



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, dos (02) de febrero de dos mil veintidós
(2022)

RAD: 20750 40 89 001 2021 00507 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por YELENA MONTESINO ICEDA como agente oficioso de su señor padre EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA contra UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- CESAR Derecho fundamental a la salud en condiciones dignas.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por parte accionada UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB- CESAR, contra la sentencia de primera instancia de fecha 08 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Diego, Cesar dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Que su padre es un adulto mayor de 99 años de edad, se encuentra afiliado en el régimen contributivo en la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- CESAR, su señor padre es un paciente diagnosticado con antecedentes de HPB con tratamiento con "TAMSULOCINA, tiene antecedentes de HTA en tratamiento con CARVELIDOL RETENCIÓN URINARIA. Se necesita la asistencia del Home Care en su domicilio para tratar su patología y así evitar un daño irremediable a la salud.
2. Que el 20 de septiembre de 2021 se radicó derecho de petición a la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- CESAR, y negaron lo solicitado.
3. Que debido a su edad el médico tratante manifiesta que es prioritario asistir a todo el tratamiento indicado en la historia clínica y en su epicrisis para garantizar su derecho a la salud en condiciones dignas.
4. Que UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- CESAR al no entregar la asistencia del Home Care junto con los pañales y medicamentos, pone en grave riesgo la vida y salud de su señor padre, afectando su derecho a la salud y vida en condiciones dignas.

PRETENSIONES :

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita que se ordene a UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- CESAR que proceda a autorizar de manera prioritaria y sin dilación alguna la asistencia del Home Care (Servicio de Asistencia Médica Domiciliaria) para que sea asistido en el Municipio de San Diego, Cesar, así como los pañales desechables, medicamentos, citas médicas, procedimientos, tratamientos, exámenes especializados, y todo lo que sea ordenado por su patología, viáticos si en cualquier oportunidad se amerita el traslado hacia otra ciudad diferente a la de su domicilio, para él y su acompañante, es decir toda la atención médica integral sin que sea necesario recurrir a la acción de tutela.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Diego, Cesar mediante sentencia del ocho (08) de noviembre de 2021, resolvió AMPARAR el derecho fundamental de la salud al señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA de manera integral, la autorización del HOME CARE 24 horas tal como fue ordenado por su médico tratante, procedimientos, exámenes médicos especializados citas médicas que requiera para la rehabilitación al considerar que el señor MONTESINO PADILLA es una persona de avanzada edad que cuenta con 99 años de edad, es una persona que debe tener unos cuidados especiales y por su patología está afectando la calidad de vida del agenciado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

La entidad accionada impugnó la decisión anterior con el fin de que fuera revocada por esta superioridad, bajo el argumento que la visita del EQUIPO PADO y las historias clínicas relacionadas constatan la situación actual del paciente, el cual no requiere una enfermera de 24 años según los fundamentos esbozados del EQUIPO PADO sino cada 21 días para realizar el cambio de la sonda del paciente.

Que el paciente fue valorado por MEDICINA GENERAL PSICOLOGÍA y MÉDICOS ESPECIALISTAS EN FISIATRÍA Y MEDICINA INTERNA, y en ninguna valoración se apunta a que al paciente se le deba autorizar el servicio de enfermería. Que en el relato que se hace en el escrito de tutela se evidencia que EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA lo que requiere de la atención de un cuidador de su grupo de familia o una persona del servicio doméstico. Que el paciente a pesar de su situación médica puede movilizar sus manos para comer y hacer otras actividades

Que la persona está autorizada para su cambio de sonda cada 21 días, el resto de días la atención que solicita el paciente no exige los conocimientos calificados de un profesional de la salud, función que puede ser atendida por sus allegados o su núcleo familiar quienes son los llamados a procurar la atención que en ningún caso es especializada. Que durante el trámite la accionante no allega al juzgado los soportes médicos que acrediten su

ordenamiento, así como tampoco tiene insumos ordenados por parte del personal médico de la red de servicios de la UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB.

Que el usuario es beneficiario de DOCENTE ACTIVA PENSIONADA, la cual recibe su asignación mensual, no igual a un salario mínimo y por lo tanto tiene los medios económicos para sufragar las prestaciones económicas atinentes a pañales e insumos de aseo.

