

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO**  
**Buenaventura, Valle del Cauca**, septiembre veintiocho (28) de dos mil  
veintidós (2.022)

**SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 060**

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-41-89-002-2022-00151-00 76-109-31-03-003-2022-00101-01
ACCIONANTE:	FRANCISCO AZAEL HURTADO HURTADO
AGENTE OFICIOSA:	ARACELY HURTADO CAICEDO
ACCIONADO:	COSMITET LTDA
DERECHO:	DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA, SALUD, INTEGRIDAD FÍSICA Y DIGNIDAD HUMANA

**MOTIVO DE LA DECISIÓN:**

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 074 del veinticinco (25) de agosto dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura –Valle Del Cauca.

**I. ANTECEDENTES**

**A. La petición**

La señora ARACELY HURTADO CAICEDO identificada con la cédula N° 38.473.638 de Buenaventura-Valle del Cauca, actuando como agente oficioso de su padre FRANCISCO AZAEL HURTADO identificado con la cédula de ciudadanía N° 6155988 de Dagua-Valle acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA, SALUD, INTEGRIDAD FÍSICA Y DIGNIDAD HUMANA, con

fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, que consideró vulnerado por las entidades accionadas.

## **B. Los hechos**

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

La agente oficiosa del accionante manifiesta que a su padre por su estado de salud la Dra. Karina Isabel Perez Gamero Internista le ordenó pañales desechables por su incontinencia urinaria de acuerdo al estado de postración del paciente, siendo negada por COSMITET LTDA.

## **C. El desarrollo de la acción.**

Por auto interlocutorio No. 599 del dieciséis (16) de agosto del año 2022, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de las entidades accionadas y se ordenó notificación, concediéndole el término de dos (02) días, para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer. Igualmente ordenó vincular al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.

## **RESPUESTA ENTIDAD ACCIONADA**

**COSMITET LTDA**, pese a lo manifestado por el juzgado de conocimiento, en el folio 33 de la respuesta allegada por el FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se evidencia contestación de tutela, en la cual asegura que los pañales desechables pese a ser implementos de buena higiene física no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud o tienen homologación a otros medicamentos ni infieren tratamiento al paciente.

Por lo anterior solicitan no acceder a las pretensiones del accionante, de manera subsidiario solicitan poder recobra al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que este a su vez pueda recobra los gastos al ADRES.

## **RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS**

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – (ADRES)**, a través de apoderado judicial solicito negar el amparo reclamado en lo que tiene que ver con esa Administradora pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor y en consecuencia desvincularlos del trámite de la presente acción de tutela.

Aunado a lo anterior, informan que es función de la EPS y no del ADRES brindar los servicios de salud a sus afiliados, y este último ni siquiera tiene facultades de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, configurándose así falta de legitimación en la causa por pasiva, adicional a esto según la Resolución 205 de 2020, los servicios de salud que antes eran objeto de recobro ante la ADRES ahora están a cargo de las EPS, esto quiere decir que los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios de salud a la EPS y con esos recursos deben suministrar los servicios no incluidos en el PBS.

Teniendo en cuenta lo anterior solicitan que sean desvinculados del trámite tutelar.

**FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, a través del jefe de la Oficina Asesoría Jurídica manifiesta que el accionante se encuentra afiliado al FONDO como PENSIONADO SUSTITUTO de la EXTINTA FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA desde el 01/11/1998 recibiendo tratamiento médico en el punto de atención de Buenaventura.

Señalan que al tener conocimiento de la acción de tutela requirieron inmediatamente a la IPS COSMITET para que rindieran informe, en el cual la IPS asegura que los pañales desechables no hacen parte del manejo directo de la recuperación y rehabilitación, encontrándose como una exclusión dentro del plan de beneficios suscrito entre las entidades.

Añaden que teniendo en cuenta el principio de solidaridad familiar, la familia del accionante vendría a responder por el tratamiento en caso de no contar con los recursos por sí mismo, precisando que el accionante tiene un IBC de \$1.837.572 pesos, situación que le permitiría sufragar los insumos solicitados.

Por lo anterior solicitan ser desvinculados del trámite de tutela y que en su lugar siga el proceso contra IPS COSMITET por ser la directa responsable de prestar los servicios de salud a los usuarios en Buenaventura, además que se deniegue por improcedente y se archive la acción constitucional por considerar que no han vulnerado derecho fundamental alguno.

Finalmente solicitan que sea condena la IPS COSMITET, o en caso de ser el FONDO condenado le habiliten para iniciar las acciones de recobro ante el ADRES.

#### **D. La sentencia impugnada**

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación se le tutelaron los derechos fundamentales A LA SALUD Y VIDA DIGNA invocados el accionante, argumentando el despacho que si bien es cierto, que las entidades de salud pueden restringir el suministro de insumos y ayudas terapéuticas que se encuentren excluidos del PBS, esa disposición no es

absoluta, siendo que en el caso concreto el accionante cumple con los requisitos jurisprudenciales para que le sea suministrado un insumo que no hace parte del manejo directo de la recuperación, que sin embargo, si afecta de manera decisiva sus dimensiones físicas y mentales.

