



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
Carrera 44 No. 38-12 Edif. Banco Popular Piso 4.
ccto16ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla agosto veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023).

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-53-016-2023-00177-00

ACCIONANTE: CARMEN BOSSA DE HERAZO quien interviene por conducto de su agente oficiosa JASMINE HERAZO BOSSA

ACCIONADO: FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA Y UNIÓN TEMPORAL MAISFEN UT MAISFEN

ASUNTO

Se decide la acción de tutela.

ANTECEDENTES

1.- La gestora suplicó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, derecho a las personas de la tercera edad e integridad, presuntamente vulnerados por las entidades acusadas.

2.- Funda su pedimento, diciendo en síntesis, que la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO tiene la edad de 100 años, que padece de artrosis degenerativa, senilidad, hipertensión arterial, nefropatía, osteoporosis, insuficiencia venosa, incontinencia urinaria, anemia, trombocitopeni, afirmándose que esas patologías le generan limitación funcional, con total dependencia, no controla esfínteres y en razón a ello, asevera que necesita pañales desechables talla L en forma permanente.

Anotándose, que su núcleo familiar está compuesto por una hija, que es adulto mayor, paciente oncológica, que no cuenta con recursos necesarios para suplir su necesidad, a la par narra la presentación de un derecho de petición ante el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles

Nacionales de Colombia, en dónde solicitó la prescripción y entrega de los pañales, obteniendo respuesta negativa a su pedimento, lo que califica como una afectación a sus derechos fundamentales, porque es una persona de escasos recursos económicos que impide la adquisición de esos pañales con su peculio.

3.- Pidió, conforme lo relatado, que se amparen las prerrogativas superiores a la salud, vida en condiciones dignas, derecho a las personas de la tercera edad e integridad; como consecuencia de la anterior declaración, pide que se ordene a los accionados *«entregar la autorización para pañales desechable talla L, conforme a la necesidad de la paciente, para garantizar calidad de vida»* y *«se le ordene a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y UNION TEMPORAL MAISFEN UT MAISFEN, la entrega de medicamentos, realización de valoraciones y continuar con el tratamiento que requiera y demás tratamientos alternativos, que se consideren pertinentes en el tiempo si así lo necesitase de acuerdo a su patología»*.

4.- Mediante proveído de 8 de agosto de 2023, el estrado avocó el conocimiento de esta salvaguarda fundamental y vinculó a la FIDUPREVISORA PAR FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y DEL VINCULADO

5.- Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia informa que para brindarle un tratamiento integral a la accionante dependerá de la prescripción médica de un galeno adscrito a la red de servicios, para efectos del caso en concreto, se deberá tener en cuenta la patología de la paciente, y las recomendaciones prescritas por su médico tratante, y es por ello que dice que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA no incurrió en una conducta violatoria de derechos de la accionante, aclara que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es una entidad adaptada a efectos de la prestación de servicios de salud de pensionados de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que dichos servicios los presta a través de terceros contratados, en este caso se contrató a la UNIÓN

TEMPORAL SALUD MAISFEN, quien le presta los servicios de salud a los usuarios, incluyéndose a la accionante, diciendo que esa institución es la que actualmente está prestando el servicio de salud a la accionante, y se encuentra obligada a cubrirlos con calidad, oportunidad y eficiencia, de acuerdo con lo prescrito por los médicos tratantes; y le atribuye la responsabilidad por la prestación del servicio médico a esa Unión Temporal, en favor de la tutelante.

6.- FIDUPREVISORA S.A anuncia que el día 15 de septiembre de 2008 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, suscribió contrato de fiducia mercantil N° 3-1-0392 con Fiduprevisora S.A, del cual es subrogatorio del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, según documento suscrito el 19 de septiembre de 2008, con el objeto de constituir un patrimonio autónomo con los recursos que se trasladaran desde la Caja Agraria en liquidación, cuya denominación fue P.A.P. Caja Agraria Pensiones.

Agregó que, conforme a la Cláusula Novena del Contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0392 se estableció una vigencia contractual hasta el día 30 de diciembre de 2011; no obstante, y en virtud de los Otrosíes N° 1, 2, 3, 4, 5, y 6, fecha en la cual se terminó la existencia del negocio fiduciario con fundamento en el numeral tercero del artículo 1240 del Código de Comercio relativo a las causales de extinción del negocio fiduciario, y por ende cesó para FIDUPREVISORA S.A en su condición de vocera y administradora del PAP CAJA AGRARIA PENSIONES.

