimación en la causa por activa

El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiiales – Nariño
j01ctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



legalmente para hacerlo “no esté en condiciones de promover su propia defensa”; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

En el presente asunto, el accionante se encuentra legitimado por activa, debido a que actúa en su nombre, igualmente impetró la petición de la que se queja, adolece de respuesta.

3.2 En lo que corresponde a la legitimación en la causa por pasiva, la Constitución Política Colombiana establece en su artículo 86, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada la Corte Constitucional, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión¹.

También se cumple con el requisito de procedencia de legitimación en la causa por pasiva, pues esta acción se dirige contra el Municipio de Ipiales y el Concejo Municipal de, entidades públicas a las cuales se les atribuye la presunta vulneración del derecho fundamental de petición del cual es titular el accionante.

3.3 Requisito de inmediatez.

Sobre del prenombrado requisito de inmediatez, establece el artículo 86 que la acción puede impetrarse “[...] en todo momento y lugar [...]”. La jurisprudencia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad, pues ello contrario al artículo citado². Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, según el propio

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-1001 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería

² Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992



artículo 86, como un mecanismo de “protección inmediata” de los derechos alegados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la no caducidad y la naturaleza de la acción, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente³. Para la determinación de la razonabilidad del plazo, no existen reglas estrictas e inflexibles, sino que al juez constitucional le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un plazo oportuno. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla⁴.

Al respecto, debe indicarse que la presente acción también cumple con este requisito, ello teniendo en cuenta que la petición fue impetrada el 2 de mayo de 2022, y la presente acción fue presentada el día 29 de agosto de esta anualidad, plazo que se considera razonable.

3.4 En lo que tiene que ver con el requisito de subsidiariedad, el artículo 86 que “[...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

También se advierte satisfecho este requisito, en tanto las pretensiones del accionante relativa a que se dé respuesta a un derecho de petición, no encuentran un mecanismo ordinario para su resolución

4. LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico con la específica finalidad de otorgar a las personas la protección inmediata

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2015



a los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridad pública, y también por los particulares por los mismos motivos. Pero en este último evento sólo en los casos taxativamente consagrados en la ley.

Según se desprende de la misma definición constitucional contenida en el artículo 86 superior, está establecida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el primer presupuesto de procedibilidad es que se haya interpuesto, en el caso concreto, para defensa de derechos que tengan esa categoría, salvo que se trate de prerrogativas de distinto rango, v.gr., las prestacionales, que en la oportunidad particular se encuentren inescindiblemente ligadas a otras de ese carácter.

5. DERECHO DE PETICIÓN.

En virtud del derecho fundamental de petición toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas y a obtener pronta solución. Tal derecho fundamental ha sido consagrado en el art. 23 de la Constitución Política, según el cual “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. (...)”.

Sobre el contenido y alcance de dicho derecho fundamental la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades señalando que la manifestación de la administración respecto al caso debe ser adecuada a la solicitud planteada, efectiva para la solución del caso, y oportuna.

No hay duda que para la efectiva satisfacción del derecho de petición este debe resolverse, y que conforme a reiterada doctrina constitucional el amparo tutelar solo puede facultar al juez de tutela, en protección del derecho de petición, para impulsar una pronta respuesta de la respectiva solicitud, sin que sea permitido señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

También es importante precisar que el pronunciamiento generado en cumplimiento del derecho de petición debe permitir al particular definir una expectativa, por eso “resolver” en los términos de la doctrina

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiiales – Nariño
j01ctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



constitucional entraña una contestación sustantiva a la petición formulada por el particular, porque solo así el derecho adquiere su verdadera dimensión de instrumento de participación democrática.

Además, se tiene que la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación con el contenido y alcance del derecho de petición, señalando en sus decisiones más importantes que para su plena satisfacción la respuesta debe ser adecuada a la solicitud planteada, efectiva para la solución del caso y oportuna, además que: *"...el derecho de petición, es un mecanismo expedito de acceso directo a las autoridades, que exige el cumplimiento de una obligación inexcusable: la resolución sustancial de la petición respetuosamente formulada. Por consiguiente, debe existir una respuesta, que puede darse en cualquier sentido, siempre que sea definitiva y coherente con lo solicitado, es por eso que resulta insuficiente la mera información sobre el trámite de una determinada actuación..."*.