Que la UT RED INTEGRADA FOCAL CUB no es una EPS, son IPS que prestan servicios de salud a los usuario del Régimen de Excepción del Magisterio, Afiliados a Fiduciaria La Previsora S.a. que es la empresa que funge como EPS asimilada y esta prestación de servicios se da en concordancia a un contrato regido por unos términos de referencia, siendo como obligación de la IPS prestadora de servicio dar cumplimiento a lo estipulado en ellos , autorizando todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones e insumos o medicamentos cubiertos por el contrato, sin realizar expresamente aquellas actividades excluidas de él.

Concluyen manifestando que no existe orden médica para la prestación del servicio; no existe negación expresa de los procedimientos, el accionante decidió acudir directamente a la tutela.

Solicita se declare: i) la carencia actual de objeto en razón a que al tutelante se le está garantizando la prestación de los servicios de salud. ii) Improcedencia de la acción por cuanto el servicio de enfermería domiciliaria no se encuentra ordenado por un médico tratante; iii) Que se declare que no existe la negación de los servicios requeridos por el paciente por cuanto a la fecha se han autorizado todos los procedimientos, exámenes y tratamientos que el señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA REQUIERE; IV) Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL- CUB no funge como EPS del accionante, por lo tanto no está legitimada por pasiva legal o contractualmente para reconocer esas prestaciones económicas que está en cabeza del FOMAG, siendo la FIDUPREVISORA la EPS asimilada

6.- Con relación a la posibilidad de que la UNION TEMPORAL efectúe el recobro ante el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIOSALUD (FOMAG), el 100% de los gastos generados por las prestaciones médicas que requiera EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA y que se encuentren Excluidas del contrato de servicios de salud que la entidad ha suscrito con la FIDUPREVISORA EPS ASIMILADA, para el Magisterio

PRUEBAS:

-Copia de **INFORME DE VISITA DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN DOMICILIARIA** con fecha de 12 de noviembre del presente año.

-Copia de Historias Clínicas de atenciones por MEDICINA GENERAL, NUTRICIÓN CLÍNICA, TRABAJO SOCIAL Y PSICOLOGÍA.

-Copia de Certificados de RUAF y FIDUPREVISORA.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a derecho para conceder el amparo a los derechos fundamentales a YELENA MONTESINO ICEDA, contrario sensu, le asiste la razón a la parte impugnante?

FUNDAMENTO DE LA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL:

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-122 de 2021 M.P. Diana Fajardo Rivera, reiteró que la efectividad del derecho fundamental a la salud, abarca las garantías de accesibilidad e integralidad de los servicios requeridos por los usuarios del sistema de salud así:

"Uno de los elementos de este derecho fundamental que tanto la Ley 1751 de 2015 como la jurisprudencia constitucional han reconocido es el de su *accesibilidad*. En los términos de la ley estatutaria mencionada, este principio de accesibilidad exige que *"[l]os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural."* El elemento mencionado, a su vez, comprende cuatro dimensiones: (i) no discriminación, (ii) accesibilidad física, (iii) accesibilidad económica (asequibilidad) y (iv) acceso a la información.

Para efectos de esta providencia, resultan particularmente interesantes los elementos de accesibilidad física y económica. En virtud del primero, *"los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados."*¹ A partir de este elemento, esta Corporación ha establecido que

¹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

" (...) una de las limitantes existentes para el efectivo goce y protección del derecho a la salud consiste en la dificultad que tienen las personas cuando deben trasladarse desde su residencia hasta el centro médico donde les será prestado el servicio de salud requerido, toda vez que algunos procedimientos pueden no tener cobertura en la zona geográfica donde habita el usuario, o incluso a pesar de estar disponible en el mismo lugar de su residencia, les resulta imposible asumir los costos económicos que supone el transportarse hasta el centro de atención médica. En consecuencia, este tipo de restricciones no pueden convertirse en un impedimento para obtener la atención de su salud, especialmente si se trata de sujetos de especial protección constitucional como lo son las personas de la tercera edad, o quienes se encuentran en extrema vulnerabilidad en razón a su condición de salud o por corresponder a personas que han sido víctimas del desplazamiento forzado entre otros casos."²

Por su parte, con respecto al elemento de accesibilidad económica (asequibilidad), este Tribunal ha establecido, basado en la doctrina internacional sobre el tema,³ que

" (...) los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos."⁴

Específicamente, la Corte ha recordado:

"Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos."⁵

El otro principio que resulta pertinente a la luz de los casos de la referencia es el de *integralidad*. De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse "*de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.*"⁶ De esta garantía se deriva, en los términos de la misma norma, una prohibición de fragmentar "*la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.*" Como resultado de este principio, la Corte Constitucional⁷ ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente, con calidad y de manera oportuna, antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.⁸ "

En esa misma oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional, estableció que el derecho a la salud de los sujetos de especial protección constitucional tiene carácter prevalente y deben garantizarse de forma continua, permanente y eficiente, así:

"Dicho esto, como se lee en los apartes citados anteriormente, la garantía del derecho a la salud de sujetos de especial protección

² Sentencia T-706 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³ Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 14, 11 de agosto de 2000.

⁴ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia T-706 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Tal providencia cita la Observación general 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas el 11 de agosto de 2000. Al respecto, ver también, entre muchas otras, la Sentencia T-050 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶ Ley 1751 de 2015, Artículo 8.

⁷ Ver Sentencia T-491 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁸ Sentencias T-316A de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-558 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escrucera Mayolo; y T-579 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

constitucional es reforzada. En los términos del Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015:

“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, **la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán [sic] de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.**”⁹

Esta previsión está también alineada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia T-760 de 2008, esta Corporación estableció:

“La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas, **las personas de la tercera edad** y las personas con alguna discapacidad.”¹⁰

Teniendo en cuenta los hechos que la Sala estudia en esta ocasión, resulta particularmente interesante en la presente sentencia el caso de las personas de la tercera edad. La Corte ha dispuesto que la prestación de los servicios de salud que requieran debe garantizarse de forma continua, permanente y eficiente como consecuencia de la cláusula de Estado social de derecho consagrada en la Constitución. Esta Corporación ha planteado esta obligación en la medida que las personas de esta población **“tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado.”**¹¹ La Corte ha basado tal interpretación en el Artículo 46 de la Constitución, de conformidad con el cual “[e]l 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.” Agrega dicha norma que “[e]l Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”¹² (Negrillas y subrayas del despacho)

Por último y que al caso concreto interesa, la Corte Constitucional precisó que todos los servicios de salud que no se encuentren expresamente *excluidos* del conjunto de servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud se entienden *incluidos*:

“El Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 está alineado con el principio de integralidad descrito anteriormente, al establecer que el Sistema de Salud

“garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la

⁹ Ley 1751 de 2015, Artículo 11.

¹⁰ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Sentencia T-527 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esta providencia ha sido citada, por ejemplo, en las sentencias T-746 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-491 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. S.V. Alejandro Linares Cantillo. Ver también, por ejemplo, las sentencias T-248 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-970 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1034 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-057 de 2013. M.P. (e) Alexei Julio Estrada. A.V. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva; T-296 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-405 de 2017. M.P. Iván Escruera Mayolo; y T-485 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² Constitución Política de Colombia, Artículo 46. Estas reglas han sido reiteradas recientemente por la Sala Plena en la Sentencia SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuatrecasas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.”¹³

A la vez, dicho artículo establece una serie de criterios que definen escenarios en los que “los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías”: casos en que los recursos que el Estado transfiere al Sistema de Salud no pueden ser utilizados para financiar los servicios o tecnologías a los que pretende acceder un usuario. En otras palabras, en este artículo el Legislador define las que se conocen como *exclusiones* del conjunto de servicios que se cubren con recursos del Estado.

Al estudiar la constitucionalidad del Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, la Sala Plena encontró, en términos generales, que la disposición resultaba compatible con la Carta Política en la medida que establece un sistema en el cual la *inclusión* de todo servicio o tecnología en salud en el conjunto de servicios a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud es la *regla* y su *exclusión*, que debe ser explícita y taxativa, es la *excepción*:

“Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas.”

Esta interpretación de la Corte, que la llevó a concluir que la norma era, en general, exequible, está alineada con el principio de integralidad ya mencionado. Al abordar la enunciación que la Ley Estatutaria hace de este principio, la Sala Plena estableció:

“Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. Entiende la Sala que el legislador incorporó en el artículo 15 una cláusula restrictiva expresa, la cual establece los servicios y tecnologías excluidos de la prestación del servicio.”¹⁴

En la misma providencia, al analizar la consagración del principio *pro homine* en el Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, la Corte citó la Sentencia T-760 de 2008, que estableció que “la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia.”¹⁵ Al tener claro este entendimiento de las exclusiones, la Corte ha enfatizado que los servicios y tecnologías que no son expresamente excluidos del conjunto de servicios de salud a los que tienen derecho los usuarios del Sistema (en la actualidad, el Plan de Beneficios en Salud o PBS) se deben entender como incluidos. Una interpretación contraria desconocería la jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental a la salud.