Puntualizando que se aclara que con la expedición del Decreto 2842 de 2013 se dispuso a partir del 15 de diciembre de 2013, la función se encontraba desempeñando el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, será asumida por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP-, por lo que se procedió a la entrega de toda la documentación y de la función pensional a dicha entidad, mediante la suscripción de las respectivas actas.

7.- Los vinculados guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

8.- La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, es un mecanismo procesal complementario, específico y directo con el que cuentan los coasociados para la pronta y eficaz protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales que en una determinada situación jurídica se vean seriamente amenazados o vulnerados.

Es un medio específico, porque se contrae a la protección inmediata de tales derechos cuando quiera que éstos se vean afectados de modo actual e inminente. Es suplementario, porque su procedencia está supeditada a que no exista otro mecanismo legal con el cual se pueda conjurar esa amenaza o, existiendo, la inminencia del daño no permite mecanismo distinto a dicha acción por evidenciarse que de no actuarse con inmediatez, aquél se tornaría irreparable, es decir, la acción de tutela es una herramienta *supra legal*, que ha sido instituida para dar solución eficiente a situaciones de hecho generadas por acciones u omisiones de las autoridades públicas o particulares, en los casos expresamente señalados.

9.- La Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todas las personas, pues su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Según lo establecido por la sentencia T-204 de 2000: *«El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo. (...) la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o en menor medida en la vida del individuo»*. En concordancia con lo anterior, es preciso anotar que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de

eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política.

10.-El derecho de salud bajo la égida de la Ley 1751 de 2015.

Uno de los pilares fundamentales que soporta el derecho a la salud es el consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, al establecer que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado. Para reforzar el carácter imperativo de la prerrogativa fundamental analizada, solamente bástese con reparar que en el artículo 49 *ibídem*, se señala 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 salud.

Justamente, no se puede soslayar que los avances en materia de protección al derecho a la salud, se han dado a través de la jurisprudencia constitucional; así, en un primer momento se protegió el derecho a la salud en conexidad a la vida, por conducto del precedente constitucional imperante en aquella época temprana, que a guisa de ejemplificación e ilustración, se compendia así: Corte Constitucional sentencias T-290 de 1999, con ponencia del magistrado Vladimiro NARANJO MESA, T-926 de 1999, con ponencia del magistrado Carlos GAVIRIA DÍAZ, y la T-1024 de 2003, con ponencia del magistrado Alfredo BELTRAN SIERRA, posteriormente, en un segundo momento, se le dio un tratamiento de derecho fundamental autónomo a la salud, a través de la línea jurisprudencial recogido en los fallos de la Corte Constitucional T-016 de 2007, con ponencia del magistrado Humberto SIERRA PORTO y T-180 de 2013, con ponencia de Jorge PRETEL CHALJUB, siendo necesaria la cita de la sentencia T-760 de 2008, con ponencia del magistrado Manuel José CEPEDA ESPINOSA como una sentencia hito, que emitió una serie de parámetros y órdenes a diferentes entidades para propender por la efectiva protección al derecho a la salud, entendido como de naturaleza fundamental.

En lo que se refiere a personas de la tercera edad, la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia T-1081 de 2001, con ponencia del magistrado Marco Gerardo MONROY CABRA admitió la protección del derecho fundamental a la salud como derecho autónomo de los adultos mayores por ser sujetos de especial protección.

Más adelante, la CORTE CONSTITUCIONAL en la decisión T-020 de 2013, con ponencia de Luis Ernesto VARGAS SILVA, se reiteró que:

«La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser», y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”. Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales».

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, se da una mayor protección del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo. Así, el artículo 2° reitera el carácter *ius fundamental* del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, iterado ese criterio por la CORTE CONSTITUCIONAL en la providencia T-001 de 2018, con ponencia de la magistrada Cristina PARDO SCHLESINGER.

Por otro lado, el artículo 8° *ibídem* estatuye que:

«Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados 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. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario».

En este sentido, en la sentencia C-313 de 2014 con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO, en dónde se acometió la *-revisión previa de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria en Salud-*, se decidió respecto del artículo 8° de dicha legislación, lo siguiente

«Que el legislador estatutario reconoce un derecho cuyo arraigo constitucional se encuentra en el mandato del artículo 2 de la Carta, dado el fin estatal de realizar efectivamente los derechos de los asociados y, en el inciso 1° del artículo 49 del Texto Superior, en razón de la garantía en el acceso al servicio de promoción, protección y recuperación de la salud.