5.1.- En la sentencia T-1160A de 2001, la Corte Constitucional enumeró los elementos característicos del derecho de petición, para lo cual indicó:

"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.



(...)

k) “Ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”. (Resaltado fuera de texto)

5.2. La Ley 1755 de 2015 “...por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición...”, en su artículo 14 indica los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones, así:

“...Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. 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 (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto...”. (Acentuado del juzgado)

En este orden de ideas, debe entenderse que la orden de tutela suplicada, en caso de violación al derecho de petición, ha de dirigirse solamente en el sentido de requerir a la autoridad para que ésta



proceda a resolver positiva o negativamente, desterrando el silencio no justificado de la entidad con respecto a la solicitud.

Así, el derecho de petición tiene una doble finalidad, por un lado, se concreta en permitir a toda persona elevar peticiones respetuosas y por otro, en asegurar la pronta y efectiva respuesta, es decir, una vez se realiza la solicitud, se espera como la norma lo prevé, una pronta solución.

6. EL CASO CONCRETO.

En el escrito genitor de la presente acción, el accionante registra que el 2 de mayo último, presentó ante la Alcaldía Municipal de Ipiales y el consejo Municipal de Ipiales, derecho de petición, solicitando se dé cumplimiento a las procesas efectuadas para llevar a cabo el Carnaval Multicolor de la Frontera para la vigencia 2023 así:

“1-Que el Concejo Municipal asuma el papel de amigable mediador, en un espacio de dialogo, concertación y planeación, con el fin de que se promueva la adecuada coordinación de los próximos carnavales 2023, con la debida anticipación, con la participación adecuada y oportuna de todos los sectores involucrados.

2-La mediación del Concejo Municipal será valiosa también para lograr la conformación de una Corporación del Carnaval Multicolor de la Frontera o un Comité Coordinador, que permita el estudio, la planificación oportuna y eficiente de las fiestas.

3-Dentro de este espacio de dialogo se debe incluir temas de gran importancia para la correcta administración de los recursos y el buen desarrollo de los Carnavales hacia el futuro, en los siguientes aspectos:

a- Institucionalizar y promocionar los planes de patrimonio y salvaguardia del carnaval multicolor de la frontera, teniendo en cuenta: modalidades, y bases del carnaval 2019-2020.

b- El carnaval Multicolor de la Frontera debe estar dentro del presupuesto municipal para que goce de recursos propios.



c Protección y seguridad de los artesanos en la época de Carnaval.

d- Profesionalización de los artesanos como lo exige la ley 370 de cultura. (capacitaciones oportunas).

e- Promoción de intercambios culturales de los artesanos de Ipiales con los diferentes carnavales nacionales e internacionales.

f- Informes periódicos de los procesos de garantía de la seguridad social creadores artesanales, según la ley de cultura en aplicación de la estampilla pro cultura.

g- Creación de una escuela del carnaval para promover la conservación del patrimonio cultural.

h- Formación y apoyo al emprendimiento artesanal de los trabajadores del carnaval como otro espacio de la economía turística

i- Creación de la cátedra del carnaval en las instituciones educativas de Ipiales.

j- Creación del museo del carnaval de Ipiales

k- Fomento a la investigación y la publicación de estudios del carnaval de Ipiales.

l- Creación de la página web del Carnaval Multicolor de la Frontera de Ipiales.

m- Presentación de proyectos por parte de la alcaldía y del Departamento Administrativo de Cultura de Ipiales ante el ministerio de cultura, entidades cooperantes y empresa privada para que estos proyectos se hagan realidad, para fortalecer el presupuesto municipal."