Por los motivos anteriormente expuestos ordena a COSMITET LTDA que dentro del término de 48 horas se proceda a autorizar y entregar “PAÑAL CONTENT MEDICAL TALLA L PX30” en la forma y cantidades indicadas en la fórmula médica.

Inconforme con la decisión, la entidad accionada COSMITET LTDA, por medio de escrito de impugnación reiteran su posición respecto a la exclusión de los pañales desechables del Plan de Salud suscrito con el FONDO por lo cual solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, adicional a esto pretender que se ordene expresamente el recobro de dichos costos al FONDO y este a su vez al ADRES.

## II. CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.<sup>1</sup>

En el particular el derecho a la salud tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

Añadido a lo anterior, respecto a la facultad de exigir el derecho fundamental a la salud por vía de tutela, ha dicho la Corte en la sentencia T-014 de 2017:

*Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

<sup>2</sup> sentencia T-014 de 2017 MP GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

En el caso de los pañales desechables como insumo médico, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*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<sup>3</sup>*

Ampliando lo anterior, el máximo tribunal constitucional a través de su jurisprudencia señala que:

*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<sup>4</sup>*

Además de lo anterior la Corte ha reconocido la relevancia del derecho a la salud cuando se estén tutelando derechos de personas pertenecientes a los grupos de especial protección constitucional en especial el de adultos mayores o personas de la tercera edad, en el sentido que “El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”<sup>5</sup>

Descendiendo al caso en estudio, el accionante pertenece al grupo de sujetos de especial protección constitucional, cuenta con aproximadamente 76 años de edad, solicitando por intermedio de agente oficiosa la entrega de pañales ordenados por el médico tratante y denegados por la EPS por encontrarse excluidos del PBS.

Como se manifestó párrafos anteriores, si bien la parte accionada tiene razón en su impugnación en el entendido que los insumos de pañales desechables se encuentran por fuera de la cobertura del contrato suscrito entre

---

<sup>3</sup> Sentencia T-552/17. M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

<sup>4</sup> Sentencia T-023 de 2013 MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

<sup>5</sup> Sentencia T-111/03 MP MARCO GERARDO MONROY CABRA

COSMITET LTDA y el FONDO DE PASIVO SOCIAL, no menos importante es que estos insumos en particular benefician la vida cotidiana del accionante, directamente incidiendo en su dignidad como persona adulta mayor que goza de una especial protección constitucional.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y como quiera que no existe una razón justificada para que a la accionante no se le haya efectuado la entrega del insumo, para conllevar su delicado estado de salud debido a la patología que padece y que se encuentra registrada en su historial clínico, además de tratarse de un adulto mayor, quien además es un sujeto de especial protección constitucional, era necesario amparar el derecho fundamental a la salud de la accionante, tal y como lo ordeno el a-quo.

Por último, frente a la solicitud de ordenar el recobro ante el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, este Despacho tiene la necesidad de cambiar su criterio de ordenarlo por medio de providencia judicial, en el entendido que el recobro, al tener un origen legal y reglamentario, la sentencia de tutela no es el mecanismo apropiado que lo faculte para realizarlo.

En efecto, la Corte Constitucional, ha venido destacando que:

“(…) el fundamento del recobro de una entidad ante el FOSYGA no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentación legal. No obstante, como forma de protección y para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, el legislador introdujo en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 la regla de recobro parcial, según la cual, el FOSYGA no puede pagar a una EPS que tramitó inadecuadamente la solicitud de un usuario para acceder a un servicio de salud, más del 50% del monto a que la misma tenga derecho a repetir por haber incurrido en costos que no le correspondía asumir. Así, teniendo en cuenta la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de la presente tutela, y con el objeto de alcanzar el fin originalmente propuesto por el legislador, la Sala aplicará dicha regla al caso concreto.”<sup>6</sup>

Antes de la derogatoria del Literal “j” del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el Juez Constitucional se pronunciaba sobre el recobro facultando efectuarlo en la cuantía correspondiente. Sin embargo, con la nueva legislación, ordenar por vía de tutela la prestación de un servicio de salud, ya no genera como consecuencia la restricción en el recobro; de esta forma el Juez Constitucional ya no es el que debe pronunciarse sobre este tema y las EPS`S son las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso.

---

<sup>6</sup> Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Por tal razón no es necesario emitir un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se confirmará la decisión que en tal sentido se adoptó en el fallo que se revisa.

Por lo dicho encuentra este despacho pertinente proceder con la confirmación de la sentencia No 074 del veinticinco (25) de agosto dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura –Valle Del Cauca.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE:**

**Primero: CONFIRMAR** la sentencia No 074 del veinticinco (25) de agosto dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura –Valle Del Cauca., conforme a lo aquí expuesto.

**Segundo: Notifíquese** a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

**Tercero: ENVIÉSE** a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

**NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.**

**(Firma Electrónica)**  
**ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN**  
**JUEZ**

Firmado Por:  
Erick Wilmar Herreño Pinzon  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Civil 003

**Buenaventura - Valle Del Cauca**

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: **4d9eb72bb594e4f39ebfba507720dc8e59d8ea7cd7a133da362a3b59894a2d3f**

Documento generado en 29/09/2022 01:12:19 AM

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