No hay limitaciones jurídicas a la ciencia médica más allá de las exclusiones expresamente establecidas (que tienen excepciones, en todo caso, como lo ha establecido la Corte¹⁶); el vademécum médico es el que existe y se conoce. El derecho a la salud, por consiguiente, no está limitado a listas reglamentarias de servicios y tecnologías que se construyan en un momento específico en el tiempo. Como lo ha señalado este Tribunal:

¹³ Ley 1751 de 2015, Artículo 15.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ Ver Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. S.P.V. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos.

"el plan de beneficios en salud está planteado de forma tal que, en caso de que un servicio no se encuentre expresamente excluido, deberá entenderse incluido. En consecuencia, el otorgar una tecnología en salud que **no esté expresamente excluida** del PBS, en ningún caso debe suponer un trámite adicional a la prescripción que realiza el médico tratante, **pues ello implicaría una barrera en el acceso a los servicios y medicamentos cubiertos por el PBS."** (Énfasis en el original).

El entendimiento del derecho fundamental a la salud plasmado en la Ley 1751 de 2015 generó, en ese sentido, un quiebre frente al Sistema de Salud al que la Corte Constitucional se enfrentó durante sus primeras dos décadas de funcionamiento. Primero, en la actualidad, no existe duda sobre el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud. Segundo, como resultado de esto, este derecho es por definición justiciable a través de la acción de tutela. Tercero, el ámbito de protección del derecho no está limitado a la lista del plan de servicios y tecnologías que se construye en un momento determinado.

Ahora, de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren. "

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, el juez sentenciador, concedió el amparo a los derechos fundamentales, a la salud de manera integral al considerar que el señor MONTESINO PADILLA es una persona de avanzada edad que cuenta con 99 años de edad, es una persona que debe tener unos cuidados especiales y por su patología está afectando la calidad de vida del agenciado.

No obstante, la parte accionada inconforme con la decisión, impugnó la misma y manifestó que el usuario es beneficiario de DOCENTE ACTIVA PENSIONADA y por lo tanto tiene los medios económicos para sufragar las prestaciones económicas atinentes a pañales e insumos de aseo.

Que la UT RED INTEGRADA FOCAL CUB no es una EPS, son IPS que prestan servicios de salud a los usuario del Régimen de Excepción del Magisterio, Afiliados a Fiduciaria La Previsora S.a. que es la empresa que funge como EPS asimilada y esta prestación de servicios se da en concordancia a un contrato regido por unos términos de referencia, siendo como obligación de la IPS prestadora de servicio dar cumplimiento a lo estipulado en ellos , autorizando todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones e insumos o medicamentos cubiertos por el contrato, sin realizar expresamente aquellas actividades excluidas de él.

Concluyen manifestando que no existe orden médica para la prestación del servicio; no existe negación expresa de los procedimientos y el accionante decidió acudir directamente a la tutela.

De entrada, la repuesta al problema jurídico se encamina a confirmar la sentencia impugnada por razones que el señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA es un ADULTO MAYOR con 99 años de edad, SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Dentro de las pruebas que obran en el expediente digital se puede observar que el señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA es un paciente con 99 años y 7 meses de edad, según la historia clínica aportada el paciente está en silla de ruedas, depende de otros para movilizarse y los medicamentos y exámenes solicitados fueron los siguientes:

"HOME CARE 24 HORAS ENFERMERÍA POR PRESENTAR SONDA VESICAL PERMANENTE CON ALTERACIONES EN EL COMPORTAMIENTO CON DAÑO URETRAL POR INTENTOS DE RETIRO DE SONDA TRAUMATICOS.