Lo anterior, por cuanto a la fecha se desconoce los subsidios, premiaciones y demás garantías para artistas y artesanos del Municipio de Ipiales y la Ex provincia de Obando.

En casos como el presente, se impone verificar si el derecho de petición ha sido satisfecho en debida forma, de manera que comprenda y resuelva en el fondo lo solicitado, y haga efectivo el núcleo esencial de tal garantía Constitucional.

Conforme a la respuesta ofrecida en el presente trámite por el Presidente del Concejo Municipal, de su parte se emitió respuesta invitando a que haga parte de la sesión ordinaria que se iba a llevar a cabo el día 17 de mayo postrero, en el que del Departamento Administrativo de la Cultura iba a rendir informe de gestión y en el que como mediador tenía la posibilidad de abrir un espacio de dialogo, puesto que aquellos no son competentes para interferir en la toma de decisiones administrativas que se depongan por el Ejecutivo Municipal.

Al respecto considera que la respuesta fue clara, y oportuna, pues se efectuó la invitación al espacio de dialogo, se ofreció acompañamiento y se le comunico tanto por correo electrónico, así como por vía telefónica, de ahí que respecto a dicha corporación no se avizore vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

No obstante, no puede predicarse lo mismo, en lo que al Municipio de Ipiales atañe, pues pese a haber sido notificados en debida forma, no emitieron pronunciamiento alguno que diera cuenta de la emisión de una respuesta, lo que de suyo implica al tenor del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 tener por ciertos los hechos, respecto a la presentación del derecho de petición y la ausencia de respuesta, que decaen en la vulneración del derecho de petición del cal es titular el señor MEJIA HERNANDEZ.

Es que, como se dejo anotado, de conformidad a las consideraciones jurisprudenciales extractadas en antecedencia, para que se entienda protegido el derecho de petición se hace necesario que la accionada, haya emitido una respuesta oportuna, clara y de fondo a lo solicitado, requerimientos que no se encuentran presentes en este asunto.

Cabe aclarar que, en lo que atañe a la Procuraduría Provincial, en efecto se estructura la denominada falta de legitimación por pasiva,
Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiales – Nariño
j01ctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



toda vez que no esta llamada a efectuar el derecho de petición, aunado al hecho de que no se había puesto en conocimiento las misiones efectuadas por este Municipio, frente al derecho de petición que se reclama.

Corolario de lo expuesto, como respuesta al problema jurídico planteado, se concederá la protección constitucional incoada, debido a la ausencia de una respuesta de fondo a la solicitud planteada por el tutelante, únicamente en lo que atañe al Municipio de Ipiates, por lo que así se procederá efectuando los ordenamientos de rigor.

VI. DECISION.

Por lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES-NARIÑO, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo deprecado por MIGUEL ANGEL MEJIA HERNANDEZ de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Municipio de Ipiates, a través de su alcalde o quien haga sus veces, para que dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que con esta providencia se haga, proceda a resolver de manera clara y de fondo, la petición presentada por el tutelante calendada a 2 de mayo de 2022

TERCERO: NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: Si el presente fallo no fuere impugnado, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
JUEZ

Firmado Por:
Víctor Hugo Rodríguez Moran
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Ipiiales - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ca15225c5185ac1e4c37dd869dd6e660fa891021ec8fc7921206308a2a894efe**

Documento generado en 15/09/2022 08:11:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES

IpiALES - Nariño, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA.
(IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA).
RADICADO: 2022-00037-02
ACCIONANTE: IMELDA OFELIA GARRETA REINA.
ACCIONADA: EMSSANAR E.P.S. y OTROS

Se decide en esta oportunidad la impugnación interpuesta por la accionada EMSSANAR E.P.S., contra el fallo del 27 de junio de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gualmatan –Nariño.

I: ANTECEDENTES:

En compendio, el agente oficioso de la tutelante, refiere que su prohijada se encuentra postrada en cama, con diagnóstico de “HTA, EPOC, DEMENCIA SENIL E INCONTINENCIA MIXTA” por lo que requiere de la formulación de pañales para mejorar su calidad de vida, pero los cuales no son viables de adquirir de manera particular debido a la imposibilidad económica de la tutelante y la precaria situación económica de su núcleo familiar.

