

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, Septiembre Veinticinco (25) de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por la accionante **BERTHA JIMÉNEZ ACOSTA** agente oficioso del señor **HENRY ARANGO**, contra el fallo de tutela fechado del nueve (09) de agosto del dos mil veintitrés (2023) proferido por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, dentro de la acción de tutela impetrada contra la FUNDACIÓN AVANZAR FOSCAL, asunto al que se vinculó de oficio a al FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A.

ANTECEDENTES

BERTHA JIMÉNEZ ACOSTA agente oficioso del señor **HENRY ARANGO**, impetra la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital por lo que solicita se ordene a la FUNDACIÓN AVANZAR FOSCAL suministrar de forma efectiva los pañales desechables necesarios y que, en lo sucesivo, sean prescritos por el médico tratante, además de de brindarle la atención integral que requiera para sus afecciones de salud.

Como hechos sustentatorios del petitum señala que en agenciado HENRY ARANGO PINZÓN tiene 59 años de edad, presenta diagnóstico de “*INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA HIPOXEMIA, IVR, NEUMONÍA ADQUIRIDA EN LA COMUNICADA CRB65, DIABETES MELITUS TIPO 2, OBESIDAD*”, paciente con pérdida de capacidad del 100% y requiere de terceros para ejercer actividades de la vida cotidiana y recibe atención médica.

Refiere que desde el 10 de julio de 2021 han solicitado a la entidad pañales desechables comoquiera que se requieren, pero la entidad ha guardado absoluto silencio, razón por la que deben costearlos de forma particular.

Afirma que se sostienen de la pensión, pagan servicios públicos, alimentación, gastos escolares de su hijo menor de edad y los pañales hacen parte de la atención integral a que tiene derecho.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha veintisiete (27) de Julio del dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, dispuso admitir la presente acción tutelar en contra de la FUNDACIÓN AVANZAR FOSCAL, y ordenó la vinculación oficiosa del FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y DE LOS VINCULADOS

La FUNDACIÓN AVANZAR FOS y la FIDUPREVISORA S.A. contestaron dentro del término de Ley la acción constitucional de las que se les corrió traslado, por su parte el FOMAG guardó silencio respecto de la acción de tutela que no ocupa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del nueve (09) de agosto del dos mil veintitrés (2023) el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, resolvió NEGAR la acción de tutela promovida por BERTHA JIMÉNEZ ACOSTA como agente oficioso de HENRY ARANGO contra FUNDACIÓN AVANZAR FOS toda vez que el a quo considera que:

“En consecuencia, si bien la jurisprudencia constitucional ha determinado la posibilidad que inclusive, ante la no favorabilidad o prescripción de ciertos servicios de salud por el médico tratante disponer su autorización, lo cierto es que, pese a que las pruebas obrantes en el informativo muestran las condiciones de salud de HENRY ARANGO PINZÓN, dado que se incumple con uno de los requisitos señalados por la Corte Constitucional para la procedencia vía constitucional de este insumo, esto es, que el servicio haya sido prescrito por el médico tratante, aunado al hecho de que no puede el juez de tutela arrogarse la atribución de dilucidar ese tópico, dado que carece de los conocimientos científicos que se lo permitan.

De manera que, no cuenta el despacho con elementos que permitan acreditar vulneración alguna por la parte accionante, pues la entidad no ha negado la atención para las afecciones de salud que aqueja a HENRY ARANGO PINZÓN y para promover la acción de tutela no basta que el promotor del amparo afirme que se requiera el servicios, pues la acción de tutela no es un mecanismo que proceda

de modo automático por la sola manifestación de la parte y, en el caso concreto, se repite, no obra concepto del médico tratante que prescriba los pañales desechables aquí reclamados”

IMPUGNACIÓN

La señora **BERTHA JIMÉNEZ ACOSTA** agente oficioso del señor **HENRY ARANGO**, manifestó su inconformidad frente a la decisión adoptada en el trámite de primera instancia por lo que impugnó el fallo proferido sustentándose en los siguientes argumentos:

Que si bien no existe autorización medica por parte del medico tratante, en donde se ordena detalladamente la cantidad de pañales que se deben suministrar por parte de la EPS al paciente, la Corte Constitucional en su sentencia SU508/20 indico lo siguiente:

“AUSENCIA DE PRESCRIPCION MEDICA Y DERECHO AL DIAGNOSTICO Es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de formula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.”

Lo anterior, demuestra que no es necesario de fórmula médica para que se ordene el suministro de TECNOLOGIAS O SERVICIOS, en este caso en concreto para que se ordene la entrega de PAÑALES DESECHABLES, en base del diagnóstico ya conocido por su despacho, lo cual configura un hecho notorio.

Hecho notorio que vulnera mi derecho fundamental a la Dignidad Humana Consagrado en la Constitución Política de Colombia en el art 1.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación del accionante resulta evidente frente a los derechos que se dice vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-

2. Por ser considerado un servicio público, es inherente a la finalidad social del Estado el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional -Art. 365 de la C.N.-

3. Bien, la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicio público, se presta bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, directamente por el estado, o por entidades privadas, sobre las cuales ejercerá vigilancia y control, debiendo garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, Art. 49 C.N.

