



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**  
**JUZGADO TERCERO PROMISCO MU MUNICIPAL DE MAGANGUÉ**

**Sentencia N° 091**

**Rad.: 13 - 430 – 40 – 89 – 003 – 2020 – 00203– 00**

Magangué, Bolívar, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**1. ANTECEDENTES**

MARIA ESTHER BARREIRO LUNA, obrando en calidad de agente oficiosa de la señora ANA LUNA DE BARREIRO, instaure acción de tutela contra COMFAMILIAR BOLÍVAR EPS-S, para que le sean protegidos los derechos fundamentales salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición, los cuales estima vulnerado por los hechos que a continuación se sintetizan:

- Relata la agente oficiosa que su madre la señora ANA LUNA DE BARREIRO es una paciente de 91 años de edad diagnosticada con Alzheimer.
- Que actualmente tiene a su cargo sus cuidados, que dichos términos de la Ley 1251 del 2008 tanto su madre como ella son persona de la tercera edad por tener 63 años.
- Que su señora madre es una paciente que no se moviliza sola, usa pañales, y toca ser movida en silla de rueda o cargada para ser llevada al baño, adicionalmente toca darle la comida en la boca y suplemento alimenticios.
- Que su médico tratante el 03/09/2020, le ordenó servicio de enfermería en casa por 12 horas diarias durante 6 meses, visita médica domiciliaria 2 veces al mes por 6 meses, pañales desechables talla I colocar 3 veces al día, tal como se evidencia en la orden médica No. AD909253
- Que el día del 14 de agosto de 2020 se solicitó la expedición de las autorizaciones conforme a las ordenes médicas ante Comfamiliar Bolívar EPS-S
- Que con autorización No. 1343000082854 negaron el servicio de auxiliar de enfermería, pañales desechables, entre otros-
- Que acudió jurisdicción especial de la delegación de la Superintendencia de Salud con radicado No. J-2020-0232 quien protegió parcialmente los derechos de su madre con una orden judicial de tres meses con otra autorización, una vez vencido este término Comfamiliar Bolívar EPS-Sha incumplido los diversos requerimientos.
- Que Adicionalmente solicite inicio apertura de incidente de desacato por incumpliendo de la orden J-2020-0232 el cual fue cerrado con auto A2020-001722 del 31 de Julio de 2020, teniendo en cuenta que COMFAMILIAR alego cumplir con el cumplimiento de los tres meses.
- Que desde el mes julio a su madre no se le ha dado continuidad al servicio domiciliario de enfermería por 12 horas, no se le han entregado pañales ni su suplemento alimenticio, existiendo una nueva orden médica por 6 meses. Y la Supersalud tampoco ha dado respuesta.
- Que el 26 de agosto requirió nuevamente a la superintendencia y hasta la fecha no ha dado cumplimiento a los diez días para volver a decidir dicho

incidente, por cuanto, el fallo no fue integral ya que solo cubrió una orden de tres meses, pero el médico tratante ordeno dar continuidad a su tratamiento.

- Que es un adulto mayor, tiene 63 años de edad y es quien tengo a su cargo el cuidado permanente de su señora madre sin ayuda de nadie.

## **2. PRETENSIONES**

Con base en los anteriores hechos, el accionante solicita se ampare sus derechos fundamentales salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición, y como consecuencia de ello se ordene a la COMFAMILIAR BOLÍVAR EPS-S, el suministro de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias los pañales talla L desechables y el suministro suplemento con Ensure liquido 237 ml botella TAL y como lo ordena el médico tratante.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2020 y se requirió al representante legal de COMFAMILIAR BOLÍVAR EPS-S, para que rindiera un informe pormenorizado sobre los hechos que dieron origen a la presente acción.

La entidad accionada a pesar de encontrarse debidamente notificada, no rindió el informe solicitado por el despacho dentro del término concedido.