Arguye que, el 26 de marzo, acudieron al Centro de Salud Señor de los Milagros del Municipio de Gualmatan, para que la señora GARRETA fuera valorada por medicina general, en el cual le fue prescrito por su médico tratante pañales en cantidad de 180 para adulto talla M, para cambio cada 8 horas por el término de 60 días.

Apunta que, acudió con dicha prescripción a Emssanar, obteniendo como respuesta que no se entregaba ese tipo de suministros, posición que continuó hasta la fecha de interposición de esta acción

En tal sentido, solicitó

“Con fundamento en los hechos relacionados, solicito a usted Señor Juez disponer y ordenar a la parte accionada y a favor de mi tía una adulta mayor de 86 años, lo siguiente.

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, IpiALES – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



Tutelar los derechos fundamentales que le asisten a mi madre los cuales son a la vida, la integridad física, la dignidad, la igualdad, la seguridad social y en consecuencia ordenar que en un término no mayor a 48 horas EMSSANAR ESS,

1. Autorice y suministre de forma Integral la entrega de:

- 180 pañales desechables Talla M con cambio cada 8 horas por día.*
- Paquetes de pañitos húmedos por 200*
- Colchón Antiescaras. cantidad No. 1*
- Crema anti pañalitis.*

2. Solicito que se realice la entrega de forma mensual ya que el cuidado de mi tía es de especial protección, por ser de escasos recursos así como mis condiciones económicas no son las mejores para satisfacer todas las necesidades de ella, de igual manera No se interrumpa estas entregas ya que estarían afectando la salud y vida digna de mi Tía, así como también los pocos ingresos destinados para otras necesidades en la casa.

Todo lo anterior con el fin de que mi tía pueda llevar una vida digna conforme a sus Derechos a pesar de su enfermedad."

II: SENTENCIA PROTESTADA:

El juzgado de conocimiento en primera instancia, mediante la providencia precedentemente enunciada, luego de realizar un examen del evento sometido a su estudio, estimó tutelar los derechos fundamentales de la accionante, en tanto considera cumplidos los requisitos jurisprudenciales que viabilizan la autorización de los suministros médicos prescritos por su médico tratante y demás servicios requeridos por la tutelante, atribuyendo la responsabilidad de su suministro a la E.P.S. con carga al presupuesto máximo de eventos no PBS.



Señaló que, siendo responsabilidad de la E.P.S. el suministro de los pañales y demás elementos requeridos por la accionante, evidente resulta la vulneración de sus derechos fundamentales, de ahí la concesión de la protección incoada.

III: LA IMPUGNACIÓN:

(i) Emssanar E.P.S. a través de apoderado, manifiesta su inconformidad frente al fallo, en tanto estima que en aquel se desconoce los lineamientos legales y jurisprudenciales atinentes a los servicios no complementarios y la responsabilidad en su cobertura.

Lo anterior, por cuanto considera que la crema antipañalitis, los pañitos húmedos y el colchón anti escaras, se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios en salud y por tanto no deben ser financiados con dineros del SGSSS.

Advierte además la inexistencia de soportes para la emisión de los elementos en cita, pues no existe prescripción médica que así lo ordene, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia.

IV: CONSIDERACIONES:

1.- Competencia. De conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, regulado por el decreto 306 de 1992 y del Decreto 333 del 6 de abril de 2021, este Juzgado tiene competencia para conocer sobre la impugnación, como Superior Funcional de quien la pronunció, amén de que los jueces municipales conocen en primera instancia las acciones de tutela que se interponen frente a cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden Departamental, Distrital o Municipal y contra particulares.

2.- Problema jurídico

Le corresponde al Despacho establecer si debe confirmar la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Gualmatan, que concedió el amparo deprecado por la tutelante, o por el contrario, se debe revocar



y, en su lugar, negar los suministros, como lo adujo la entidad impugnante.

