

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca, noviembre veintitrés (23) de dos mil
veintidós (2.022)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 75

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-40-03-001-2022-00211-00 76-109-31-03-003-2022-00132-01
ACCIONANTE:	HUMBERTO GIRON CUERO
AGENTE OFICIOSO:	HENRY GIRON MONTAÑO
ACCIONADO:	COSMITET LTDA
DERECHO:	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA DIGNA

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 077 del treinta y uno (31) de octubre dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura –Valle Del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

El señor HENRY GIRON MONTAÑO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 16.489.778 de Buenaventura-Valle actuando como agente oficioso de su padre HUMBERTO GIRON CUERO identificado con la cédula de ciudadanía N° 6.155.107 de Buenaventura-Valle, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA DIGNA, 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:

El agente oficioso del accionante manifiesta que su padre tiene 78 años y está diagnosticado con: “1-Hipertensión Arterial 2- Hipotiroidismo 3- Dislipidemia 4- Enfermedad de Parkinson 5- Glaucoma Angulo abierto en tratamiento farmacológico Actual 1.- Acido Acetil Salicilico 81 MG Tableta 1/día, 2- Entacapona/Levodora/ Carbidora Monohid 1/día 3.-Irbesartan + Amlodipino 150MG/5MG Table C/12 Horas 4.- Polietilenglicol + Propilenglicol 0.3 %/0 1Frasco/mes 5- Atorvastatina 40mg Tableta 1/día 6.- Bisacodilo Retard 5mg Tableta 1/día 7-Clozapina 25 MG Tableta 2/ día 8- Hidroclorotiazida 25 MG Tableta 1/día 9- Latanoprost 0.05 MG Solución Oftálmica 1 Frasco/Mes 10-Tinolol Maleato 0.5% Solución Oftálmica 1 Frasco, refiere familiar que desde hace 15 días presenta astenia adinamia, mirada fija, rigidez generalizada. Antes de esto 15 días familiar manifiesta que hablaba con ellos y fijaba la mirada. Manifiesta escalofríos Antes caminaba con el caminador, ahora en silla de ruedas, orina fuerte muy concentrada, valorado por psiquiatra por DX: Trastorno delirante orgánico o Psicosis orgánica. Trastorno cognitivo asociado. Tto con clozapina por las noches indica VX por neurología para ajuste de levadura, Lab Julio 2.022 Chleuc 4 910 Hb: 11.8 Hto:39% Plaq:321.000 Ferritina 250 AC Folic: 7:36 Vit B12.767 Vit D 25 Hidroxi 25 Folcio: 595 Ecott Junio 2022: Cardiopatía Valvular con remodelación concentrada Del VI con Fs Reservada Fe:70% Disfunción Diastólica Indeterminada, Vd Tamaño Normal, Aumento leve de Al, Esclerosis Mitral con insuf leve. Insuf Tricuspidea leve con baja probabilidad de HTP SVPA 120/80 FC 74xMin RsCsRsin soplos, Pulm: Ventilados sin agregados, abdomen: blando extrem sin edema, SNC: Respuesta Verbal escasa Temblor y Rigidez en extremidades, movilidad en silla de ruedas, análisis: Adulto mayor con cuadro Neurodegenerativo avanzado, ahora con mayor compromiso neurológico, mas dependencia de familiares con rigidez y espasticidad global, se aumenta dosis de levodopacarbido A 1 Tab cada 12 horas. Levomepromazina 4 gotas en la noche por agitación/insomnio. Se solicitan estudios metabólicos e infecciosos para descartar esta causa como descompensación actual, VX Prioritaria con Neurología, cita con Reportes en 1 mes prioritaria; debido a estos diagnósticos le formulan, 1. Guantes Examen, talla M CX 100 1Unidad (Caja x 1 Protex S.A.) 2 PAÑALES DESECHABLES, TIPO CONTENT MEDICAL talla L x 30, TRES (3) diarios, cantidad 90 por mes, 270 pañales trimestrales 3. Pañitos húmedos, Marca Winny 100 Unidades (1 caja)”

Señala que, al presentar la fórmula en la farmacia Institucional de la IPS COSMITET LTDA, prestadora del servicio integral de salud, en su calidad de Contratista, se la NIEGA, aduciendo EXCLUSIÓN en el plan de beneficios, agregando que no cuenta con los recursos para realizar la compra continua de estos implementos.

