



FALLO DE TUTELA

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: DIANA PATRICIA ROSADO SERRANO en representación de ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ

Accionado: ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO EPS S “AMBUQ EPSS” Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR

Radicación: 20001-40-03-007-2020-00126-00

JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, 26 DE MARZO DE DOS MIL VEINTE (2020).

1. ASUNTO A TRATAR

El despacho decide la acción de tutela interpuesta por DIANA PATRICIA ROSADO SERRANO en representación de ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ, en contra de ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO EPS S “AMBUQ EPSS” Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, para la protección de sus derechos fundamentales A LA SALUD, IGUALDAD, DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD Y DIGNIDAD HUMANA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Las circunstancias fácticas que dieron origen a la presente acción de tutela pueden resumirse de la manera que sigue:

Que la señora ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ, de 75 años de edad, padece de la enfermedad de PARKINSON.

Que debido a la enfermedad que padece, requiere pañales desechables 5 veces al día, como lo prescribió el médico especialista en neurología tratante.

Que pese a lo anterior, la EPSS AMBUQ, se niega a autorizar y entregar los pañales desechables a la accionante ALEIRA SERRANO.

3. PRETENSIONES

Con base en los anteriores hechos, solicita el agente oficioso de la accionante:

Que se declaren vulnerados o amenazados los derechos A LA SALUD, IGUALDAD, DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD Y DIGNIDAD HUMANA.

Que, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada, autorice y entregue de manera inmediata los pañales desechables a la señora ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ, en la forma que le fue ordenado.

4. TRAMITES SURTIDO POR EL JUZGADO

Admitida la solicitud de amparo por auto del pasado trece (13) de marzo de 2020, fueron notificados los accionados mediante oficios Nos. 654, 655 y 656. Las accionadas guardaron silencio.



5. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 permiten a cualquier persona, sin restricción alguna, acudir a la acción de tutela para que, mediante un trámite preferente y sumario se reclame la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares.

En igual sentido, el artículo 10° del mencionado decreto señala que, en todo momento y lugar, el mecanismo de amparo podrá ser ejercido, incluso en causa ajena, cuando el titular no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo¹. Al respecto la sentencia T-742 de 2017² ha dicho que el referido método constitucional:

“Puede ser ejercido (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente”.

Frente al cuarto evento, la Corte, mediante sentencia T-029 de 2016³, ha reiterado que la acción debe proceder cuando se presentan los siguientes elementos:

(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional”.

Más adelante, en la misma providencia, se indica que: *“La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son **menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales**”* (negrilla fuera de texto).

Por tanto, el despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa está acreditada en el expediente objeto de estudio, ya que quien invoca la agencia oficiosa; es la hija del accionante quien actúa en dicha calidad, lo cual se ajusta a las normas y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En relación con la legitimidad en la causa por pasiva, que se define como la condición del sujeto contra quien se encamina la acción, de ser esa persona llamado a responder por la posible amenaza o vulneración del derecho fundamental. En la sentencia T-626 de 2016⁴, la Corte Constitucional, en referencia al tema, mencionó que:

“La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Es un presupuesto procesal que exige que la persona contra quien se incoa la tutela sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental.”

¹ El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). Así mismo, de conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 le brinda la posibilidad de que una persona agencie derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.

² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.



De igual manera, dicha Corporación ha referido que:

“Con el cumplimiento de este requisito procesal, se busca entre otras cosas, evitar que se profieran sentencias desestimatorias con base en argumentos formales o de ritualidad exclusiva, que como es obvio resultan perjudiciales para el demandante, e igualmente, que se adopten decisiones inhibitorias las cuales se encuentran proscritas en sede de amparo constitucional por expreso mandato del párrafo único del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991”⁵.

En este contexto, al validar el caso bajo estudio, encuentra que se cumplen en su totalidad con el aludido requisito de procedibilidad, ya que los sujetos demandados, EPS-S AMBUQ y LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, son personas jurídicas encargadas de garantizar adecuadamente la prestación del servicio público esencial de salud a sus afiliados⁶.

Subsidiariedad

En relación al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 reconocen en dicha herramienta un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente procederá cuando no exista otro medio de defensa o que existiendo tal, éste no sea idóneo para el amparo de los derechos amenazados o vulnerados.

Por lo tanto, se torna indispensable analizar la procedencia del requisito en mención desde dos variables, la primero de ellas, relacionada con la existencia o no de un medio de defensa judicial y si éste es idóneo y eficaz; y una segunda, alusivo al carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección creado por la Carta Política⁷.