3.- Procedencia de la acción de tutela

En punto de realizar el examen de procedencia de la presente acción constitucional, corresponde analizar los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, que deben concurrir para que la acción resulte procedente.

Al respecto, el Despacho encuentra que la accionante se encuentra legitimada por activa por cuanto a través de agente oficioso, ha manifestado se le ha vulnerado sus derechos fundamentales la salud y vida en condiciones dignas, al no prestarle su EPS el servicio de salud, al no autorizarle el suministro de pañales prescritos por su medico tratante.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se advierte que la entidad EMSSANAR E.P.S., como accionada está llamada a responder por pasiva, como quiera que resulta competente para resolver la situación planteada por la accionante.

En cuanto al requisito de inmediatez, el Despacho encuentra que en la presente acción, debido a las afecciones que aquejan a la tutelante, bajo el análisis de este caso en concreto, se cumple con el requisito, pues algunas de las prescripciones medicas allegadas al plenario se encontraban insolutas.

En lo tocante al requisito de subsidiariedad, respecto de la acción de amparo frente a la presunta vulneración del derecho fundamental de seguridad social y salud, el despacho estima satisfecho este requisito, en tanto no advierte que la accionante disponga de otro medio ordinario idóneo y eficaz para la defensa de tal derecho.

4.- FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.-

Aunque inicialmente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, estableció que la categoría fundamental del derecho a la salud se atendía cuando la salud estaba en conexidad con otros derechos



reconocidos como tales, de manera muy especial con el derecho a la vida, dicha posición la ha reevaluado, reconociéndole a este derecho su rango de fundamental *per se*.

Así, tal como fue desarrollado durante años por la Corte Constitucional, la fundamentalidad de la salud entró en vigencia a partir del 16 de febrero de 2015, al expedirse la Ley Estatutaria N° 1751, la cual regula el derecho fundamental a la salud, bajo elementos tales como: Disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional.

Así mismo, fundamentó su legislación con base en principios como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección, significando con ello el deber en cabeza del Estado, de garantizar el disfrute efectivo del mentado derecho fundamental, sin que le sea posible a las empresas o instituciones prestadoras de salud, negar los servicios requeridos, con excepción de los enlistados en el artículo 15 de la ley en cita.

Se obliga entonces, a que se presten los servicios de salud con calidad y eficiencia, oportunos, sin dilaciones injustificadas, sin limitaciones de tipo administrativo que se trasladen al usuario, un servicio integral en pro de la protección de la salud del usuario.

Lo anterior, bajo el entendido de que tal como lo dispone el artículo 26 de la prenombrada ley estatutaria, dicha normatividad rige a partir del 16 de febrero de 2015, derogando las normas que le sean contrarias.

5.- PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD:

Sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, la Corte Constitucional ha señalado que:

“...El tratamiento integral está regulado en el Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros,



con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”[14]Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”[15].

(...)

Particularmente, este tratamiento debe garantizarse siempre a quienes sean diagnosticados con cáncer, debido a que esta es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta. Este tratamiento debe ser prestado por el personal médico y administrativo, teniendo en cuenta los riesgos latentes de que se cause un perjuicio irremediable sobre la salud y la vida del paciente. (...).¹

De otro lado, se ha determinado la necesidad de delimitar el amparo, indicando de manera precisa cuales son las prestaciones que conforman dicha garantía integral, con el fin de evitar el reconocimiento de órdenes futuras, indeterminadas o inciertas.

Así lo estableció en Sentencia T-245 de 2020, al señalar:

“Los alcances de dicho amparo serán determinados por el juez constitucional quien deberá concretar la orden al conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud. Esto es relevante, debido a que el amparo que garantice una prestación integral del servicio de salud debe contener indicaciones precisas que concreten la decisión del juez de tutela, con el fin de evitar órdenes indeterminadas, o el reconocimiento de prestaciones futuras inciertas

¹ Corte Constitucional Sentencia T-081 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



La garantía de una atención integral ha sido reconocida por esta Corporación, entre otros: (i) en casos en los que está en riesgo la situación de salud de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los menores de edad, de los adultos mayores o de las personas con enfermedades huérfanas, entre otros; (ii) cuando se requieren prestaciones incluidas o no incluidas en el PBS; (iii) en situaciones en las cuales las personas evidencian condiciones de salud extremadamente precarias e indignas o (iv) ante situaciones en las que se prueba que la EPS ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud.

