

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-014-2022-00120-01
Accionante	EUCARIS ZUÑIGA CASSIANI en calidad de agente oficioso del señor JOSE FILIBERTO ZUÑIGA MARTELO
Accionado	FONCOLPUERTOS EPS - FONDO DE PASIVO PENSIONAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
Vinculado	UNIÓN TEMPORAL FERRONORTE
Tema	Se revoca la sentencia de primera instancia – se encuentra vulnerado el derecho a la salud, de una persona de 96 años que presenta incontinencia fecal, lo que hace que permite ordenar el suministro de insumos incluidos en el PBS- como son los pañales desechables. Sin previa orden del médico tratante. Además, se ordena que este lo valore para determine necesidad y numero requerido de ellos. Se aplica regla jurisprudencial de unificación sobre este punto contenida en la sentencia SU-508 de 2020.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionante¹, contra la sentencia de fecha seis (06) de mayo de dos mil veintidós (2022)², proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negó la acción constitucional.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

“En consecuencia, de los hechos narrados anteriormente se ordene al accionado(a), que autorice los paños, ya que mi papa es un señor de 97 años y no puede estar mucho

¹ Fols 302 – 304 Exp digital

² Fols 285 – 296 Exp digital

³ Fols 1 Exp digital

de pie y es una persona de la tercera edad donde debe tener una calidad de vida garantizada por la EPS"

3.2 Hechos⁴.

Como sustento a las pretensiones, la accionante expuso los siguientes argumentos fácticos:

Manifestó la accionante que, el señor José Filiberto Zúñiga Martelo es una persona de 97 años de edad.

Igualmente, expresó que el agenciado no puede permanecer de pie, así como tampoco, controla los esfínteres. Por lo expuesto, solicitó a la EPS FONCOLPUERTOS, paños desechables de talla L; pero de la misma obtuvo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN.

3.2.1 Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia⁵

En el informe rendido, manifestó que el señor José Filiberto Zúñiga Martelo identificado C.C. No. 884.836, se encuentra afiliado al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde 01/11/1998, como pensionado por jubilación de la Extinta Puertos de Colombia y recibe tratamiento médico a su cuadro clínico en el punto de atención de Cartagena, Bolívar, por medio del tercero contratado UNIÓN TEMPORAL FERRONORTE.

Comenta, que una vez recepcionada la presenta acción, procedió al requerimiento de la UNIÓN TEMPORAL FERRONORTE, para que rindiera informe detallado de la posible vulneración de los derechos fundamentales, ante la falta de suministros de insumos: pañales para adultos. Esto, con la finalidad de velar por el cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud.

Indicó que, en el escrito allegado, la requerida anotó que no ha vulnerado los derechos fundamentales del agenciado, en virtud a que ha prestado siempre los servicios de salud, tal como se evidencia en la historia clínica, donde los médicos tratantes hacen reporte de todas las patologías presentadas, sin que exista solicitud de lo acá pretendido con la acción.

⁴ Fols ibídem Exp digital

⁵ Fols 21 – 32 Exp digital

Expuso, que los insumos solicitados por la accionante, no se encuentran dentro del Plan de Beneficios PBS y PAC, lo que claramente demuestra que ni el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia ni la I.P.S, están obligados al suministro de pañales para adultos. Este argumento, lo respaldó en sentencia T-014/2017 de la H. Corte Constitucional.

Adujo también, que la Ley 1751 de 2015 en su artículo 6º literal J, menciona los principios del Sistema General de Salud, de los cuales la Corte Constitucional en sentencia T- 730 /2010 resaltó el principio de solidaridad familiar, aludiendo que inicialmente le corresponde a la persona suplir tal necesidad, más aun, cuando percibe ingresos propios; en segundo momento a los familiares del necesitado, y en tercer lugar al Estado. Frente a este último, se debe acreditar la prescripción del médico tratante y la carencia de capacidad económica tanto del interesado, como de los familiares del mismo; tesis reiterada por la jurisprudencia⁶.

El accionado precisó que, verificada la información suministrada por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales “UGPP”, quien funge como entidad pagadora de la pensión por jubilación, el señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO, cuenta con una mesada de tres millones quinientos noventa y dos Mil doscientos cuatro pesos (\$3.592.204); y es cotizante al régimen contributivo de salud, condición que le permite sufragar lo solicitado mediante la acción impetrada. Ahora bien, en caso de cumplir con los requisitos antes mencionados, la entidad encargada del suministro de tales insumos sería la IPS UNIÓN TEMPORAL FERRONORTE, por encontrarse contractualmente obligada a la prestación de los servicios de salud.