(...) la Corte Constitucional ha manifestado que el servicio de salud se rige por una serie de axiomas, entre los que se encuentra el principio de integralidad, que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (...).».

Ahora bien, el artículo 15° de la Ley 1751 de 2015 precisa cuáles son los servicios y tecnologías que serán explícitamente excluidos del sistema de salud, al respecto indica:

«El Sistema 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 prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

e) Que se encuentren en fase de experimentación;

f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud. (...).

En esa línea de pensamiento, es abisal que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios, salvo las que expresamente estén excluidas; así pues, en desarrollo del presente artículo, el Ministerio de la Salud y Protección Social expidió la Resolución 5267 de 2017, que en su Anexo Técnico excluyó los insumos de aseo. Que indudablemente, atendiendo al sentido natural y obvio de las palabras, conforme a las directrices hermenéuticas fijadas en el artículo 28 del Código Civil, se deberá entender que el término: insumos de aseo cobija a los pañales desechables y la crema antipañalitis.

11.- El precedente constitucional respecto a la procedencia de la acción de tutela para reclamar insumos de aseo.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, emerge coruscante que el acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, cremas antipañalitis, entre otros, ha tenido un desarrollo especial por la

Corte Constitucional, al otorgarles un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad, encontrándose condensado dicho pensamiento del alto tribunal constitucional en la sentencia T-522 de 2017, con ponencia de la magistrada Cristina PARDO SCHLESINGER.

En recientes pronunciamientos, la Corte ha iterado su postura garantista y ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando el suministro de pañales a través de los veredictos T-121 de 2015, con ponencia de Luis Guillermo GUERRERO PÉREZ, T-260 de 2017, con ponencia de Alberto ROJAS RÍOS, T-314 de 2017, con ponencia de Antonio José Lizarazo Ocampo, sobre todo si la patología que aqueja al accionante origina incontinencia urinaria.

Existe la suficiente claridad para entender que el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres, siendo ese criterio prohijado en innumerables providencias emitidas por la Corte Constitucional, como las T-023 de 2013, con ponencia de Mauricio GONZÁLEZ CUERVO; T-039 de 2013, con ponencia del magistrado Jorge Iván PALACIO PALACIO; T-383 de 2013, con ponencia de la magistrada María Victoria CALLE CORREA; T-500 de 2013, con ponencia de Luis Ernesto VARGAS SILVA; T-549 de 2013, con ponencia de la magistrada María Victoria CALLE CORREA; T-922A de 2013, con ponencia de Alberto ROJAS RÍOS; T-610 de 2013, con ponencia del magistrado Nilson PINILLA PINILLA; T-680 de 2013, con ponencia del magistrado Luis Guillermo GUERRERO PÉREZ; T-025 de 2014, con ponencia del magistrado Manuel José CEPEDA ESPINOSA; T-152 de 2014, con ponencia de MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO; T-216 de 2014, con ponencia de la magistrada María Victoria CALLE CORREA; y, T-401 de 2014, con ponencia del magistrado Jorge Iván PALACIO PALACIO.

En definitiva, 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 de tutela, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, hubo consenso al interior de la Corte Constitucional, en establecer que una EPS desconocía el derecho a la salud de una persona que requería un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud –POS- cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, ese criterio lo esbozó la CORTE CONSTITUCIONAL, entre otras, en las determinaciones T-970 de 2010, con ponencia del magistrado Juan Carlos HENAO PÉREZ. Ver también las sentencias: T-036 de 2013, con ponencia del magistrado Jorge Iván PALACIO PALACIO; T-020 de 2013, con ponencia de Luis Ernesto VARGAS SILVA y; T-471 de 2012, con ponencia de Mauricio GONZÁLEZ CUERVO.

Respecto de los anteriores requisitos, en la sentencia C-313 de 2014, se explicó que *«estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia».*

Empero, con la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015 surgieron cambios sustanciales, que obligan, a la luz de la nueva normatividad, a evaluar si deben existir nuevos requisitos de control constitucional,

cuando se trata del suministro de servicios o elementos expresamente excluidos, reiterado en la Resolución No. 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

A este respecto, comienza una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional, encabezada con los fallos T-014 de 2017, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO; T-120 de 2017, con ponencia del magistrado Luis Ernesto VARGAS SILVA; T-178 de 2017, con ponencia del magistrado Antonio José LIZARAZO OCAMPO; T-260 de 2017, con ponencia de Alberto ROJAS RÍOS; T-314 de 2017, con ponencia de Antonio José LIZARAZO OCAMPO; T-637 de 2017, con ponencia de Gloria Stella ORTIZ DELGADO, en materia de protección del derecho a la salud por el no suministro de pañales, recordando que la Corte Constitucional siempre vela por la protección de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana.