Por lo anterior, solicita que se le ordene a la IPS COSMITET LTDA el suministro de los guantes, pañales desechables content talla L cantidad 90 pañales mensuales, 270 trimestrales.

C. El desarrollo de la acción.

Por auto interlocutorio No. 900 del dieciocho (18) de octubre del año 2022, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de las entidades accionadas y se ordenó notificación, concediéndole el término de tres (03) 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.

RESPUESTA ENTIDAD ACCIONADA

COSMITET LTDA, a través de apoderada judicial manifiesta que prestan los servicios de salud a los afiliados al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DE COLOMBIA por contrato suscrito el 29 de septiembre de 2020, por lo cual no están bajo la figura de EPS sino que se rigen como una IPS.

Sobre la acción de tutela informan que el accionante fue valorado el 8 de septiembre de 2022 por el Dr. Carmelo Jose Lozano quien ordenó pañales desechables, pero estos insumos se encuentran contemplados como una exclusión dentro del PBS en el punto 4.25.1: *“4.25 Exclusiones: 4.25.1. Plan de Atención Convencional Ferrocarriles y Puertos: “(...) Son exclusiones para los servicios de salud de los usuarios de PAC •Pañales desechables”*. Por lo anterior aseguran que los pañales desechables no hacen parte del PBS o tienen homologación a otros medicamentos ni infieren tratamiento al paciente.

Respecto a la capacidad económica del accionante manifiestan que pese a no tener conocimiento de su IBC logran probar que es propietario de un bien inmueble.

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

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a través del jefe de la Oficina Asesoría Jurídica manifiesta que la accionante se encuentra afiliada al FONDO como PENSIONADO POR JUBILACIÓN de desde el 01/01/1998 recibiendo tratamiento médico en el punto de atención de COSMITET LTDA en 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 \$4.336.336 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, ordenando a COSMITET LTDA que dentro del término de 02 días se proceda a autorizar y entregar “pañales desechables talla L marca Contet, 3 pañales diarios, 90 pañales al mes –permanentes, Guantes Examen talla M, Pañitos húmedos marca Winny, Crema antipañales en la cantidad prescritos por su médico tratante” 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.¹

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:

¹ 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.

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 salud²

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 solicitándolo³

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 constitucional⁴

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

² sentencia T-014 de 2017 MP GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

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

⁴ Sentencia T-023 de 2013 MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

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”⁵

Descendiendo al caso en estudio, el accionante HUMBERTO GIRON CUERO por sus condiciones especiales de salud, solicita por intermedio de agente oficioso la entrega de pañales ordenados por el médico tratante y denegados por la EPS por encontrarse excluidos del PBS.

Como se manifestó párrafos anteriores, en el entendido que los insumos de pañales desechables se encuentran por fuera de la cobertura del contrato suscrito entre 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.

Aunado a lo anterior, si bien el tratamiento requerido es una exclusión directa al PBS, se puede citar la Corte en el entendido que:

(...) esa reglamentación no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, omiten el suministro de medicamentos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud.

*Frente a tales situaciones, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye tales medicamentos, **cuando se cumplan las siguientes condiciones:** primera, que la exclusión amenace realmente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema; segunda, que el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad y que sea previsto por el P.O.S.; tercera, que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento y cuarta, que él haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S ⁶*

Para el presente caso, es evidente que la no entrega de los insumos y medicamentos solicitados afecta el derecho a la vida en condiciones dignas del accionante, en el modo, forma y tipo que requiere el paciente, conforme la prescripción médica.

Por último, frente a la solicitud de recobro ante el Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, este Despacho tiene la necesidad de cambiar su criterio en el entendido que el recobro, al tener un origen legal y reglamentario, no es el Juzgado a través de la sentencia, la entidad de ordenar su recobro, pues ya cuentan con el mecanismo apropiado que los faculden para realizarlo.

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

⁶ Sentencia T-378 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño

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.”⁷

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.

Por lo dicho encuentra este despacho pertinente proceder con la confirmación de la sentencia No. 077 del treinta y uno (31) de octubre dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal 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. 077 del treinta y uno (31) de octubre dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal 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).

⁷ Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. María Victoria Calle Correa

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: **e971bb1e0ae588ba6e7bf8b1325f5543df6e713557857e567e2a0f33e0e4cf14**

Documento generado en 23/11/2022 04:18:44 PM

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