Por otra parte, mencionó que la accionante no aportó prueba fehaciente que permita demostrar un perjuicio irremediable ante la negativa de la entidad, como tampoco, la incapacidad económica del agenciado. Por consiguiente, el accionado solicitó no acceder a lo pretendido, puesto que, no se estaría destinando razonablemente los recursos limitados del Sistema General de Seguridad Social en Salud en pro de la sociedad.

3.2.2 Unión Temporal Ferronorte y/o Organización Clínica General del Norte⁷

En el informe rendido manifestó que, no ha vulnerado ningún derecho fundamental a el Señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO, por el contrario, ha sido atendido por la institución a través de médicos especialistas para el tratamiento de sus patologías, es decir, tiene suministro de servicios en forma diligente y permanente, los cuales han sido ordenados por los médicos

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 260 del 28 de abril 2017, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

⁷ Fols 172 – 186 Exp. Digital

tratantes. Sin embargo, la presente acción va encaminada al suministro de pañales desechables y que, revisada la historia clínica del agenciado, no se observa ordenamiento médico. Por tal razón, comenta que la acción impetrada es improcedente y debe negarse lo pretendido al no existir vulneración alguna.

Bajo este entendido, señaló que no se encuentra obligada a suministrar lo indicado por la accionante, toda vez que no existen soportes médicos que así lo indiquen; argumento que fue soportado con la Resolución 2481 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social; y por la Corte Constitucional.

Adujo también, que dichos insumos se encuentran excluidos del Plan de Beneficios de Salud y de los términos del contrato; lo que corresponderían ser asumidos por el necesitado o por sus familiares. Adicionalmente, solicitó tener en cuenta que el señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO es un paciente en calidad de pensionado, por lo que no es posible trasladar las cargas al sistema de salud cuando se cuenta con los recursos económicos propios.

Adicionalmente, indicó la procedencia de la acción de tutela, aludiendo que debe darse el cumplimiento de ciertos requisitos, que, si bien en el caso concreto no se presentan, puesto que, la Organización Clínica General del Norte siempre ha actuado conforme a derecho a los sugerido por los médicos tratantes.

Finalmente, la vinculada solicitó (i) declarar improcedente la acción por no existir vulneración alguna de los derechos fundamentales del señor JOSE FILIBERTO ZUÑIGA MARTELO; (ii) denegar las pretensiones por encontrarse totalmente excluidas de los términos del contrato y por no existir orden médica que así lo sugiera. No obstante, en caso de que se considere pertinente el suministro de insumos, las órdenes de los mismos sean contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por ser esta la entidad con quien tiene el vínculo jurídico de afiliación con el paciente, o en su defecto, por medio de orden judicial se conceda la facultad a la Organización Clínica General del Norte realizar el recobre del valor de los insumos al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del seis (06) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

⁸ Fols 285 – 296 Exp digital

*“Primero: **NEGAR** la solicitud de tutela presentada por la señora Eucaris Zuñiga Cassiani agente oficioso del señor José Filiberto Zuñiga Martelo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia”. (...)*

En el estudio de la tutela, la A-quo sostuvo que la señora Eucaris Zúñiga Cassini con la acción impetrada no se informó por qué el señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO no podía ejercer su propia defensa, sin embargo, no siendo causal de rechazo, la acción se admitió. Ahora bien, teniendo en cuenta las condiciones médicas del agenciado, se tuvo a su hija como agente oficiosa.

Sostuvo, que el actor es una persona de 96 años de edad, pensionado con cuadro clínico de diabetes mellitus, enfermedad renal crónica, miocardiopatía dilatada e incontinencia vesical y fecal, y como tal un sujeto de especial protección por pertenecer a la tercera edad.

Precisado lo anterior, el Juzgado negó la acción constitucional, teniendo en cuenta que no se aportó la petición, ni mucho menos la negativa del suministro de pañales por el accionado. Tampoco se acreditó orden médica donde se haya sugerido como necesidad imperiosa el suministro de tales insumos, lo que hace entender que el uso de pañales desechables no es indispensable para garantizar el derecho a la salud del agenciado. Por tanto, la falta de pruebas fehacientes impidió la concesión del amparo constitucional.