12.- Del caso en concreto

En la acción de tutela, presentada por el agente oficioso en representación de la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO, quien es una persona añosa, quien ostenta legitimación en la causa por activa ya que está probado que es descendiente de la doliente en tutela, se solicitó que el juez le ampare a ésta los derechos fundamentales; y como consecuencia de ello, pide que se ordene la entrega de pañales desechables TALLA L, debido a la falta de control esfínteres, a cargo de los accionados FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA Y UNIÓN TEMPORAL MAISFEN UT MAISFEN.

Del material probatorio recaudado, se encuentra acreditado que la señora VITALIA SIERRA VALENCIA tiene cien (100) años de edad y actualmente presenta diagnóstico clínico de enfermedades de artrosis degenerativa, senilidad, hipertensión arterial, nefropatía, osteoporosis, insuficiencia venosa, incontinencia urinaria, anemia, trombocitopeni.

Empero, es coruscante de la lectura de los elementos probativos obrantes en el expediente, no se acredita que exista orden emitida por profesional de la salud, en la cual se autorice el servicio de entrega de

pañales desechables, que es la justificación de la entidad hospitalaria accionada para no entregarlos, amén que afirma que esos insumos no se encuentran incluidos en el plan de salud, ni en el convenio que suscribieron el FONDO SOCIAL DEL PASIVO DE FERROCARRILES DE COLOMBIA y la UNIÓN TEMPORAL MAISFEN UT MAISFEN, siendo la última la entidad que brinda el servicio de salud a la tutelante.

En ese sentido, es patente indicar que los insumos solicitados por la parte actora deben ser entendidas como prestaciones asistenciales que pueden estar a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la medida que la asistencia o producto requerido sea necesario al paciente para atender a su padecimiento. En el caso particular, las no contempladas en el POS o el plan de salud y el contrato que ata a la accionada con la vinculada, y quienes se encuentran a prestar el servicio de salud a favor de la actora, son prestaciones de carácter excepcional, ya que en principio deben ser asumidas por la persona que las necesitan, no debiendo ser autorizadas por las entidades del SGSSS ni por el juez de tutela.

No obstante, la Corte Constitucional ha manifestado que las mismas deben concederse en favor del afiliado cuando en el caso concreto, se observen una serie de condiciones relacionadas con el grado de afectación de la salud, la condición socioeconómica de quien requiere la prestación y la valoración objetiva que un profesional de la salud realice sobre la necesidad del insumo, servicio o medicamento. Por lo que, para la autorización de prestaciones asistenciales y suministro de implementos no incluidos en el POS, el juez de tutela debe verificar:

«(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra

autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo».

En relación al requisito de vulneración o amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal de quien requiere prestación, este se acredita cuando los insumos, servicios o medicamentos solicitados han de estar destinados a la protección de los derechos fundamentales del afiliado en cuanto a su integridad y la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas, en este caso, es evidente que siendo la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO mujer perteneciente a la tercera edad, encontramos que los insumos solicitados en sede tutelar tienen relación con los padecimientos que la aquejan ya que procuran darle una mejor calidad de vida.

Referente al requisito jurisprudencial de que el insumo, medicamento o servicio no pueda ser reemplazado por uno que en efecto sí se encuentre contenido en el POS, es menester indicar que esta es una exigencia que atiende a criterios técnicos y científicos del médico tratante, en cuanto es el profesional de la salud quien determina la idoneidad de las prestaciones incluidas en este catálogo para cubrir las necesidades de los afiliados en materia de salud. En este caso sin embargo, no se evidencia que tanto el servicio como los implementos solicitados hayan sido expedidos por parte de un galeno adscrito a la red de prestadores de servicios de la EPS accionada.

Adicionalmente, en el escrito de tutela aparece documentada como circunstancia económica de la tutelante o su grupo familiar, que no están en capacidad de asumir los costos destinados a la protección de la salud de la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO, ya que la accionante afirma que su única hija padece una enfermedad oncológica y no está en capacidad de atender esa prestación a su favor. No obstante, dicha circunstancia no fue discutida por parte de la entidad prestadora de

servicios de salud accionada y sería ella quien tendría que demostrar lo contrario.