Respecto del primer enunciado, la Corte ha determinado la procedencia de la tutela, únicamente en tres escenarios: (i) que no haya otro medio judicial para salvaguardar el derecho fundamental vulnerado o amenazado; (ii) a pesar de haber otras acciones judiciales de protección, estas resultan ineficaces para la protección del derecho invocado; y (iii) cuando teniendo los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, estos no impiden que se materialice un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio⁸.

Pues bien, en aras de proteger el derecho fundamental a la salud, se expidió la Ley 1122 de 2007 “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, que amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud -en adelante SNS-, en materia de inspección vigilancia y control⁹, creando una función jurisdiccional, para dirimir los conflictos entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y las entidades que hacen parte de éste¹⁰.

Particularmente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le permite a la SNS, conocer y fallar en derecho, de forma definitiva y con las facultades propias de un juez, los asuntos allí establecidos¹¹. El artículo 126

⁵ Ver sentencia T-560 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Ver núm. 2, artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

⁷ Ver sentencia T-329 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸ Ver sentencias T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-742 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; entre otras.

⁹ Ver artículos 35 y subsiguientes de la Ley 1122 de 2007.

¹⁰ Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹¹ a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o



de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” añadió otros asuntos a los ya regulados en el artículo anterior, para que hicieran parte de la competencia del ente de inspección vigilancia y control¹²; dada la importancia del mismo, se procede a transcribir el siguiente aparte:

"La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal¹³, cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala¹⁴, se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a:

(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos¹⁵.

Las debilidades mencionadas han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: “...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en **dos y tres años**”¹⁶. (Negrilla fuera de texto)

negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹² El artículo 126 agrega los siguientes literales: e. Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo. f. Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. g. Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

¹³ Se cita entre otras, las sentencias C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-234 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-742 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ Ver sentencias T-329 de 2018, T-215 de 2018, T-196 de 2018 T-171 de 2018, y T-163 de 2018.

¹⁵ Ver sentencias T-042 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-403 de 2017, M.P. Carlos Libardo Bernal Pulido; T-218 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-375 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (A.V. José Fernando Reyes Cuartas).

¹⁶ Ver sentencia T-010 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger (A.V. José Fernando Reyes Cuartas).



Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS¹⁷.

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales¹⁸.

Como se insinuó al inicio del análisis del presente requisito, las siguientes son las situaciones en que La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otro medio judicial, a saber:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”¹⁹.

Por cierto, el papel del juez frente a los sujetos de especial protección constitucional, ha de ser más flexible y menos estricto en cuanto a la procedibilidad del amparo invocado. Precisamente, se ha señalado que *“existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”²⁰.*

En el expediente bajo estudio, la agenciada es sujeto de especial protección constitucional en razón a su edad y a sus serios quebrantos de salud, maxime si se tiene en cuenta que acudió al mecanismo de la tutela a través de la agencia oficiosa.

Planteamiento del problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, le corresponde al despacho resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera los derechos a la salud y a la dignidad humana, la EPS-S AMBUQ, al no autorizar el suministro de pañales desechables a una persona de avanzada edad (75 años) que sufre la enfermedad de Parkinson, por encontrarse el suministro de pañales expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud?

El derecho fundamental a la salud en adultos mayores y menores de edad. Reiteración jurisprudencial

En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. Así en el artículo 44, se le menciona como parte del derecho fundamental de los niños; en el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49,

¹⁷ Ver sentencia T-001 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁸ Ver sentencia T-003 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁹ Ver sentencias T-177 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-472 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo T-575 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; entre otras.

²⁰ Ver sentencia T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y sentencia T-539 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud²¹.

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios²². En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007²³ y la Ley 1438 de 2011²⁴ han efectuado ajustes “*encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud*²⁵ y *del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios*²⁶. Actualmente la Ley 1751 de 2015, *Estatutaria de Salud*, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización de dichos cambios estructurales”²⁷.

Respecto de la salvaguarda del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional en diferentes momentos ha cumplido con el deber de garantizarlo; para sus inicios (años 1992²⁸ y 2003²⁹) se utilizaba la figura de la conexidad a un derecho fundamental (vida, dignidad humana, integridad física, etc.) en pro de que prosperara la protección a través de la acción de tutela, ya que por la ubicación dentro del texto de la Carta Política se le dio a la salud una connotación prestacional al encontrarse en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC)³⁰.

Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el *status* de sujetos de especial protección constitucional. Tal era el caso de los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los enfermos del VIH, entre otros³¹.

En relación con la protección de los derechos de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003³² estableció que:

“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.

Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo” (n.f.d.t.).

²¹ Ver sentencias T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²² Ver artículos 211, 212, 213 y 214 de la Ley 100 de 1993.

²³ “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”.

