



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

---

Soledad, siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia

Clase de acción: TUTELA

Demandante: ROSA CERVANTES PEREZ

Demandado: SALUD TOTAL EPS.

Radicado: No. 2021-00085-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada SALUD TOTAL E.P.S, contra la sentencia de fecha noviembre (11) de dos mil veinte (2020), por medio de la cual el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Oralidad de Soledad - Atlántico, concedió el amparo a los derechos fundamentales a la SALUD y a la VIDA DIGNA, invocados por la señora ROSA CERVANTES PEREZ a través de apoderado judicial.

### **I. ANTECEDENTES**

La señora ROSA CERVANTES PEREZ, actuando a través de apoderado contra, SALUD TOTAL E.P.S., a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales a la SALUD y a la SEGURIDAD SOCIAL, elevando las siguientes,

#### **I.I. Pretensiones**

*“... Ordenando a la SALUD TOTAL EPS, la entrega de pañales tena slip talla M, que hayan sido ordenadas por el médico tratante para evitar las heridas y escaras en un paciente diabético insulino dependiente que podrían desencadenar la muerte...”*

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

#### **II. Hechos**

Señala que tiene 75 años de edad con un diagnóstico de incontinencia urinaria, Alzheimer, diabetes mellitus insulina dependiente e hipertensión.

Refiere que le fueron formulados pañales por parte de Salud Total de marca CONTENT MEDICAL talla M, los cuales le causaron escaras, heridas y alergias, además no poseer las suficientes características para contener su incontinencia.

Asegura que su médico le formuló crema para tratar las heridas, así mismo le ordenaron PAÑALES TENA SLIP, de lo cual hizo caso omiso la accionada y nuevamente aprobó entrega de pañales de forma genérica.

Asegura que el 2 de septiembre de 2020, presentó ante Salud Total EPS, derecho de petición solicitando entrega de PAÑALES TENA SLIP talla M, siendo negada en respuesta del 3 de septiembre de 2020, generándose un riesgo sus derechos fundamentales a la salud y vida.

### **III. La Sentencia Impugnada**

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad, mediante providencia de noviembre 11 de 2020 tuteló los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA Y SALUD de la accionante al concluir que en efecto se le están vulnerando los derechos fundamentales a la accionante, toda vez que de acuerdo con la patología que padece, requiere el insumo mencionado (PAÑALES TENA talla M – 4 diarios), el cual es necesario para mejorar su calidad de vida, y subsistencia en condiciones dignas y que fue prescrito por el médico tratante; y al revisar los documentos aportados como son las órdenes médicas, se infiere que la accionante requiere dicho insumo médico, en razón de propender por ir paliando sus afecciones, para hacer más llevadera su vida.

### **IV. Impugnación**

La entidad SALUD TOTAL EPS presentó escrito de impugnación y nulidad de la sentencia de primera instancia argumentando que no fueron notificados de la admisión y traslado de la acción constitucional, así mismo sustentan su impugnación, alegando que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante, estando frente a una acción de tutela improcedente que debe ser denegada ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados.

Indica que la accionante Rosa Cervantes Pérez, desde su afiliación ha venido siendo atendida por parte de SALUD TOTAL EPS-S y su red prestadora de servicios para el tratamiento de sus patologías de manera adecuada, oportuna y pertinente, de conformidad a lo que indican las normas y guías de atención; y de acuerdo a lo que determinan sus galenos tratantes.