DX HTA, HPB, POSTRADO EN CAMA, SONDA VESICAL PERMANENTE

TAMSULOSINA 0.4 MAS DUTASTERIDE 0.5 COMP X 90

TOMAR 1 X NOCHE PERMANENTE

HIDROCLOROTIAZIDA 12.5 MG X 90

TOMAR 1 DIARIA

DX HTA, HPB

CAMBIO DE SONDA VESICAL CADA 21 DÍAS"

Obra dentro del plenario el derecho de petición elevado por la accionante el 7 de septiembre de 2021 ante UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL- CUB- VALLEDUPAR, donde solicita autorizar el servicio de Asistencia Médica Domiciliaria (HOME CARE) para que su señor padre sea asistido en San Diego Cesar, y solicitó la entrega de todos los medicamentos ordenados por el médico tratante y pañales desechables para adulto, es decir que la agente oficioso no acudió directamente a la acción de tutela como lo manifiesta la parte accionada.

De acuerdo a lo anterior, observamos que el agenciado es una persona que se encuentra en condiciones delicadas de salud, por lo cual no es de recibo que la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL - CUB, argumente que no puede autorizarle los servicios de HOME CARE en el Municipio de San Diego, Cesar, alegando que el servicio no fue ordenado por el médico tratante y que tiene capacidad económica para costear tratamientos e insumos como pañales desechables por ser beneficiario en un régimen especial en seguridad social.

Es forzoso concluir por la patología, la edad y el estado actual de salud en que se encuentra el señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA que es UN SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, debiendo el juez de tutela tomar todas las medidas para que cese la vulneración de sus derechos fundamentales y evitar cualquier actuación que conlleve a la afectación del derecho a la salud, inclusive, su vida.

A las luces de la ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia citada, respaldan en el hecho que la entidad accionada debe garantizar el servicio de salud.

Así mismo, teniendo en cuenta los diagnósticos referidos, con respecto a la entrega de pañales, el Alto Tribunal Constitucional, ha dicho que el juez de tutela aun sin prescripción médica de acuerdo a la situación, podrá ordenar la entrega de pañales desechables.

Para lo cual, traemos respaldo de la Corte Constitucional en sentencia T- 528 de 2019, que establece:

Procedencia excepcional de los servicios de salud cuando no existe orden médica:

Como regla general se ha señalado por la jurisprudencia de esta Corporación que las entidades de salud están obligadas a suministrar únicamente lo que haya sido prescrito por el médico tratante. Sin embargo, se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece.

Es por lo anterior, que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido.

Se han presentado situaciones en las que la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral; parálisis cerebral y epilepsia, párkinson, entre otras.

En ese orden de ideas, se tiene que la exigencia de la prescripción del galeno tratante para ordenar insumos o tecnologías admite una excepción que se concreta en la priorización del goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos, para así evitar la transgresión de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema. Situación que debe ser analizada en el caso concreto por el juez constitucional.

Por último, la sentencia SU 508 de 2020 M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS acerca de los pañales desechables se unificó el criterio así:

"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 regulares. 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 necesidades.

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 quien lo requiere 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.

173. En efecto, algunos fallos de las salas de revisión han sostenido que los pañales se subsumen en la categoría de insumo de aseo y, por tanto, se ha interpretado que están excluidos del plan de beneficios en salud. Para ello, estas decisiones sostuvieron que la Resolución 5269 de 2017 excluía las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo; de manera que, la expresión insumos de aseo debía interpretarse "*en su sentido natural y obvio*", o sistemáticamente con el artículo 2 de la Decisión 706 de 2008 de la Comunidad Andina y con el código 3010 INVIMA, para sostener que los pañales son productos absorbentes de higiene personal.

174. Esta lectura, sin embargo, no tuvo en cuenta la caracterización del plan de beneficios en salud excluyente adoptado en la Les. Esta Corporación reitera la premisa fijada en la sentencia C- 313 de 2014, según la cual la exclusión de servicios y tecnologías del plan de beneficios en salud debe hacerse de manera expresa, clara y determinada, a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de los responsables de la prestación o suministro de dichos servicios y tecnologías, así como de procurar una protección integral de los usuarios del servicio de salud.

175. En tal sentido, al revisar los resultados del mecanismo técnico científico dirigido por el Ministerio de Salud para la configuración listado de exclusiones en cumplimiento del artículo 15 de la Les, se evidencia que en la fase III (consulta pacientes) se concluyó que los pañales deberían costearse con financiación estatal; mientras que, en la fase IV (adopción y publicación de las decisiones), se determinó que los pañales se encontraban dentro de las catorce (14) tecnologías no excluidas para todas las enfermedades y, por tanto, "*se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerables acceder a este producto*".