²⁴ “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”.

²⁵ La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la Atención Primaria en Salud como la asistencia sanitaria esencial accesible a todos los individuos y familias de la comunidad a través de medios aceptables para ellos, con su plena participación y a un costo asequible para la comunidad y el país. Es el núcleo del sistema de salud del país y forma parte integral del desarrollo socioeconómico general de la comunidad (Tomado el 01-02-2019 de http://www.who.int/topics/primary_health_care/es/).

²⁶ Ver artículos 1° de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

²⁷ Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²⁸ Ver sentencias T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁹ Ver sentencias T-021 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Linett; T-1105 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Ver sentencia T-1030 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

³¹ Ver sentencias T-535 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-638 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; entre otras.

³² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los adultos mayores, que como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que, en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran³³.

En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó que:

“es innegable que las personas de la tercera edad 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. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”³⁴.

El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado de salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración jurisprudencial

El acceso a insumos de aseo, tal como el de pañales desechables, entre otros, ha tenido un desarrollo interesante por la Corte Constitucional, al imprimirle un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad³⁵.

En los más recientes pronunciamientos³⁶, la Corte en su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales³⁷, sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana³⁸.

En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario. En cambio, no ocurre lo mismo con el suministro de guantes para cambio de pañal, por cuanto no contribuyen ni a la recuperación de la enfermedad del paciente, ya que el uso sería para un tercero, y tampoco impacta positivamente en su dignidad humana³⁹.

Por consiguiente, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, es la respectiva entidad

³³ Ver sentencia T-014 de 2017, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

³⁴ Ibídem.

³⁵ Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁶ Ver sentencias T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-491 de 2018, M.P. Diana Constanza Fajardo Rivera.

³⁷ Ver sentencias T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-260 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁸ A modo de ilustración se citan las sentencias: T-023 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-610 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Ver ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019.



prestadora la que tiene el deber de brindarlos, acudiendo al trámite que más adelante se explicará, sin que dicho procedimiento sea una barrera de acceso para el usuario⁴⁰.

Para ilustrar de una mejor manera el procedimiento de recobro de insumos excluidos expresamente del Plan de Beneficios, que las EPS-S deben surtir ante los entes territoriales, es necesario referirnos a una de las fuentes de financiación de las EPS, que es la unidad de pago por capitación definida como un monto en dinero fijo y anual que reconoce el SGSSS a estas entidades por cada afiliado, con el fin de garantizar las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud; que para el régimen subsidiado se le denomina unidad de pago por capitación del régimen subsidiado -UPC-S-. Es el valor reconocido por el SGSSS para cubrir aquellos servicios incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud del régimen subsidiado⁴¹.

En un principio, la función de definir el valor de la unidad de pago por capitación, en atención a componentes técnicos, epidemiológicos y demográficos le correspondió al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, suma que debía ser ajustada año tras año⁴². Posteriormente, dicha responsabilidad se trasladó a la Comisión de Regulación en Salud -CRES-⁴³ que en virtud de la Ley 1122 de 2007 reemplazó al CNSSS. En la actualidad, el valor de la UPC (valor anual por cada uno de los afiliados al SGSSS) tanto del régimen contributivo como del subsidiado, la define directamente el Ministerio de Salud y Protección Social anualmente⁴⁴.

Se tiene estipulado que hasta el 1º de abril de 2019, la normativa aplicable al procedimiento para el recobro que deben hacer las EPS-S a su respectivo ente territorial, por la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC-S de sus afiliados del régimen subsidiado, conforme al artículo 1º de la Resolución 5871 de 2018⁴⁵ *“por la cual se modifica la Resolución 2438 de 2018, en relación con el plazo para la activación de las entidades territoriales en el aplicativo de prescripción MIPRES del régimen subsidiado”*, es la contenida en la Resolución 1479 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social y la del título II de la Resolución 5395 de 2013 que regula específicamente la conformación y funcionamiento de los comités técnicos científicos (CTC).

A partir de lo expuesto, cada departamento con fundamento en las necesidades y exigencias propias, adoptaron un modelo, ya fuera centralizado⁴⁶ o descentralizado⁴⁷, para garantizar el acceso de los usuarios del régimen subsidiado en salud a los servicios no incluidos en el PBS, asegurando el adecuado flujo de recursos para los prestadores de servicios de salud⁴⁸. Pues bien, en relación con el expediente T-6.982.011, es la Dirección Seccional de Salud Departamental de Antioquia, la llamada a garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS; y en el caso del expediente T-6.992.167, es la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, la responsable de garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS.