3.1. Sobre el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T 410 de 2010, ha dicho que:

“Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios [de salud] que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad”. (subrayado fuera de texto.)

Así mismo, ha señalado La Corte Constitucional que *“se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, 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”* En tal sentido, en la Sentencia T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) se sostuvo: *“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.”*

3.2. La Corte Constitucional, ha reiterado que se vulnera el derecho fundamental a la salud de las personas, cuando se les niega un medicamento o procedimiento excluido del PBS, que se requiere con necesidad, dado que las personas tienen derecho a que se les garantice el acceso seguro a todos los servicios en salud por parte de las entidades que fueron creadas para tal fin, junto con los planes obligatorios que éstas presenten a sus afiliados o beneficiarios.

4. Los servicios de salud incluidos, o no en el PBS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así, de la condición de *fundamentabilidad* del derecho a la salud, se deriva qué, las personas tienen derecho a que se les preste de forma integral los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios puede hacer parte, o no del PBS.

Así, con relación a los servicios no incluidos dentro del citado esquema, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha depurado los criterios de acceso a los mismos y ha dicho: “Respecto de los servicios no incluidos dentro del PBS, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas de interpretación aplicables para conceder en sede judicial la autorización de un servicio no incluido en el PBS:“(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) **con necesidad 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”¹ (subrayado y negrilla fuera de texto original).

Siguiendo el procedimiento dispuesto en sentencia T-760 del 2008:

“Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la E.P.S.: En especial, toda persona tiene derecho a que su E.P.S. autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante. Una E.P.S. irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio con base en el argumento de que el paciente no le ha presentado la solicitud al C.T.C. El médico tratante tiene la carga de iniciar el correspondiente trámite”. Procedimiento anterior que hoy recibe el nombre de MIPRES.

5. Frente al suministro de pañales la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-552 de 2017 señaló que:

*“La jurisprudencia ha señalado que aun cuando los pañales desechables no son un remedio para revertir esta situación causada por la enfermedad o la condición de discapacidad, **sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia**. Al respecto, la Corte ha llegado a considerar que **negarse a suministrar pañales** a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, **implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional**.*

¹ Sentencia T-032 de 2018.

Por esta razón aunque los pañales desechables no se consideran propiamente servicios de salud, pues no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez de tutela a aplicar los mismos criterios para el acceso a servicios de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud cuando se trata de la solicitud de pañales desechables. Así, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional han concluido que una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) 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.

6. Sin embargo, y teniendo como fundamento las consideraciones previamente expuestas, al momento de descender al caso que nos ocupa y en particular, con relación a los **PAÑALES DESECHABLES** que se deprecian por medio del presente mecanismo, observa este Despacho que a pesar de que el agenciado padece una serie de complicaciones de salud tales y como lo son “*INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA HIPOXEMIA, IVR, NEUMONÍA ADQUIRIDA EN LA COMUNIDAD CRB65, CASO CONFIRMADO DE COVID 19, DIABETES MELITUS TIPO 2 Y OBESIDAD*” y que según consta en el formato estandarizado de referencia de pacientes, se ha solicitado el suministro de estos dada la incontinencia urinaria que refiere la agente oficiosa, hasta el momento no obran dentro del plenario una orden medica que le permita impartir a esta judicatura una orden en favor del actor en cuento a las pretensiones que allega a este despacho.

6.1. De manera que no puede esta célula judicial aseverar que la aparente falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; o que el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio dado a que son funciones propias del personal de la salud que con su criterio y experticia puede determinar las necesidades especiales que demanda el paciente, así como establecer características, cantidad y dosificación de los insumos.

De otro lado, tampoco logra acreditarse que el interesado no puede directamente costearlo, o que el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

6.2. Puestas así las cosas, este Despacho Judicial procederá a confirmar la decisión adoptada en el trámite de primera instancia puesto que como acertadamente lo consideró, esta judicatura no pudo evidenciar que se hubiere negado la atención a las afecciones de salud que aquejan al agenciado HENRY ARANGO PINZÓN además de que no basta con que se afirme que se requieren el servicios por la sola manifestación de la parte, sino que debe además estar acompañada de un concepto del médico tratante que prescriba los pañales desechables aquí reclamados.

Por lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha Nueve (09) de Agosto de dos mil veintitrés (2023) proferido por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada por **BERTHA JIMÉNEZ ACOSTA** agente oficioso del señor **HENRY ARANGO** contra FUNDACIÓN AVANZAR FOSCAL, asunto al que se vinculó de oficio a al FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A., por lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado

TERCERO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CESAR TULIO MARTÍNEZ CENTENO
Juez

Firmado Por:
Cesar Tulio Martinez Centeno
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Barrancabermeja - Santander

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: **ee6338c09b88748359acf4ff1bd58e3c540cdd5556513b8545e0a5393a8b63fc**

Documento generado en 25/09/2023 04:00:50 PM

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