## **4. PRUEBAS**

### **4.1. Aportadas por la parte accionante**

- Petición del 13 de agosto de 2020, con fecha de recibido del 14 de agosto de 2020
- Historia clínica AD909253 de 12-08-2020 de Ana Luna de Barreiro donde se determina que es una paciente con Alzheimer
- Orden médica AD909253 de 12-08-2020 donde se ordena pañales desechables, servicio de enfermería en casa 12 horas diarias durante 6 meses – visita domiciliaria al mes por seis meses.
- Mipre no. 20200812191022042445 de pañales talla I
- Copia de la cedula de ciudadanía de ana luna de barreiro
- Evolución nutricional
- Prescripción de suplemento alimentario
- Autorización 1343000082854 que responde las anteriores peticiones
- Mipre con recibido 27 de julio de 2020 de sumplento ensure
- Auto A2020-017722 que da por terminado el expediente j -2020-0232
- Envió de solicitud de apertura de incidente del 26 de agosto de 2020 – sin respuesta alguna
- Copia de la cedula de ciudadanía de Maria Esther Barreiro Luna.

## **5. CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia**

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué es competente para conocer del presente trámite de tutela en ejercicio de sus competencias constitucionales y

legales, en particular las contenidas en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991.

## 5.2. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente caso, ¿Si Comfamiliar Bolívar EPS-S vulnera o amenaza los derechos fundamentales salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición, de la señora ANA LUNA DE BARREIRO, en su condición de adulto mayor, al no prestarle el servicio de “Home Care” pañales, y ensure liquido ordenado por el médico tratante?

Con el objeto de resolver el cuestionamiento planteado, esta casa judicial abordará los siguientes temas: (i) la agencia oficiosa; (ii) la salud como derecho fundamental; (iii) Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia; (iv) el principio de integralidad predicable del derecho a la salud y los casos en los que procede la orden de tratamiento integral; (v) los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (vi) los requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y (vii) análisis del caso en concreto.

### 5.2.1. La agencia oficiosa<sup>1</sup>.

El artículo 86 de la Constitución consagra que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para solicitar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 expone:

*“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*

*También, se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*

*También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.* (Subraya fuera del texto).

Entonces, si una persona considera que sus garantías constitucionales fueron vulneradas puede ejercerse la acción de tutela: (i) por sí misma, (ii) a través de un representante, (iii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, o (iv) mediante la agencia oficiosa, siempre y cuando la persona no se encuentre en condiciones para actuar directamente .

En relación con la agencia oficiosa la Corte ha señalado que resulta procedente que un tercero interponga acción de tutela en nombre de otra persona cuando ella no

---

<sup>1</sup> Sentencia T-609/15

puede ejercerla directamente, situación que se debe manifestar en la demanda de amparo. Con base en ello la Corte ha reiterado los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, a saber:

*“(i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”.*

Como puede notarse, en materia de tutela no se pueden agenciar derechos ajenos cuando no se comprueba la imposibilidad del titular de los mismos para ejercer su propia defensa bajo el entendido de que solo este puede disponer de sus derechos y propender su protección a través del amparo. Esto con el objeto de evitar que cualquier persona, bajo el pretexto de la protección de los derechos de otro, pueda lucrarse al ver satisfechos sus propios intereses u obtener decisiones que contraríen la voluntad del individuo cuyos derechos se dicen agenciar, ya que “[e]l sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan”.

La jurisprudencia de este Tribunal ha permitido que los padres, los hijos, los hermanos, los cónyuges, los compañeros o el cuñado, entre otros sujetos, puedan agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud para garantizar su vida o integridad personal, presumiendo la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de alguna enfermedad catastrófica. Sobre el particular ha señalado:

*“Se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona”.*

Si bien es cierto que en algunos casos la Corte ha permitido agenciar oficiosamente el derecho de una persona que requiere un servicio de salud, presumiendo la imposibilidad de aquella para promover su propia defensa con ocasión a una enfermedad catastrófica, también lo es que en el expediente debe existir prueba que acredite el delicado estado de salud que soporta el paciente y que implique la existencia de una incapacidad física o mental que le impida presentar por sí misma la acción de tutela.

3.4. En ese orden, este Tribunal ha indicado que no basta con la sola manifestación de que se actúa como agente oficioso para finalizar la actividad procedimental, ya que deberá acreditarse unos requisitos procesales so pena de invalidar su actuación.