De conformidad con lo anotado en el acápite 5.8, las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de las tecnologías en salud y servicios complementarios no financiadas con recursos de la UPC-S acorde con su capacidad tecnológica y administrativa, deberán estar activas en el aplicativo de prescripción definido por la Resolución 2438 de 2018, y tendrán un plazo de seis meses a partir de la inscripción exitosa en la herramienta para adecuarse al procedimiento de la nueva plataforma, tiempo durante el cual continuarán surtiendo el trámite establecido en el título II de la Resolución 5395 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social⁴⁹.

⁴⁰ Ver sentencia T-178 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁴¹ Ver sentencia T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴² Ver numeral 3) artículo 172 de la Ley 100 de 1993 y Acuerdo 306 de 2005 del CNSSS.

⁴³ Ver Decreto 2560 de 2012.

⁴⁴ Ver numeral 3º del artículo 26 del Decreto 2560 de 2012 y Resolución 5858 de 2018 del Ministerio de Salud.

⁴⁵ Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

⁴⁶ Ver artículo 7º de la Resolución 1479 de 2015.

⁴⁷ Ver artículo 9º de la Resolución 1479 de 2015.

⁴⁸ Ver sentencia T-329 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁹ Ibidem.



Caso concreto

La agente oficiosa interpuso la acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su señora madre ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ, los cuales consideró transgredidos porque su EPS-S AMBUQ no autorizó el suministro de los pañales desechables ordenandos por su médico tratante, pasando por alto su avanzada edad -75 años- y la enfermedad de Parkinson que padece.

De las pruebas obrantes en el proceso de la referencia, el despacho evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: i) que la accionante es una persona de 75 años de edad, acorde con lo reflejado en el documento aportado al expediente⁵⁰; ii) que padece de la enfermedad de Parkinson⁵¹; iii) que hace parte del régimen subsidiado en salud en calidad de beneficiario; iv) que requiere los pañales desechables formulados por su médico tratante⁵².

Tanto la EPS S accionada como el ente territorial vinculado -por ser el accionante del régimen subsidiado-, guardaron silencio. Por lo que se aplicará lo dispuesto en “*el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, “(p)or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, se consagra la presunción de veracidad, según la cual se presumen como “ciertos los hechos” cuando el juez requiera informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y estos no se han rendido. Así entonces el sujeto pasivo de la demanda tiene la obligación de rendir los informes requeridos por el juez de instancia, en caso contrario, cuando no se atienda la orden o, incluso, cuando la respuesta es extemporánea, se tienen por ciertos los hechos y se resolverá de plano”*⁵³

Conforme a lo expuesto, se tiene que la actora es una persona de edad avanzada, que a pesar de que goza de los beneficios del sistema de salud del régimen subsidiado al encontrarse afiliado a la EPS-S AMBUQ, se evidencia una falencia de acceso que afecta su salud y su dignidad humana, resumido en que la entidad accionada no le dio el trámite correspondiente, para autorizar los insumos que, si bien, se encuentran expresamente excluidos del PBS con cargo a la UPC, conforme a la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, no es menos cierto que, no debe olvidarse que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad, que sumado a su mal *status* económico, hacen que su condición de salud sea de completa vulnerabilidad; y por ende, proceda la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem no. 57 del Anexo Técnico de la Resolución 244 de 2019, referente al insumo de aseo -pañales desechables-, puesto que dicho producto no tiene un sustituto dentro del PBS.

En este evento, se considera que la EPS-S AMBUQ, han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana del accionante, y por tanto, se concederá la tutela por las razones expuestas, debiendo la EPS acceder al servicio solicitado sin imponerle tramites administrativos ante la Secretaría de Salud Territorial, los cuales, en todo caso deberá adelantar la EPS.

Por todo lo anterior, se ordenará a la accionada, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, suministre a la señora ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ los pañales desechables que requiere en la cantidad y la forma como lo prescriban los médicos tratantes.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

⁵⁰ Folio 8 del cuaderno.

⁵¹ Folio 6 del cuaderno.

⁵² Ibidem

⁵³ Sentencia T-825 de 2008, reiterada en la Sentencia T-278 de 2017.



RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales deprecados por DIANA PATRICIA ROSADO SERRANO en representación de ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ, en contra de ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ EPS S “AMBUQ EPSS”, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a LA ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDÓ EPS S “AMBUQ EPSS” que, en el término de 48 horas, suministre a la señora ALEIRA SERRANO HERNÁNDEZ los pañales desechables que requiere, en la cantidad y forma que prescriban los médicos tratantes, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: NOTIFICAR este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (artículo 16 del Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión de no ser impugnado este fallo.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.
LA JUEZ


CLAURIS AMALIA MORÓN BERMÚDEZ
JUEZ