Manifiesta que la negación estaba basada en una marca específica, en razón a la improcedencia en la autorización y entrega de insumos bajo marca comercial, citando la Resolución 3512 de 2019 que establece en el capítulo de medicamentos aplicable al caso lo siguiente:

*“Artículo 39. prescripción. La prescripción se realizará siempre utilizando la Denominación Común Internacional, exclusivamente. Al paciente se le deberá suministrar cualquiera de los medicamentos (de marca o genéricos), autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), que cumplan las condiciones descritas en este acto administrativo. Parágrafo. En el caso de los medicamentos anticonvulsivantes, anticoagulantes orales y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. Si excepcionalmente fuere necesario, se realizará el ajuste de dosificación y régimen de administración con el monitoreo clínico y paraclínico necesarios”.*

Que no es pertinente ni legal autorizar marcas comerciales sin que exista la evidencia que alguno de estos trámites se ha realizado por parte de los médicos tratantes:

1. Si el médico indica que no ha obtenido los resultados terapéuticos esperados (FALLA TERAPÉUTICA), es el médico tratante debe realizar notificación en línea para farmacovigilancia a través del siguiente Link <http://web.invima.gov.co/portal/faces/index.jsp?id=52642>

*Y debe enviarnos JUNTO A SU SOLICITUD COPIA DE ESTE REPORTE enviado al INVIMA informando que el medicamento e insumo no está dando los resultados esperados. En este caso no se genera la autorización del comercial hasta que el INVIMA de una respuesta al respecto.*

2. Si el médico indica que el paciente ha presentado efectos adversos, el tratante debe enviarnos copia del formato mediante el cual reportó al INVIMA los efectos adversos causados. Trámite de notificación en línea para fármaco vigilancia al Link:<http://web.invima.gov.co/portal/documents/portal/documents/root/PORTAL%20IVC/Farmacovigilancia/Amision%20Foram/FORAM.pdf>

Que así las cosas, a la luz de la normativa nacional legal vigente y en concordancia con los soportes allegados por la accionante NO CONTAMOS CON SOPORTE DE LA REALIZACIÓN DE ESTOS DOS TRAMITES, ni en la historia clínica registran fallas por los insumos que se le han venido prescribiendo y autorizando.

Que en ese orden de ideas y dado que no se cumplen con las condiciones antes descritas se procede a realizar la autorización de los medicamentos en denominación genérica internacional según lo establecido por norma.

#### **V. Pruebas Relevantes allegadas**

- Expediente de tutela de primera instancia y anexos.
- Escrito de Impugnación.
- Autos y oficios proferidos en segunda instancia.

### **VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### **VI.I. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

#### **VI.II. Problema Jurídico**

Deberá establecerse si la Empresa Prestadora de Salud del régimen contributivo accionada, vulnera los derechos fundamentales de la actora al abstenerse de suministrar los pañales desechables de la marca específica ordenada por el médico tratante y para su tratamiento, que requiere el beneficiario de los servicios, argumentando que los mismos no se realizó el trámite correspondiente para su entrega.

- **La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.**

Como es sabido la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

La Corte ha construido con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

*“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante<sup>1</sup>”.*

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio *“requerir con necesidad”*, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era *“requerido”* por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de *“necesidad”* del paciente.

Este criterio de la *necesidad* acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

- **Suministro de pañales, sillas de ruedas y demás elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas.**

La Corte ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que el alto Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo.

Ejemplo de ello, en sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

*“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.*

*En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.*

*Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de*

*aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.*

*Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.*

Igualmente, la Corporación ha estimado que cuando se trate de personas de la tercera edad quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional, el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que requieran con necesidad.

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado.

Sobre este último aspecto esta Corporación ha sido enfática en señalar que:

*“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”.*

En conclusión la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS.

El derecho a la salud comprende entonces la *accesibilidad económica*: esto implica que los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a que el Estado y la sociedad, de forma solidaria, subsidien a las personas con menos recursos económicos, y bajo ese contexto, las entidades de salud deben facilitarles superar las barreras de tipo económico que soportan para acceder a los servicios de salud que requieran.

## **VII. Del Caso Concreto**

De acuerdo con lo manifestado en el libelo de tutela, se solicita el amparo de los derechos fundamentales a la SALUD, a la VIDA DIGNA, de la accionante ROSA CERVANTES PEREZ quien se encuentra afiliada en SALUD a la SALUD TOTAL EPS, y que su médico tratante le autorizo paños desechables TENA TALLA M, en consideración a su estado de salud y a su patología de INCONTINENCIA FECAL Y URINARIA, DERMATITIS DEL PAÑAL.

