



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Código 190013103001

SENTENCIA 2ª INSTANCIA N° 012
Veinte (20) abril del dos mil veintiuno (2021)

Ref.: **Acción de Tutela**
Accionante: **Tito Antonio Puliche Luna**
Accionada: **Cosmitet LTDA**
Vinculados: **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y
Fiduciaria La Previsoria S.A.**

Rad: **190014003003-202100135-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, obrando como Juez Constitucional a resolver la impugnación interpuesta por la accionada Cosmitet Ltda., contra la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, el veintitrés de marzo de 2021, dentro de la referenciada acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Derechos fundamentales invocados: a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la igualdad.

1.2. Conducta que presuntamente causa la vulneración: la accionada entidad se ha negado a autorizar la entrega de pañales desechables para adulto marca Tena Pants talla M.

1.3. Medida provisional: ordenar a Cosmitet Ltda. garantizar la entrega de los referidos pañales.

1.4. Pretensiones:

El accionante solicitó al juez de primera instancia que profiriera fallo favorable que protegiera sus deprecados derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenar a la accionada Cosmitet Ltda., autorizar el servicio de salud de manera integral para su diagnóstico de tumor maligno de próstata.

1.5 Fundamentos fácticos.

El promotor de la solicitud de amparo, expuso como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Se encuentra afiliado a Cosmitet Ltda en calidad de beneficiario.
- ✓ Hace mucho tiempo fue diagnosticado con tumor maligno de próstata, padecimiento del que ya fue operado.
- ✓ El pasado dos de marzo tuvo cita de control con el urólogo, quien le ordenó pañales desechables para adulto marca Tena Pants talla M.
- ✓ No obstante lo anterior, Cosmitet Ltda. se ha negado a autorizar su entrega.

1.6 Fundamentos probatorios:

Con el escrito de tutela allegó copia de: (i) documento de identidad; y, (ii) historia clínica con anexos.

2. Trámite de la primera instancia.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, quien mediante auto del nueve de marzo de 2021, la admitió y procedió a correr el respectivo traslado por el término de tres (3) días al representante legal de Cosmitet Ltda., y de los vinculados Fiduprevisora y Fomag, para que manifestaran todo lo que supieran y les constara respecto de los hechos objeto de la acción de tutela. Allí mismo decretó la solicitada medida provisional.

3. Contestación.

3.1 Fiduprevisora.

La coordinadora de tutelas de la dirección de gestión judicial de la Fiduprevisora S.A., como vocera del Fomag, solicitó la desvinculación de su representada, por no estar legitimada en la causa por pasiva, aclarando que la entidad responsable de garantizar el servicio de salud es Cosmitet Ltda.

3.2 Cosmitet Ltda.

La apoderada judicial de dicha entidad argumentó que su defendida es una IPS de carácter privado que se encarga de prestar los servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del Fomag.

Igualmente, destacó que es el Fomag quien tiene la función de prestar los servicios médicos asistenciales a sus afiliados.

Aclaró que Cosmitet no capta dineros de los afiliados, tampoco crea planes de beneficios, coberturas, ni mucho menos determina quién tiene derecho al servicio en calidad de cotizante o beneficiario, funciones que son de resorte exclusivo del Fomag.

Frente a los solicitados pañales, argumentó que estos son exclusiones del plan de beneficios de atención en salud del magisterio.

Solicitó que no se accediera a ninguna de las pretensiones propuestas, en especial a la integralidad en salud, toda vez que una orden en tal sentido podría caer en indeterminaciones e incertidumbres.

4. Actuación del A quo.

Frente al caso, el Juzgado de primera instancia, en la sentencia objeto de la impugnación, decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales del accionante a la salud y a la vida en condiciones de dignidad y, por ello, ordenó a Cosmitet Ltda. que, dentro del término fijado, procediera a garantizar la entrega de los formulados pañales desechables para adulto y, junto con ello, la integralidad en salud, para el actor, todo lo anterior ajustado al criterio del médico tratante y respecto de la patología de tumor maligno de próstata.

5. La impugnación.

La apoderada judicial de Cosmitet Ltda., censuró la decisión de la *a quo* solicitando su revocatoria total, fundándose en los mismos argumentos esgrimidos en su contestación, es decir, alegando que los ordenados pañales son exclusiones del servicio de salud contratado, y solicitando que se mantenga la vinculación de la Fiduprevisora para efectos de recobro de lo no cubierto por el plan de beneficios.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Art. 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer y resolver la segunda instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico.

En el *sub judice*, el Despacho debe determinar si el fallo de primera instancia, que salvaguardó los deprecados derechos fundamentales a favor del actor y ordenó, en consecuencia, la atención integral en salud para el diagnóstico que lo afecta, en especial, los referidos pañales desechables para adulto, se encuentra o no ajustado a derecho.

3. Tesis del Despacho.

Frente al problema jurídico planteado, el Despacho considera que el fallo de primera instancia debe ser confirmado, toda vez que se observa que la *a quo*, para proferir su decisión, tuvo en cuenta las conceptualizaciones de la Corte Constitucional, específicamente, respecto de las personas que padecen enfermedades consideradas como catastróficas, aspecto por el cual pasan a ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en razón de su diagnóstico, por lo que el juez de tutela debe entrar a salvaguardar sus deprecadas garantías fundamentales en pro de su salud y condiciones de vida dignas.

3.1 Sustento jurisprudencial aplicable al caso.

3.1.1 «Las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer merecen una protección constitucional reforzada: Alcance de los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud oncológicos.»

"17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13¹ constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

"Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48 y 49^l de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer. Por esta razón, ha dispuesto que **esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado**, la cual se traduce en el **deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología**. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

"Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)" (Subrayas fuera del original).