6.- EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD

La Corte Constitucional frente al tema en sentencia T-423 de 2019, expresó:

“40. En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado² 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 derivadas de su reconocimiento y prestación, y a la magnitud de acciones que se esperan 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 que requiere la población.

41. Sin embargo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o

² Ver, entre otras, Sentencias T-034 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



procedimiento no incluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un servicio que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

42. Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008**³ 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 a cargo 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 que estén excluidos del PBS a 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”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en una circunstancia específica que lo amerite, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de

³ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Carrera 4ª N° 18-45, Palacio de Justicia, Piso 2, Telefax 7732835, Ipiiales – Nariño
j01cctoipiales@cendoj.ramajudicial.gov.co



los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, en cada caso concreto.

43. La Corte ha señalado en relación con la primera subregla que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, 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.

44. En torno a la segunda subregla, referente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte⁴ que, si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS⁵.

45. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

(i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

⁴ Sentencia T-873 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Ante este problema, la Sentencia precisó que “*lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación*”.



(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 con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

(iii) Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante⁶.

En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección, especialmente si su garantía va ligada con la dignidad intrínseca de la persona o aquella está amenazada: (a) casos en que se concede tratamiento no incluido en el PBS y (b) casos excepcionales. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir prescripciones médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que sus condiciones de existencia son indignas, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece⁷.

46. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en

⁶ Sentencia T-336 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Ver Sentencias T-099 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-899 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-975 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-180 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T- 955 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.



Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por incapacidad real, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio "afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona".

47. 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 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 pañales⁸, pañitos húmedos⁹ y sillas de ruedas¹⁰.

7.- EL CASO CONCRETO.

Se impone advertir para el caso de esta acción tutelar, que el núcleo fundamental de la inconformidad de la entidad accionada EMSSANAR E.P.S., estriba en la asignación de la posible prestación de servicios que no se encuentran contemplados en el plan de beneficios o que se encuentran excluidos del mismo, pues se otorgó entre otros el suministro de pañales, pañitos húmedos, crema antipañitis y colchón anti escaras, cuando en su sentir estos elemento a excepción de los pañales, se encuentran expresamente excluidos y por lo tanto no deben financiarse con dineros del SGSSS.

Advirtió además, que no existe orden medica que prescriba los elementos excluidos, razón por demás para que aquellos no sean otorgados en esta sede.

Pues bien, el Juzgado de conocimiento en primera instancia, en fallo que se revisa, se adentró de manera superficial al estudio de las condiciones que habilitaron a la concesión de la orden de los suministros medico incoadas, concluyendo en su parte resolutive el otorgamiento genérico de todas las pretensiones incoadas, sin mencionar lo atinente a la inexistencia de prescripción médica que ampare la crema antipañalitis, los pañitos húmedos y el colchón antiescaras.

⁸ Con respecto a los pañales como insumos excluidos del PBS, se deben hacer algunas precisiones sobre el reconocimiento descrito. De acuerdo con el numeral 42 del Anexo Técnico "Listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud", las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo se encuentran excluidos del PBS. En igual sentido, el numeral 43 de la referida norma excluye todas las "toallas desechables de papel". Igualmente, la Resolución No. 5857 de 2018, ⁹ En la Sentencia T-471 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos, se accede a otorgar a los accionantes pañitos húmedos al ser el complemento de los pañales.