Se tiene entonces que los agentes oficiosos pierden la calidad de tal cuando la persona que está imposibilitada para presentar el amparo de tutela (i) no demuestra su incapacidad o (ii) no ratifica lo actuado por el agente oficioso. Así que al perder la vigencia la actuación procesal del agente la tutela no puede continuar con su trámite puesto que se está incurriendo en indebida legitimación en la causa por activa.

### 5.2.2. La salud como derecho fundamental<sup>2</sup>.

La Carta Política, en su artículo 48, señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, en su artículo 49 dispone que *“la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende un conjunto de bienes y servicios que permitan, conforme con los lineamientos consagrados en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible. Al respecto la Sentencia C-252 de 2010 expuso:

*“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”*.

De otro lado, la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó *“la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’*. Para el Comité, *‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’*”.

La Corte Constitucional reconoce a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual emanan dos clases de obligaciones: *“(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”*.

Igualmente, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud cuando: *“(i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falla de capacidad económica para hacer valer su derecho”*.

---

<sup>2</sup> Sentencia T 727/12

De lo anterior se concluye que la acción de tutela, como medio constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los *“servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”*.

### **5.2.3. Derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia**

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación ha señalado que *“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 POS 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”*.

Actualmente, la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho (artículo 2º). Al respecto, en la sentencia C-313 de 2014 se explicó que *“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”*.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad o adultos mayores, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”*, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de adultos mayores, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les*

*garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.*

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Igualmente, ha considerado esta Corporación que la tutela es procedente en los casos en que *“(a) se niegue, sin justificación médico-científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios”.*

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de los adultos mayores, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

#### **5.2.4. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral**

Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

*(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.*

Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente,

independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.

Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.

En efecto, en el artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se definen los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Específicamente, su *literal q* establece que las personas tienen el derecho a “agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad”. Al respecto, en el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, esta Corporación reiteró que la efectividad del servicio, tecnología, suministro etc., depende del paciente y su entorno; encontrando exequible, la inclusión del principio de integralidad (artículo 8º) en la referida ley estatutaria, al resultar importante para la realización efectiva del derecho al servicio a la salud, consagrado en los artículos 2 y 49 de la Carta.

#### **5.2.5. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia**

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible. Al respecto, esta Corporación ha manifestado:

*En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, **no solo el mantenimiento de la vida**, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, **se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas** (Negrilla por fuera del texto).*

De la misma manera, este tribunal constitucional reiteró que “*el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando **no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal**, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad*”.

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propender, por todos los medios, por garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015 -Estatutaria de Salud- estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

En el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, sentencia C-313 de 2014, esta Corporación consideró que *“en el ámbito de la salud, la duda sobre el alcance del servicio o tecnología, puede desembocar en consecuencias letales para quien espera el servicio y, por ello, en esas circunstancias se impone brindar la atención necesaria. No es admisible que la incertidumbre sobre el efecto de un procedimiento, se resuelva con el daño a quien está pendiente del suministro del servicio o tecnología”*, dado que permitirlo, quebrantaría los mandatos constitucionales de realización efectiva de los derechos a la dignidad humana y el bienestar del ser humano, desconociéndolos como propósitos del sistema de salud.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos. Precisamente, la Corte ha precisado que *“el derecho a la vida (...) implica el reconocimiento de la dignidad humana, es decir, no se trata de la mera existencia, sino de una existencia digna, en la cual se garanticen las condiciones que le permitan al ser humano desarrollar en la medida de lo posible sus facultades”*.

Así las cosas, si a las personas que tienen aminoradas sus condiciones de salud no se les salvaguarda su estado bajo unas condiciones tolerables que permitan su subsistencia en forma digna, entonces se les vulneran sus derechos fundamentales,

pues no basta que se asuma y se les brinde una prestación de manera simple, sino que debe estar encaminada a asegurar, en todo momento, la dignidad de la persona, razón por la cual no es válido que una empresa prestadora del servicio de salud niegue la autorización y el acceso a un tratamiento, procedimiento, servicio, terapia o cualquier otra prestación requerida para, por lo menos, paliar los efectos de la enfermedad.