Tampoco se evidencia el requisito de la autorización de la prestación no incluida en el POS o el plan de salud, que le dotan la prestación del servicio de salud a la accionante, por parte de un médico tratante adscrito a la red de prestadores de salud a la cual está adscrita, siendo este el criterio general decantado por el Alto Tribunal Constitucional para determinar la necesidad del tratamiento, medicamento o insumo de una persona.

Por lo que, al no acreditar la hoy actora la totalidad de los requisitos jurisprudenciales citados, no sería viable en principio por vía constitucional que el juez de tutela autorizara el suministro de los PAÑALES DESECHABLES, solicitados en el memorial de tutela.

Con todo, huelga anotar que atendiendo que la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO tiene una edad avanzada (100) años, de encontrarse en una situación de vulnerabilidad debido a las enfermedades específicas que padece, lo cual la convierte en un sujeto especial de protección constitucional, como consecuencia, es merecedora de la tutela estatal, esencialmente a que le sean prestados de forma eficiente e ininterrumpida los servicios de salud que amerite. En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional:

*«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 requieran¹».*

Implica ello entonces, que el derecho fundamental a la salud respecto de las personas pertenecientes a la tercera edad, debe ser garantizado en el

¹ T-1060 de 2012, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sentido de que se suministren los medicamentos requeridos, y que se le brinde una atención completa, continua y articulada, en correspondencia con lo exigido por su condición.

A pesar, que no puede obviar esta agencia judicial, que los servicios de suministro de pañales desechables, solicitados a favor de la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO, deben estar sustentados en la experticia, los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que conozca de primera mano sus condiciones, lo anterior en consonancia con el derrotero decantado por la Corte Constitucional en providencia T-760 de 2008 con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinoza referente al diagnóstico del médico tratante:

*«(...) **la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud, es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.** La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio médico relevante es el que de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio...» (Negrilla y subrayado por fuera del original).*

Por lo que se concluye que la necesidad de los implementos en salud pretendidos, sólo pueden ser prescritos por un profesional de la salud, quien es la persona apta y competente para determinar el manejo correspondiente y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional <<no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial>>.

Razón por la cual esta falladora concede el amparo, supeditado a que un grupo médico disciplinario determine la necesidad y pertinencia de las prestaciones materia de esta acción constitucional, por cuanto eventualmente es procedente el suministro de los pañales desechables, siempre y cuando sean autorizados y objeto de estudio, diagnóstico y ordenación por parte de un profesional de la salud, teniendo en cuenta las

condiciones de salud de la señora CARMEN BOSSA DE HERAZO. Se insiste, que es el médico tratante quien tiene la competencia para determinar cuándo un paciente requiere de un procedimiento, tratamiento, medicamento o insumo para promover, proteger o recuperar la salud de un usuario, estimándose entonces que la provisión de los pañales desechables que requiera la tutelante deberá ser materia de estudio por parte del grupo médico interdisciplinario referido, quien también valorará a la señora BOSSA DE HERAZO en aras de determinar el tratamiento que requiere sus patologías, por lo cual será concederá el amparo en ese estrecho y delimitada puntualización.

Indudablemente, la entidad FIDUPREVISORA S.A, será desvinculada en razón que ya no ostenta el encargo fiduciario del pasivo pensional de los trabajadores del Fondo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y en lo que toca con FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA, al acreditar no ser la entidad encargada de prestar los servicios de salud a la accionada, también será desvinculada.

Conforme a lo anteriormente expuesto, EL JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, derecho a las personas de la tercera edad e integridad, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL MAISFEN UT MAISFEN, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a valorar por el médico tratante, la necesidad de los pañales desechables de la demandante CARMEN BOSSA DE HERAZO, así como la necesidad de un tratamiento integral a sus

patologías; y en caso de proceder, se expida de forma inmediata la orden de entrega correspondiente.

TERCERO: DESVINCÚLESE a las entidades FIDUPREVISORA S.A y FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA

CUARTO: Notificar esta providencia por telegrama, oficio o por el medio más expedito posible, a las partes y al Defensor del Pueblo, a más tardar al día siguiente de su expedición.

QUINTO: Cumplidas las tramitaciones de rigor, si no se hubiere impugnado, remítase a la Honorable Corte Constitucional, al día siguiente de su ejecutoria, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZ,

A handwritten signature in black ink on a light-colored, dotted background. The signature is stylized and appears to be 'M.P. Castañeda Borja'. Below the signature is a horizontal line.

MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA