

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Diecinueve Civil Municipal

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Ref. Acción de tutela No. 2022-01246

I.OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde frente a la acción de tutela incoada por NOHORA CARMENZA CÁRDENAS CUERVO como agente oficioso de MARIA PLACIDA CUERVO contra EPS FAMISANAR e IPS CAFAM.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La accionante actuando por conducto de agente oficioso solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, vida en condiciones dignas, igualdad, salud, y seguridad social. En consecuencia, requirió se ordenara a las entidades accionadas suministrar los pañales ordenados por el médico tratante el 10 de noviembre de 2022 *“PAÑALES TENA SLIP TALLA PARA 4 CAMBIOS, 120 PARA 1 MES 720 PARA 6 MESES”*.

2. Fundamentos fácticos

1. La actora adujo, en síntesis, que su madre se encuentra afiliada como cotizante a FAMISANAR EPS a través del régimen contributivo, es una persona de la tercera edad pues actualmente tiene 89 años, no trabaja ni ostenta un ingreso pensional.

2. Señaló que la señora María Placida Cuervo no puede desplazarse por sí misma, requiere de ayuda permanente para cualquier actividad, entre estas, comer y bañarse, debido a que presenta un diagnóstico principal de R32X Incontinencia urinaria, no especificada, por lo que utiliza pañales para realizar sus necesidades fisiológicas.

3. En razón a lo anterior, su médico tratante el 10 de noviembre de 2022 ordenó el suministro de *“PAÑALES TENA SLIP TALLA PARA 4 CAMBIOS, 120 PARA 1 MES 720 PARA 6 MESES”*, sin embargo, CAFAM se niega a entregar los pañales de esa marca (TENA SLIP), pasando por alto que existe una prescripción médica y no obedece a un capricho de la paciente, sin que se encuentre en óptimas condiciones económicas para sufragar su costo.

3. Trámite procesal

La acción de tutela se admitió mediante proveído de 2 de diciembre de la presente anualidad, y se dispuso la vinculación de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES-, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL e IPS PROSEGUIR.

1. En respuesta al requerimiento efectuado, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** realizó un recuento de la normatividad aplicable para la protección de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna dentro del ordenamiento jurídico y su relevancia constitucional, así como la responsabilidad de las entidades promotoras de salud frente a su efectividad.

De otro lado, adujo no tener participación directa o indirecta en los supuestos fácticos que motivaron la presentación de la acción de tutela por lo que desconoce su veracidad, pues consideró que es responsabilidad de la EPS velar por la prestación de los servicios de salud, amén que tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que, no ha desplegado ningún tipo de comportamiento relacionado con el menoscabo de las prerrogativas constitucionales incoadas máxime que el Estado a través de las entidades promotoras de salud deben garantizar el servicio público definiendo las políticas y reglamentación de la prestación para lo cual el Ministerio de Salud y Protección Social mediante las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020 estableció un presupuesto máximo de financiación, de manera que cualquier pretensión relacionada con el reembolso de los gastos que realice la E.P.S sería antijurídica por cuanto los recursos se giran antes de las prestación de los servicios.

2. Por su parte, la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM** señaló que como ente dispensador en el caso objeto de estudio, sólo puede hacer entrega única y exclusivamente de los medicamentos o insumos autorizados por la EPS de forma específica y la modificación, cambio o anulación de éstas, corresponde a la entidad promotora de salud, siendo así, en el caso de la accionante la autorización se emitió para entrega de pañales Marca Content.

3. El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** afirmó que no contempla dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del sistema general de protección social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales motivo por el que desconoce los hechos que motivaron la interposición del presente amparo y por ende las consecuencias sufridas, de ahí que la acción de tutela resulte improcedente frente a esa carter ministerial.

Sumado a ello, realizó una descripción de la estructura del sistema general de seguridad social en salud y las funciones de cada una de las instituciones que participan, resaltando que la EPS es la entidad responsable de la atención de cada uno de sus afiliados y deberá atender sus patologías de conformidad con las determinaciones del profesional médico y con el uso de los mecanismos de atención dispuestos en la norma, cumpliendo con los elementos y principios del derecho fundamental a la salud consignados en la Ley 1751 de 2015, así mismo, señaló que el insumo denominado PAÑALES solicitado no se encuentra incluido en la Resolución 2292 de “*Por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación*” (UPC).

4. De otro lado, la **EPS FAMISANAR** informó que la usuaria cuenta con pañales marca convencional, de conformidad a la orden médica vigente, sin que el cambio por una marca determinada sea procedente puesto que hace parte de una marca comercial y cumple con la misma función a la que actualmente se ha venido autorizando, “*pañal adulto talla M, pañales desechables Content Medical T-M Adulto Bol 30 Bol 1 U*”, de tal forma que ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido la usuaria.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el servicio de entrega pañal adulto Content Medical M (unidad) solicitado se encuentra debidamente cumplido con la autorización y entrega en acatamiento de las obligaciones que le asisten con respecto a la normatividad que así lo establece y rige de manera general el sistema la acción de tutela resulta improcedente por carencia actual de objeto, sin que sea posible ordenar tratamiento integral al paciente como quiera que no se han configurado motivos que lleven a inferir que esa entidad haya vulnerado o amenazado las prerrogativas constitucionales invocadas.

5. La **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** indicó que la agenciada se encuentra con afiliación activa en FAMISANAR EPS a través del régimen contributivo-Cotizante, en virtud de lo cual todo lo que tiene que ver con procedimientos de salud, órdenes médicas, hospitalizaciones, insumos, tecnologías en salud y todo tipo de obligaciones que se deriven de dicha prestación de salud, son responsabilidad exclusiva de la EPS.

Según su historia clínica, es una paciente de 89 años con diagnóstico de incontinencia urinaria no especificada, a quien el médico tratante ordenó PAÑALES TENA SLIP TALLA M (NO EXCLUIDOS ESPECIFICAMENTE del PBS en resolución 2273 de 2021), de acuerdo con la anterior considera que la accionada debe suministrarlos sin dilación alguna, pues fueron ordenadas por el médico tratante, así como, brindar el tratamiento integral que sea requerido y garantizar la calidad y continuidad de los servicios en salud, suministrar las ayudas diagnósticas, medicamentos, hospitalizaciones, suministros, tecnologías en salud y los insumos adicionales que el médico considere necesarios, para asegurar la atención en salud de la agenciada y responder por las pretensiones de esta acción constitucional, en todo caso no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos fundamentales del convocante solicitando su desvinculación del presente trámite.

III. PROBLEMA JURÍDICO

En presente asunto el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales a salud y vida digna de la accionante.

II. CONSIDERACIONES

1. Expuesto lo anterior se advierte que esta sede es competente para decidir la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el artículo el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, en virtud del cual se expidió el “*decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”.

2. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, que preste “*un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión*”, y no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

3. Sobre la garantía al derecho a la salud, es preciso señalar que en la Ley 1751 de 2015 se dispuso que es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción (art. 2, ib.), tal como ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, según la cual “*el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e*

integral, derecho que de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela, [en especial] cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad [y] quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer” (C. Const. Sent. T-062/17).

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que *“la prestación efectiva de los servicios de salud incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que, además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud” (C. Const. Sent. T-384/13).*

Además, la garantía del derecho fundamental a la salud se concreta en la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, que incluya la promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Es así, como en los artículos 1° y 2° de la Ley 1751 de 2015 se dispuso que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción, lo que implica *“la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos” (lit. i, art. 10 ib).*

De otro lado, recuérdese que de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud son las llamadas a garantizar la asistencia médica de sus afiliados, de manera directa o indirecta, a través de las instituciones que contratan, dado que los convenios suscritos con las IPS tienen la finalidad de suministrar todos los servicios de salud que requieran los pacientes. Su deber no se limita a autorizarlos en aquellas, sino también a garantizar que se presten oportunamente los servicios que fueron aprobados.

En ese sentido, la prestación del servicio debe darse de inmediato, sin que el afiliado se vea afectado por los trámites administrativos que le correspondan a las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que puedan poner en peligro su salud y su vida.

4. Ahora, tratándose de personas de la tercera edad el derecho fundamental a la Salud cobra mayor relevancia por ser sujetos de especial protección constitucional dado el estado de indefensión en que se encuentran debido al desgaste natural del organismo y los padecimientos propios de la vejez, siendo deber de las entidades promotoras e instituciones prestadoras del servicio garantizar la atención requerida. Sobre el punto la Corte Constitucional en Sentencia T-014 de 2017 precisó:

“...esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado 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

(...)

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.”

Bajo esta perspectiva cumple precisar que el criterio del profesional de la salud resulta de vital importancia, toda vez que, en el marco de su autonomía conoce de primera mano las circunstancias específicas relacionadas con el estado de salud del paciente, así como, la conveniencia de cierto tratamiento en pro de su rehabilitación, al respecto en Sentencia T-023 de 2013 la Corporación en cita precisó:

*“Esta Corte ha señalado que **el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente.** Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud”*

Al margen de lo anterior de manera excepcional y atendiendo a la particularidad de cada caso pese a no existir orden del médico tratante que avale la prestación de un servicio de salud, le está dado al juez de tutela cuando advierta que el mismo es de carácter indispensable para garantizar la salud y la vida en condiciones dignas al usuario ordenar su protección a través de este mecanismo constitucional.

5. De otro lado, en lo que tiene que ver con los insumos como pañales desechables se ha decantado por la jurisprudencia que son elementos de aseo personal que si bien no contribuyen de forma directa a la recuperación o cura de las patologías que padece el paciente, lo cierto es que, este tipo de insumos si resultan indispensables para garantizar que las personas que padecen afectaciones de salud tan complejas como incontinencia urinaria puedan sobrellevar su enfermedad en condiciones dignas. En tal sentido, la corporación en cita señaló:

“En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que los pañales no se encuentran excluidos del PBS por no hacerse mención a los mismos de forma expresa. De igual forma, cabe señalar que este Tribunal ha ordenado el suministro de pañales a pacientes que en virtud de sus patologías sufren de incontinencia urinaria y si bien es cierto la provisión de los mismos no incide de forma directa en la cura de las enfermedades que los aquejan, si les permite obtener una mejor calidad de vida y en especial cuando se ha perdido la movilidad o el control de esfínteres.

Por ejemplo en la sentencia T-014 de 2017 la Corte amparó los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, quien por los padecimientos que presentaba y a pesar de no contar con órdenes médicas, infirió que se hacía necesaria la utilización de los pañales desechables e insumos, ordenando su suministro con el fin de maximizar el derecho a la dignidad humana.”¹

6. Conforme a las precisiones de orden legal y jurisprudencial citadas en precedencia, descendiendo al caso puesto a consideración y revisados los medios de convicción obrantes en el plenario se advierte que la señora María Plácida

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-528 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Cuervo cuenta con 89 años de edad, se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR a través del régimen contributivo, presenta un diagnóstico de INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA motivo por el que su médico tratante mediante fórmula médica 10 de noviembre de 2022 ordenó la entrega de “PAÑALES TENA SLIP TALLA M PARA CUATRO CAMBIOS AL DÍA, 120 PARA 1 MES, 720 PARA 6 MESES”.

Bajo esta perspectiva, del informe presentado por la entidad promotora de salud accionada y las instituciones vinculadas al trámite, los cuales se entienden rendidos bajo la gravedad de juramento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, se advierte que mediante prescripción CTC 202211101690345164 del 11 de noviembre del año en curso se autorizó la entrega de PAÑALES DESECHABLES CONTENT T-M ADULTO BOL 30 BOL 1U, 120 unidades para treinta (30) días a favor de la accionante, lo que de suyo permite colegir que cuando se promovió la solicitud de amparo ya se había prestado el servicio requerido, pues si bien en la orden médica se indicó que debía suministrarse PAÑALES TENA SLIP, lo cierto es que, no es dable exigir a la EPS la entrega de elementos de determinadas marcas, téngase en cuenta que con el suministro de pañales desechables de marca convencional se garantiza a plenitud la efectividad de sus derechos fundamentales a la salud y dignidad humana, en tanto que cumplen la misma función que los productos de marca comercial.

En ese orden de ideas, sin desconocer de manera alguna que, en el caso concreto, se trata un adulto mayor que dada su avanzada edad se encuentra en condición de vulnerabilidad requiriendo de todos los cuidados a que haya lugar para el mejoramiento de su estado de salud, amén de su condición de sujeto de especial protección constitucional, no se demuestra que la Entidad Promotora de Salud encartada haya sido renuente o se sustraiga de manera arbitraria de cumplir con sus funciones, poniendo en riesgo, menos aun vulnerando los derechos fundamentales invocados a través de conductas que obstaculicen la continua prestación del servicio y la atención médica, u actuación alguna que amerite la intervención del Juez constitucional, por el contrario como quedo sentado en precedencia ha autorizado y suministrado a través de las instituciones que hacen parte de su red contratada los insumos solicitados para que la promotora pueda sobrellevar su enfermedad en condiciones dignas, sin que se haya presentado algún tipo de suspensión o retiro, lo que impone negar el amparo deprecado, por ausencia de vulneración.

7. Puestas de esta manera las cosas, se denegará el amparo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales deprecados por NOHORA CARMENZA CÁRDENAS CUERVO como agente oficioso de MARIA PLACIDA CUERVO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si el actual proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

**IRIS MILDRED GUTIÉRREZ
JUEZ**

Firmado Por:

Iris Mildred Gutierrez

Juez Municipal

Juzgado Municipal

Civil 019

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **14f9b8db18a19423d96ecc2926d3fe4d0f0c359dc9cfae315137cde209e7eb09**

Documento generado en 15/12/2022 03:51:06 PM

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