3.5. IMPUGNACIÓN⁹

La parte accionante, en escrito de fecha 11 de mayo de 2022, manifestó como fundamentos de inconformidad que, la providencia de primera instancia carece de las condiciones necesarias para ser sentencia congruente. Lo dicho, lo soportó en que existen varios pronunciamientos de la H. Corte Constitucional que señalan que cuando la persona presenta un diagnóstico como el del señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO, se entiende la necesidad que, del suministro de pañales, aun sin estar prescritos por orden médica.

Finalmente, solicitó el cese a la violación de los derechos fundamentales, que, según sus argumentos, el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia ha vulnerado, por tanto, adujo que la providencia de fecha 06 de mayo de 2022 debe ser revocada, para así, salvaguardar los derechos de su agenciado.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

⁹ Fols 302 – 304 Exp digital

Por auto de fecha trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)¹⁰, proferido por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la misma fecha, por lo que se dispuso su admisión el mismo día.¹¹.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Vulneran el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y Organización Clínica General del Norte, los derechos fundamentales a la salud, integridad personal y dignidad humana del señor JOSÉ FILIBERTO ZÚÑIGA MARTELO, al no autorizar la entrega de pañales desechables, argumentando que son elementos excluidos del Plan de Beneficios de Salud y de los términos del contrato que regula la prestación de servicio para los afiliados a la Extinta Ferrocarriles de Colombia, además, por no estar autorizados por médico tratante?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, porque se encontró demostrado que el señor José Filiberto Zúñiga Martelo, se le vulnera su derecho fundamental a la salud, cuando no se le suministran los pañales, teniendo en

¹⁰ Fols 327 – 328 Exp digital

¹¹ Fols 334 – 335 Exp digital

cuenta que de la historia clínica presenta incontinencia fecal y es un sujeto de especial protección, puesto que tiene 96 años.

Los pañales según la jurisprudencia de la Corte Constitucional plasmada en la SU-508 de 2020 son insumos que están incluidos en el plan básico de salud y que pueden ser autorizados por el juez cuando exista un hecho notorio como el señalado anteriormente y no exista prescripción médica previa que los autorice. En este caso, se ORDENARÁ el suministro directamente, la consecuente orden de valoración médica para determinar no solo la necesidad de ello sino la cantidad requerida.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Jurisprudencia constitucional sobre la entrega de suministros de pañales desechables, excluidos del Plan de Beneficios de Salud - PBS

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez



constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4. 2. Reglas jurisprudenciales en materia de suministro de pañales, pañitos húmedos, transporte y otros servicios de salud¹²

De acuerdo a lo planteado en este asunto, de si es posible otorgar pañales desechables sin orden médica previa, este Tribunal, citará apartes de la sentencia de unificación referenciada en el título anterior que establece las reglas a aplicar, las citas serán de los apartes estrictamente necesarios para el caso.

168 Si bien, los pañales, los pañitos húmedos, las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías objeto de la presente decisión, no curan las causas de la enfermedad, su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar Dermatitis Asociada a la Incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que en casos extremos pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, e infecciones urinarias, como lo expusieron las universidades intervinientes en el proceso, Andes, Nacional de Colombia, de la Sabana, del Bosque y de Antioquia en el presente trámite.

169 En esa medida, la Corte Constitucional procederá a establecer la naturaleza jurídica de los pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y servicio de enfermería a la luz del plan de beneficios en salud, a fin de determinar si se encuentran incluidos o excluidos del mismo. De igual forma, se precisarán las reglas jurisprudenciales referidas a la autorización por vía de tutela y la necesidad de prescripción médica.

I) Pañales

170 Los pañales son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares¹³. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades¹⁴.

171 La Corte Constitucional ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU508 del 7 de diciembre de 2020. M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas

¹³ C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

¹⁴ C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

quien lo requiere¹⁵ y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud.

172 Expuesto lo anterior, corresponde a la Sala Plena aclarar la cobertura de los pañales, determinando si se encuentran incluidos o excluidos del plan de beneficios en salud. (...)

176 En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, debe indicarse que **los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS**. Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.

(...)

179 Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

180 Por su parte, la Sala considera que, respecto de los pañales al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal. La Corte aclara que la regla de incapacidad económica del paciente o su familia constituía uno de los requisitos jurisprudenciales para la autorización de los servicios no incluidos bajo la vigencia del antiguo POS, previo a la entrada en vigor de la LeS. Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa.

278 Esta Corporación planteó las siguientes subreglas unificadas en relación con los servicios de salud objeto de la presente providencia:

Servicio	Subreglas
Pañales	i) No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS . ii) En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo”. iii) Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela. iv) Si no existe orden médica:

¹⁵ C. Const., sentencias de tutela, T-519 e 2014 y T-131 de 2015, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

	a) Si se evidencia un hecho notorio a través de la historia clínica o de las demás pruebas allegadas al expediente, por la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de la imposibilidad que tiene éste de moverse, el juez de tutela puede ordenar el suministro directo de los pañales condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante. b) Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección. v) Bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela.
--	--

Así las cosas, ante el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, el Juez constitucional estaría en la obligación de conceder el amparo solicitado, ya que no puede apartarse del precedente antes mencionado, en especial, una sentencia de unificación.

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Captura de pantalla, donde consta Cédula de Ciudadanía de la señora Eucaris Zúñiga Cassiani¹⁶.
- Captura de pantalla donde se evidencia historia clínica del señor José Filiberto Zúñiga Martelo¹⁷.
- Captura de pantalla, donde consta la mesada pensional percibida por el señor José Filiberto Zúñiga Martelo¹⁸.
- Informe del estado de salud del señor José Filiberto Zúñiga Martelo presentado por la Organización General del Norte a Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia¹⁹.
- Captura de pantalla donde consta contrato suscrito de prestación de servicios de salud entre el Organización Clínica General del Norte y el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.²⁰

¹⁶ Fol. 5 – 6 Exp. Digital

¹⁷ Fol. 7 – 8 y 37 - 38 Exp. Digital

¹⁸ Fol. 33 Exp. Digital

¹⁹ Fol 34 – 36 Exp. Digital

²⁰ Fol. 39 – 58 Exp. Digital

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente caso se observa que, la señora Eucaris Zuñiga Cassiani obrando en calidad de agente oficioso del señor José Filiberto Zúñiga Martelo, interpuso acción constitucional solicitando que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y la dignidad humana presuntamente vulnerados por la FONCOLPUERTOS EPS - FONDO DE PASIVO PENSIONAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, toda vez que se niegan a la entrega de pañales desechables que según su dicho, requiere su padre dado su estado de salud.

Mediante sentencia de fecha 06 de mayo de 2022, la A-quo resolvió negar los derechos deprecados por la actora al considerar que no se aportó la petición, ni mucho menos la negativa del suministro de pañales por parte de los accionados. Tampoco, se acreditó orden médica donde se haya sugerido como necesidad imperiosa el suministro de tales insumos, lo que hace entender que el uso de pañales desechables es indispensable para garantizar el derecho a la salud del agenciado. En ese sentido, encontró que no se cumplían con los presupuestos jurisprudenciales para amparar los derechos conculcados.

La parte accionante, presentó impugnación argumentando que la decisión en primera instancia carece de condiciones necesarias para ser considerada sentencia congruente, puesto que, según sus argumentos, no se tuvo en cuenta el diagnóstico del señor José Filiberto Zúñiga Martelo, aun existiendo varias disposiciones jurisprudenciales que amparan la entrega de suministros de salud. Por tanto, solicitó que se revoque la decisión y en su efecto, se protejan los derechos fundamentales de su padre.

Bajo estos supuestos, le corresponde a esta Sala de decisión determinar si los accionados han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y la dignidad humana, o si, por el contrario, no cumple con los requisitos mínimos que dicta el precedente constitucional para acceder a los insumos médicos, en este caso a los pañales desechables.

En el presente asunto, de acuerdo a la jurisprudencia citada en el marco normativo, es decir, la SU-508 de 2020, nos encontramos dentro las reglas allí citadas en el sentido de que no es de recibo lo manifestado por las accionadas de que los pañales no están en el PBS, y están excluidos de las obligaciones legales y contractuales de las mismas. Tales argumentos, no son ciertos por lo plasmado en dicha jurisprudencia en donde se concluye que los pañales desechables están dentro del Plan Básico de Salud, independientemente de si es de un sistema u otro o quien sea el asegurador del beneficiario o cotizante.

Así las cosas, como quiera que el derecho a la salud es un derecho fundamental de protección directa tal como lo dice nuestro máximo Tribunal constitucional en la plurimencionada sentencia, lo cual hace a la tutela procedente sin mayores análisis y en especial en este caso cuando se trata de una persona como el señor José Filiberto Zúñiga Martelo, quien tiene 96²¹ años de edad, lo que lo hace persona de la tercera edad, es decir, sujeto de especial protección, tal como lo consagra el artículo 46 de la Constitución Política: *"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria"*. Siendo así, permite flexibilizar este requisito que constituye la tutela en el medio idóneo para ventilar la posible afectación de sus derechos fundamentales, porque a pesar de existir otros medios en la justicia ordinaria, la situación de salud y su edad permite hacer procedente de manera directa esta acción, por lo que puede haber un pronunciamiento de fondo sobre lo pretendido. No obstante, tal beneficio, no exime del cumplimiento de otros requisitos de procedencia, tales como: la inmediatez y la demostración.

Frente a la inmediatez, se tiene que la acción fue interpuesta el día 25 de abril de 2022, sin embargo, no se expresa fecha en que el agenciado presentó las complicaciones de salud, situación que impide establecer con plena exactitud el cumplimiento de este requisito, pero lo cual no es necesario por la afectación del derecho que se pretende amparar.

En cuanto a la legitimación, la sola condición del estado de vulnerabilidad del actor y la manifestación de la señora Eucaris Zúñiga cassini que actúa como atente oficioso, o cual soportado bajo la gravedad del juramento y de la historia clínica del mismo, se debe tener como tal, así como los sostuvo la Juez de primera instancia en el fallo impugnado.

Resuelto lo anterior, se procede con el estudio de prosperidad o no de la acción, teniendo en cuenta lo aportado en el plenario, para tal fin, encuentra esta Sala que estamos en el caso de que el señor Zúñiga Tiene Diagnostico según su Historia Clínica de: 1-Hipertensión Arterial. 2-Diabetes Mellitus. 3-Enfermedad Renal Crónica. 4-Miocardopatía Dilatada. 5-Incontinencia Vesical y Fecal., esta última, según definición es La **incontinencia fecal** ocurre cuando la pérdida en el control del gas o de las evacuaciones líquidas o sólidas, es suficiente para producir malestar y sufrimiento²², lo que significa que es un hecho notorio de la necesidad del uso del pañal, a pesar de que no hay una

²¹ Se extrae de la historia clínica Fol. 37 – 38 Exp. Digital

²² Tomado <https://iffgd.org/resources/en-espanol/incontinencia-fecal-y-la-edad/#:~:text=La%20incontinencia%20fecal%20ocurre%20cuando,la%20orina%20de%20la%20vejiga.>

orden médica que así lo prescriba, pero ello no es óbice para que el juez de tutela ampare el derecho, según las reglas citadas en el marco normativo.

Adicionalmente, no es necesario ni de recibo tener en cuenta la capacidad económica del actor para negar la protección, puesto que está incluido dentro del plan básico de salud, no tiene ni puede ser negado por esta causa tal como lo dice la jurisprudencia aquí reiterada.

En conclusión, la Sala **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia, y en su lugar, **AMPARARÁ** el derecho a la salud del señor José Filiberto Zúñiga Martelo, ordenándose al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la Organización General del Norte y para que dentro de las (48) cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este fallo, suministren pañales desechables talla L y así mismo, dentro del término anterior, se programe una valoración médica que verifique la necesidad de los mismos y determine la cantidad requerida por el actor.

Como quiera que, este tipo de insumos, hacen parte del Plan Básico de Salud, no requieren cobro al ADRES por parte del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien funge como EPS en este asunto y en caso de suministrarla por la solidaridad aquí impuesta la Organización General del Norte, esta tendrá el derecho a que el fondo antes mencionado le reintegre el valor de los mismos.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas, y en su lugar declarar que en este caso la tutela es procedente.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho a la salud del señor José Filiberto Zúñiga Martelo, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se le **ORDENA** al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la Organización General del Norte para que, dentro de las (48) cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este fallo, suministren pañales desechables talla L y así mismo, dentro del término anterior, se programe una valoración médica que verifique la necesidad de los mismos y determine la cantidad requerida por el actor.

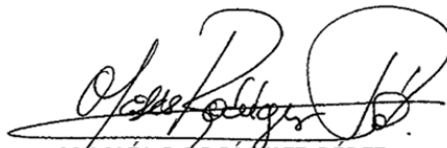
CUARTO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 032 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