#### **5.2.6. Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia**

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado -como titular de su administración- la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte:

- (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 la sentencia C-313 de 2014 (Revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud), la Corte explicó que *“estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”*.

En este orden de ideas, en el caso de los pañales desechables basta con verificar que, actualmente, si bien no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud - PBS, tampoco se encuentran excluidos y que tales productos no cuentan con un

reemplazo equivalente dentro de este catálogo de prestaciones. En efecto, anteriormente, los pañales desechables se encontraban expresamente excluidos (Resolución 5521 de 2013). A la fecha, la Sala Cuarta de Revisión advierte que en la Resolución 5592 de 2015 (vigente al momento de los hechos), ni en la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 (vigente a partir del 1º de enero de 2017), expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (ni en sus anexos) estos se encuentran incluidos como insumos a cargo del SGSSS. Así mismo, se observa que tampoco se contempla la existencia de un equivalente funcional dentro del catálogo de prestaciones vigente.

Por ello, cuando dada las particularidades del caso concreto, la Sala verifique que se trata de situaciones que reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el literal del inciso 2 del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que excluye del acceso con recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta el criterio de propósito cosmético o suntuario como finalidad principal y no esté relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar.

#### **4.2.2. Del análisis del caso concreto**

El accionante a través de agente oficiosa solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición, ante la negativa de COMFAMILIAR– BOLÍVAR EPS-S, el suministro del tratamiento de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias los pañales talla L desechables y el suministro suplemento con Ensure liquido 237 ml botella tal y como lo ordena el médico tratante.

Además manifiesta la agente oficiosa que es una adulta que tiene 91 años de edad que no es capaz de valerse por sí misma, y por la enfermedad que padece, así mismo para Despacho el silencio de la entidad accionada es base para tomar como ciertos los hechos narrados por la parte accionante, según lo establecido en el artículo 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991.

Arguye, además, que la actora y su núcleo familiar no cuentan con los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos que ameritan la enfermedad y cuidado especial.

De lo anterior se puede colegir que la señora Luna de Barreiro, es una persona que debido a su condición de salud se encuentra en situación de especial protección

constitucional, toda vez que es una señora de noventa y un años de edad, por lo cual en el sub examine es forzosa la intervención de este Juez constitucional

Por las consideraciones previamente esbozadas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, procederá esta instancia a tutelar los derechos a la salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición de la señora ANA LUNA DE BARREIRO y, como consecuencia de ello, se ordenará a la COMFAMILIAR BOLÍVAR EPS-S que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas el tratamiento de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias los pañales talla L desechables y el suministro suplemento con Ensure liquido 237 ml botella tal y como lo ordena el médico tratante.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, el JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MAGANGUÉ, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos la salud, vida digna a la igualdad, principio de continuidad y petición de la señora ANA LUNA DE BARREIRO, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia del numeral anterior, se ordena a COMFAMILIAR BOLÍVAR EPS-S que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación correspondiente, autorice sin trabas administrativas el tratamiento de auxiliar de enfermería por doce (12) horas diarias los pañales talla L desechables y el suministro suplemento con Ensure liquido 237 ml botella tal y como lo ordena el médico tratante.

**TERCERO:** Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**CUARTO:** En el evento de no ser impugnada esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez sean levantados la suspensión de términos judiciales que en ese sentido decretó el Consejo Superior de la Judicatura.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**EDUARDO ANDRÉS QUINTERO RODRÍGUEZ.**  
Juez

**Firmado Por:**

**EDUARDO ANDRES QUINTERO RODRIGUEZ**  
**JUEZ MUNICIPAL**  
**JUZGADO 003 PROMISCOU MUNICIPAL MAGANGUE**

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:

**b36770da54f3601038f758ac4756a872af5e71efd7eeafebc874bcf0203c3975**

Documento generado en 24/09/2020 09:49:57 p.m.