"18. Como se observa, una de las reglas decantadas por este Tribunal respecto de **las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no.**

"En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener "todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud".

"Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de

rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental.

"Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) "a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno".

*"19. La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente "se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente". De este modo, **las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas**. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:*

"(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente".

"Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios "que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente". Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado "de

*forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.*¹ (Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto)

4. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico Colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

En el sub examine se verifican cumplidos los aludidos requisitos de procedencia en razón a que se solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la igualdad del actor, se entiende que la vulneración de los mismos es actual y éste no cuenta con mecanismos ordinarios idóneos para su protección, razón por la cual se analizará el caso concreto a fin de determinar si es procedente confirmar los ordenamientos dados por el a quo.

5. Caso Concreto.

En el caso bajo estudio, se tiene que el actor, quien fue diagnosticado con tumor maligno de próstata, acude al juez constitucional debido a que la entidad encargada de prestarle el servicio de salud se ha negado a hacerle entrega de pañales desechables para adulto marca Tena Pants talla M, los cuales fueron formulados por su médico tratante.

¹ Sentencia T-387 de 2018

La vinculada Fiduprevisora solicitó su desvinculación, al considerar que no era la competente para atender los ruegos del accionante.

A su vez, Cosmitet Ltda. argumentó que la razón por la cual no ha accedido a la entrega de los aludidos elementos de aseo radica en que éstos están excluidos del plan de beneficios de atención en salud del magisterio.

La Juez de primer grado, en su fallo, decidió acceder a lo pretendido por el promotor de la acción constitucional, por lo que salvaguardó sus derechos fundamentales y ordenó a Cosmitet Ltda., brindar atención integral en salud al actor, de conformidad al criterio del médico tratante, lo que incluyó los formulados pañales desechables.

Frente a la sentencia proferida en primera instancia, la accionada entidad procedió a su censura, solicitando la revocatoria total de la misma.

Para este Despacho, conforme a la tesis planteada frente al problema jurídico a resolver, lo procedente será confirmar lo decidido por la *a quo*, partiendo del hecho que se encuentra debidamente acreditado que el accionante fue diagnosticado con una enfermedad de las denominadas catastróficas, por lo que es considerado sujeto de especial protección constitucional, tal como en reiteradas ocasiones el Alto Tribunal Constitucional lo ha sostenido.

Entonces, como se evidenció tanto la existencia de un diagnóstico científicamente elaborado por personal idóneo, adscrito a la accionada Cosmitet Ltda., en el cual se plasmó la orden del médico tratante con miras a que se le entregaran pañales desechables para adulto, lo cual, si bien en principio no es considerado como un servicio de salud como tal, lo anterior no obsta para que, en aras de lograr una calidad de vida ajustada a los criterios de dignidad humana, dichos elementos de aseo no puedan ser autorizados y entregados a los afiliados por las entidades administradoras y prestadoras del servicio de salud, como ocurre en el presente asunto, máxime cuando, como ya se dijo, el accionante forma parte de la población que debe recibir una protección constitucional reforzada, en atención a su condición clínica, por lo que la accionada entidad debe desplegar conductas tendientes a brindarle a su afiliado las garantías suficientes para enfrentar una patología que es de suma gravedad, como es el cáncer, frente a la cual el legislador ha previsto un marco normativo especial para que, tanto las EPS como las IPS, actúen de manera expedita y sin interponer barreras administrativas, para así permitirle llevar una vida en las mejores condiciones posibles, razones todas

estas que llevaron a que la juez de primer grado se viera obligada, en cumplimiento de su deber como juez constitucional, a tutelar los invocados derechos fundamentales, concediendo la atención médica integral, incluyendo, claro está, los formulados pañales desechables para adulto.

Se insiste en que los ordenamientos dictados por la *a quo* están sujetos a las prescripciones del facultativo, quien es el profesional idóneo para determinar, no solamente el diagnóstico del paciente, sino también el tratamiento a seguir para atender de la mejor manera el padecimiento de salud que lo afecta, resultando, por lo tanto, necesario que Cosmitet Ltda. acceda a la entrega de los elementos de aseo ya mencionados, en la cantidad y características descritas en la respectiva fórmula médica, pues con ellos se le garantiza al señor Puliche Luna una condición de vida más digna, haciéndole más llevadera su condición de salud, por lo que no son de recibo los argumentos de desacuerdo planteados por Cosmitet frente a la integralidad en salud ordenada, ya que las determinaciones de la juez de primer grado en este aspecto se encuentran limitadas a las padecidas por el actor y el criterio médico, lo que hace específica y determinable la orden de tutela.

En cuanto a la solicitud de Cosmitet, relativa a que se mantenga vinculada a la Fiduprevisora para efectos de recobro de los servicios no cubiertos por el plan de beneficios de atención en salud del magisterio, este Despacho considera innecesario un pronunciamiento en ese sentido, toda vez que dicho trámite es una facultad legal que requiere el agotamiento del trámite administrativo respectivo, y no de un pronunciamiento del Juez de tutela para hacerlo efectivo (Sentencia T-760 de 2008).

Así las cosas, como ya se había anunciado, se confirmará la sentencia de primera instancia, por encontrarla ajustada a la legalidad.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada el veintitrés de marzo del 2021, proferida dentro de la tutela de la referencia, interpuesta por el señor **Tito Antonio Puliche Luna** contra **Cosmitet Ltda.**, que salvaguardó sus invocados

derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, por las razones antes anotadas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO Si este fallo no fuere oportunamente impugnado, **REMÍTASELE** electrónicamente la demanda de tutela, su contestación y de este fallo de primera instancia a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO POPAYAN

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:

0dce216774a072548275f5044abd282ee6f222dea09cc8b6c3ef04d66686
6191

Documento generado en 20/04/2021 04:08:47 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>