El Juez de primera instancia concedió la protección constitucional deprecada ordenando a la SALUD TOTAL EPS, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionada, conforme a los argumentos arriba expuestos.

Al respecto cabe anotar, que tras la entrada en vigencia en el país el 17 de febrero de 2015 de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1715 de 2015 dejó de existir, el Plan Obligatorio de Salud (POS), de modo que hacia el futuro, los médicos podrán formular de acuerdo a su autonomía, lo que consideren pertinente para sus pacientes.

Los pañales desechables, al ser necesarios para personas en circunstancias patológicas especiales, deben ser ordenados si de ellos depende, no su subsistencia orgánica o necesariamente la recuperación de su condición física, sino la posibilidad de que el individuo pueda sobrellevar con dignidad su enfermedad y ciertas consecuencias que ella le trae.

Así mismo, ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T- 096 de 2.016, que la obligación de entregar este producto puede ser excepcionalmente generada, incluso sin orden médica, siempre que resulte clara y evidente su necesidad, atendida la situación específica en que la enfermedad pone al individuo.

A juicio de este operador judicial, debe darse en el caso que nos ocupa aplicación al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional antes reseñado, según el cual, cuando se afirma que el suministro de pañales en la población que los requiere está generalmente ligado también al aseguramiento de condiciones mínimas de higiene y de salubridad, que a la vez influyen en el estado de salud del paciente y su bienestar, lo cual redunda una vez más en la posibilidad de tener una subsistencia en condiciones dignas.

En numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012 y T-152 de 2014, la Corte ha resaltado la importancia de los pañales desechables para los pacientes que se encuentran inmovilizados, puesto que protegen su dignidad humana.

Esta posición de la Corte Constitucional 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, y aún en los casos en que carecen de prescripción médica, cuando se ha verificado que los accionantes sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres, dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas y ellos o sus familias no tiene la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo.

En consecuencia, y atendiendo la patología acreditada de incontinencia urinaria, alzhéimer, diabetes mellitus insulina dependiente e hipertensión, resulta desproporcionado y contrario al principio de integralidad en materia de salud, que se

exijan requisitos de carácter administrativo, como lo es el reporte ante el INVIMA por parte del galeno tratante, para que el paciente pueda recibir la asistencia médica requerida, pues dicho trámite no debe afectar la prestación del servicio de salud al paciente, como tampoco la carga administrativa debe recaer sobre este, pues si el médico tratante ordena el tratamiento y el medicamento que requiere el afiliado para su recuperación en salud, este debe ser suministrado tal como fue ordenado sin que existan barreras administrativas y de requerir agotarse tal procedimiento, este deberá realizarlo la entidad de manera interna sin que esto afecte el tratamiento integral del usuario o paciente.

Así las cosas, y teniendo en cuenta además que se trata de una persona de la tercera edad catalogado como sujeto de especial protección constitucional y las patologías arriba descritas, se confirmará el fallo de 1º instancia.

Finalmente, y ante la solicitud de nulidad por indebida notificación, tenemos que en el expediente obra constancia de la notificación vía correo electrónico a la accionada Salud Total el día 30 de octubre de 2020, al igual que por parte del Juzgado de primera instancia a través de providencia del 17 de noviembre de la misma anualidad, resolvió negar la nulidad invocada por los mismos hechos aquí traídos.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha noviembre (11) de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad - Atlco.

**SEGUNDO:** Notificar ésta providencia a las partes, así como al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito y eficaz.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GERMAN RODRIGUEZ PACHECO**

Juez

**Firmado Por:**

**GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO**

**JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-  
ATLANTICO**

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:

**9a680d6cac1896fbd00818eeff5688939bea47f5058ec193fb30b92fde66b203**

Documento generado en 09/04/2021 05:55:35 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**