¹⁰ De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018, no se encuentra financiado con recursos de la UPC y esta Corporación en Sentencia T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, determinó que: "...en vigencia de la reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud, mediante sentencia T-196 de 2018, se dispuso por esta Corporación que " (...) es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita movilizarse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice **una mejor calidad de vida** a la persona"



Pues bien, como se dejó anotado en líneas precedentes, la Corte Constitucional, en amplia jurisprudencia ha determinado que es obligación de las E.P.S. de propender por la protección del derecho a la salud de sus afiliados, aun cuando las prescripciones de sus médicos tratantes no se ajustan al catálogo del plan de beneficios en salud, pues para ello afirmó que lo no contemplado en el referido listado, se entiende incluido, en razón a que el servicio de salud debe prestarse de manera integral.

No obstante, respecto de las exclusiones expresas, señaló que de conformidad a la norma, estas en efecto, no podían financiarse con los dineros pertenecientes al SGSSS, a excepción de cuando, conforme al caso concreto, los condicionamientos jurisprudenciales se encuentren presentes y así habiliten la configuración de una excepción de inconstitucionalidad, a efectos de que se otorguen en protección a los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas de todos los usuarios del sistema.

Así, uno de los requisitos sine quanon para la emisión por parte de la E.P.S. de la autorización y entrega de medicamentos, suministros, elementos, procedimientos, es la prescripción médica emitida por el galeno tratante.

Sin embargo de ello, la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, entre ellos, la sentencia T-118 de 2022, ha determinado que en caso en que la situación de quien acció es de evidente afectación en su salud, se hace necesario la emisión de la orden judicial inmediata, misma que deberá convalidarse de manera posterior por el galeno tratante, quien determina la necesidad o no de los elementos que sea objeto de entrega en la sentencia que en estos trámites se dicte.

Al tenor de lo expuesto, no le asiste razón al impugnante al solicitar la revocatoria de la decisión, en razón a la inexistencia de la orden del médico tratante, pues la accionante, que dicho sea de paso, es sujeto de especial protección debido a su avanzada edad y su estado delicado de salud, necesita en su estado de postración de elementos que le aseguren no solo su salud, sino también le permiten gozar de calidad de vida, a los que no puede acceder de manera particular



debido a su precaria situación económica y la de su núcleo familiar, hecho este que no fue desvirtuado por ningún medio por la accionada ahora impugnante.

En ese sentido, pese a la inexistencia de una orden médica, la protección debe darse y la orden debe efectuarse con señalamiento provisional, hasta tanto, se itera, se convalide por médico tratante.

Ahora, correspondiendo emitir la orden en cita, debe tenerse en cuenta, como ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Despacho en sede de tutela, que no corresponde al Juez Constitucional determinar si los elementos, medicamentos procedimiento o insumos médicos o asistenciales, se encuentran o no enlistados en el PBS, o se encuentran expresamente excluidos, pues aquella situación se encuentra suficientemente reglada, siendo que las vicisitudes de interpretación han sido debidamente aclaradas por la jurisprudencia constitucional, de ahí que como parámetros generales, se establezca que lo incluido en el PBS es del resorte exclusivo de la E.P.S., la prestación de lo no incluido es del resorte de la E.P.S pero su pago se efectuara con el presupuesto máximo que esta cuenta para tal concepto (NO P.B.S.), y lo no excluido, requerirá de orden judicial bajo la óptica de una excepción de inconstitucionalidad y será prestado por la E.P.S. quien podrá recobrar al ADRES las erogaciones que dichas ordenes demanden.

Con la claridad que el caso demanda, debe establecerse que conforme a la jurisprudencia precedentemente reseñada, los pañales, la crema antipañalitis y el colchón anti escaras (sentencia T-716 de 2014) si bien no se encuentran enlistados en el plan de beneficios, no fueron objeto de exclusión expresa, de ahí que, en ejercicio del principio de integralidad se entiendan incluidos y por lo tanto le corresponda a EMSSANAR asumir su prestación, y su pago afectara el presupuesto máximo para este tipo de eventos.

Empero, no ocurre lo mismo con lo que corresponde a los pañitos húmedos, los cuales se encuentran expresamente excluidos al tenor de lo dispuesto en sentencia SU-508 de 2020, pero que habida cuenta de la necesidad pues y demás condiciones de vulnerabilidad ya expuestos en el escrito petitorio, en la sentencia de primera instancia



así como redactados en líneas antecedentes, se suministraran por esta vía, atendiendo al hecho de que se cumple con los parámetros que para ello establece la sentencia C-313 de 2014 emitida por la Corte Constitucional.

Como bien puede observarse, si bien se acompasa la decisión de otorgar la protección constitucional incoada, se requiere del Juez de primera instancia mayor motivación para emitir sus decisiones como la que se revisa, pues tal circunstancia, da pie precisamente que la accionada se avoque sin mayor fundamento al uso de la impugnación que se decide.

Colorarlo de lo expuesto, y como respuesta al problema jurídico, se procederá a modificar la decisión de primera instancia, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gualmatan, efectuando los ajustes de rigor, conforme las previsiones que se acaban de acotar en esta decisión.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE IPIALES-NARIÑO**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los literales tercero y cuarto de la sentencia calendada a 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gualmatan, dentro del presente tramite de acción tutelar N° 2022-00037-02, de conocimiento de esta judicatura en segunda instancia, los cuales quedaran del siguiente tenor:

***“TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, ordenar a EMSSANAR E.S.S. , proceda, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de ésta sentencia, el suministro a favor de la adulta mayor: IMELDA OFELIA GARRETA REINA, de los pañales desechables talla M en las cantidades y con la periodicidad ordenada por su médico tratante, servicio que se cubrirá respetando el presupuesto máximo previsto para eventos no PBS.*



La EPS, deberá autorizar el suministro de crema antipañalitis y pañitos húmedos de manera y en todo caso en un plazo no mayor a dos (2) días hábiles desde la notificación de esta providencia. Mediante el médico tratante adscrito a la EPS, sin dilaciones ni demoras injustificadas y en un plazo no mayor a dos (2) días hábiles desde la notificación de esta providencia se ratificará o no las futuras entregas de este insumo a la señora IMELDA OFELIA GARRETA REINA.

Las erogaciones que se causen con el cumplimiento de la presente orden, se pagaran para la crema antipañalitis con el presupuesto máximo para eventos NO PBS, y a través de recobro al ADRES respecto de la prestación de los paños húmedos.

CUARTO: *Ordenar a EMSSANAR E.P.S. que mediante el médico tratante adscrito a la EPS, sin dilaciones ni demoras injustificadas y en un plazo no mayor a dos (2) días hábiles desde la notificación de esta providencia, autorice y programe una valoración médica del estado de salud de la señora IMELDA OFELIA GARRETA REINA, a fin de determinar si requiere colchón anti escaras para que, en caso afirmativo, le sea suministrado de inmediato. Por tanto, en caso de que el médico tratante decida formular el colchón anti escaras solicitado, la EPS deberá autorizar su suministro inmediatamente y en todo caso en un plazo no mayor a dos (2) días hábiles desde la fecha de la nueva prescripción médica."*

SEGUNDO: CONFIRMAR por razones distintas, las demás disposiciones vertidas en la parte resolutive de la sentencia que se estudia.

TERCERO: COMUNIQUESE por Secretaría esta decisión, en la forma establecida en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, librando las comunicaciones respectivas, por el medio más expedito y con las constancias procesales de rigor, a las partes intervinientes en el presente tramite tutelar, y al Juzgado que pronunció la sentencia que se revisa.



CUARTO: CÚMPLASE por Secretaría con lo preceptuado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto debe remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el expediente que comporta el presente trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VÍCTOR HUGO RODRIGUEZ MORAN
Juez

Firmado Por:
Víctor Hugo Rodríguez Moran
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Ipiiales - Nariño

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ae28d41d397657e7591d1ed84b345ed2ca76b7bc03115be4aff6e6ad2b89a48b**

Documento generado en 15/09/2022 09:58:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>