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.

177. De tal forma, si existe prescripción médica de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente. Al respecto, este Tribunal ha reiterado que no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante bajo ninguna circunstancia. De hecho, para la Corte la negativa de servicios incluidos constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho.

178. Excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos. En ese sentido, el juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, 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 esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dado la importancia del criterio especializado del profesional de la salud (*supra* f.j. 166).

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.

Por lo anterior, respecto de la patología que padece el señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA, y de acuerdo al informe de historia clínica donde refiere antecedentes de "HPB" al realizar la consulta la patología refiere *"La hiperplasia prostática benigna (HPB) es el agrandamiento de la próstata, una condición común entre los hombres de más de 45 años de edad. El grado de agrandamiento de la próstata varía de hombre a hombre a medida que envejecen, y podría constreñir la uretra y causar dificultad para orinar."*

En la historia clínica también se expresa que el señor MONTESINO PADILLA se encuentra "postrado en cama", con sonda vesical. *"La Sonda Vesical la sonda vesical es un tubo muy fino que se utiliza para ayudar en la expulsión de la orina. La sonda se introduce en la uretra para llegar a la vejiga y así permite un drenaje continuo de la orina."*

Se concluye que sí hay una orden médica para el Home Care 24 horas y medicamentos solicitados, por lo que en este sentido se mantendrá incólume la decisión. Aunque no se avizora orden médica donde se especifique el agenciado requiere el uso de pañales desechables considera el despacho que el protegido se encuentra dentro de la excepción preceptuada por la jurisprudencia constitucional y con el fin de priorizar el cumplimiento del derecho fundamental de la salud y evitar su vulneración con trámites administrativos, la EPS accionada deberá realizar la entrega de pañales desechables al señor EUCLIDES DE JESÚS MONTESINO PADILLA de manera condicionada toda vez que deberá efectuarse la posterior ratificación de la

necesidad por parte del médico tratante, dado la importancia del criterio especializado del profesional de la salud. Por la anterior razón el Despacho modificará el numeral segundo de la sentencia impugnada en ese sentido.

Ahora bien, frente al pedimento de la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB- CESAR de vinculación a la FIDUPREVISORA, como EPS ASIMILADA PARA LOS AFILIADOS DEL MAGISTERIO, no es necesario, puesto que la primera es la obligada de garantizar los servicios de salud a la parte actora, obteniendo la facultad de recobrar lo pagado en dicho servicios de salud.

Frete a la capacidad económica, tenemos que el protegido es beneficiario en el sistema de salud por parte de su hija, la cual si es pensionada, no tiene la carga de asumir medicamentos y procedimientos que fueron ordenados y que las EPS tienen la obligación de asumir.

Así entonces, es notorio la vulneración de los derechos fundamentales al accionante, cuando no le entregan de forma continua, puntual y total de las autorizaciones de los servicios de salud que le son ordenados por su médico tratante para contrarrestar la patología que la aqueja, por ende, tal conducta conlleva a concluir que existe vulneración a los derechos fundamentales protegidos dentro del presente juicio constitucional.

CON RELACIÓN AL RECOBRO:

Resulta pertinente destacar, que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo¹⁷. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la entidad competente.

Así las cosas, le asiste la razón al juez sentenciador, por ende, los argumentos no son contundentes para revocar la orden de amparo a un SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Sin más elucubraciones, se confirmará la sentencia adiada 08 de noviembre de 2021, proferida por Juzgado Promiscuo Municipal de San Diego, Cesar.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia adiada 08 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Diego, Cesar el cual quedará así:

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

"SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB -CESAR**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, ordene la autorización del HOMECARE, 24 horas tal como fue ordenado por el médico tratante y como se puede observar en la historia clínica o evolución medica del paciente, pañales y aquellos medicamentos POS y NO POS, procedimientos, exámenes médicos especializados, citas médicas que requiera para la rehabilitación. Se previene que el incumplimiento de lo ordenado lo incursiona en desacato. En todo caso la determinación de la entrega de pañales desechables deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dado la importancia del criterio especializado del profesional de la salud."

SEGUNDO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia impugnada.

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

CUARTO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN DAZA ARIZA
Juez .