



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Santa Ana Magdalena, Noviembre Veintiocho (28) de Dos Mil Veintidós (2022)

RADICACIÓN:	47-707-40-89-001-2022-00099-00
ACCIONANTE:	JUSTINA ROJAS MORA
BENEFICIARIO:	ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS
ACCIONADA:	MUTUAL SER E.P.S.
REFERENCIA:	ACCIÓN DE TUTELA

Se procede a decidir la Acción de Tutela interpuesta por la señora JUSTINA ROJAS MORA, quien actúa como agente oficioso de su hijo ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, contra MUTUAL SER E.P.S.

I. ANTECEDENTES

La señora JUSTINA ROJAS MORA, quien actúa como agente oficioso de su hijo ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, presentó acción de tutela para que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social y Vida Digna.

HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la acción de tutela, son los siguientes:

Manifiesta la accionante, que su hijo tiene 32 años, padece de discapacidad múltiple consecuencia de un trauma craneo encefálico severo por accidente de tránsito, con diagnóstico de enfermedad cerebrovascular, con dependencia a cuidador para actividades de la vida diaria y con 100% de compromiso cognitivo físico.

Señala la accionante, que su hijo no habla, no camina, no tiene movilidad en el lado izquierdo (mano y pie), permanece todo el tiempo acostado.

Indica la actora, que su hijo presenta una herida en el brazo derecho, a la que le han realizado curaciones sin obtener resultados positivos, temiendo que la herida se agrave.

Refiere la accionante, que la herida del brazo derecho le produce constantes dolores, que a pesar de no hablar, se queja de los dolores producidos por dicha herida, dándose a entender con señas de cabeza, temiendo que la escara crónica y profunda que padece en su brazo, pueda crecer y afectar otras áreas de su brazo.

Menciona la accionante, que no tiene empleo, que vive de la caridad de los vecinos, que su hijo depende de ella, que necesita pañales y ensure para la alimentación de su hijo y no cuenta con los recursos económicos para ofrecérselos.

Explica la accionante, que el medico especialista al revisar a su hijo le ordenó tratamiento con dispositivo de oxígeno continuo transdérmico por



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCO MU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

30 días- 17 ML/H por 3 meses para un total de 3 dispositivos y sistema de distribución de oxígeno ODS 10 ODS por mes para un total de 30 ODS.

Finalmente dice la accionante, que la E.P.S. accionada no ha dado las ordenes para todo el tratamiento que requiere su hijo, acercándose en varias oportunidades sin obtener respuesta alguna.

1.2 PRETENSIONES

Solicita la accionante, que se amparen sus derechos constitucionales, ordenándole a la accionada que autorice y suministre el dispositivo médico, insumos (pañales desechables y ensure), exámenes, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, valoraciones médicas, citas prioritarias con médicos y especialistas, curaciones domiciliarias y medicamentos. Además solicita que se le ordene a la E.P.S. accionada que cumpla con los ordenamientos en los plazos establecidos y no cuando lo considere necesario, que respete los conceptos médicos y la autonomía que tienen los especialistas para prescribir a los pacientes.

1.3 ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado mediante pronunciamiento de fecha Quince (15) de Noviembre de la presente anualidad, admitió la presente acción constitucional y se ordenó oficiar a la accionada para que en el término de Dos (2) días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda. Así mismo se ordenó vincular a la Secretaría de Salud Departamental del Magdalena y a la Secretaría de Salud Municipal de Santa Ana Magdalena.

De la posición de MUTUAL SER E.P.S-S

La accionada vencido el término de traslado, guardó silencio.

De la posición de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA

La vinculada mediante escrito de fecha de recibido Dieciséis (16) de Noviembre del año que transcurre, suscrito por Malory Patricia Saltaren Ramírez, Abogada Contratista del Área Jurídica de la Secretaria de Salud del Departamento del Magdalena, manifiesta que la Secretaria Seccional de Salud, como entidad territorial de salud tiene definida las competencias en la Ley 715 de 2001, artículo 43 y si bien es cierto en su momento era entidad pagadora de los servicios y tecnologías en salud no financiadas por el plan obligatorio, en la actualidad y virtud de la derogatoria del numeral 43.2.2. a partir del 31 de Diciembre de 2019 por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 su competencia en prestación de servicios se restringe a lo que señala la misma Ley en el numeral 43.2.1. Señala la vinculada, que carece de competencia para dar cumplimiento a todas las pretensiones esgrimidas por la accionante, debido a que opera la falta de legitimación en la causa por pasiva, que encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Finalmente solicita la vinculada, que se desvincule de la presente acción constitucional.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

De la posición de la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SANTA ANA MAGDALENA

La vinculada vencido el término de traslado, guardó silencio.

1.4 Pruebas aportadas al expediente.

Obran como medios de pruebas los documentos aportados por la accionante visibles a folios 5 al 12. Las allegadas por la vinculada SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SANTA ANA MAGDALENA visibles a folios 16 al 20.

Agotado el Trámite de primera instancia sin observar nulidad que invalide lo actuado el Despacho pasa el resolver de mérito previa las siguientes,

II –CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1º establece: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el objetivo de la acción de tutela, ha puntualizado la Corte Constitucional en Auto A-257-2006:

"La acción de tutela fue instituida por el Constituyente de 1991 como un mecanismo procesal de naturaleza especial, preferente y sumario, radicado en cabeza de toda persona, cuyo objetivo es la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o, excepcionalmente, por los particulares en los casos definidos en la ley."

Para adoptar una decisión en el presente asunto, conviene precisar: 1) el problema jurídico planteado, 2) el carácter subsidiario de la acción de tutela y 3) los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

1) Problema jurídico

El problema jurídico en el presente caso se ciñe a determinar si fueron o no vulnerados los derechos fundamentales deprecados por la accionante, con ocasión de la negación de la encausada en autorizar y suministrar el dispositivo médico, insumos (pañales desechables y ensure), exámenes, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, valoraciones médicas, citas



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

prioritarias con médicos y especialistas, curaciones domiciliarias y medicamentos a su hijo Abdair Echeverría Rojas.

2) Subsidiariedad de la Acción de Tutela.

Sea lo primero establecer que la acción de tutela se caracteriza por tener un carácter subsidiario, lo cual indica que de existir otro mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados, se debe acudir al mecanismo que legalmente se haya desarrollado para tal fin, tal y como lo prescribe el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

3) Derechos Fundamentales Invocados.

Se invocan como infringidos los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social y Vida Digna. No obstante de la narración de los hechos se colige que la protección pretendida se encamina al derecho fundamental a la Salud, por tanto es preciso señalar lo siguiente:

El derecho a la Salud está consagrado en el artículo 49 de la Constitución, en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales, concebido no solo como un derecho sino también como un servicio público. Así entonces, se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

En cuanto al derecho a la salud la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que es un derecho fundamental. Al respecto, la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional¹ enseña:

“Previamente se avalaba la fundamentalidad del derecho a la salud de estar vinculado con uno etiquetado como tal de acuerdo con la clasificación contenida en la Constitución –tesis de la conexidad- o dependiendo de la calidad de los sujetos que participaran en el debate puesto a consideración de la Corte –sujetos de especial protección constitucional como las niñas, los niños, las personas con discapacidad o las que pertenecen a la tercera edad. En contraposición se ha entendido recientemente que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios propios de la forma de Estado que nos identifica, el Estado Social de Derecho, mas no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. Bajo esta mirada renovadora, los derechos edificados en el marco de este modelo son fundamentales y susceptibles de tutela, declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la

¹ T195-2011



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.

Igualmente, esa Alta Corporación, resumió el camino de protección a la salud así:

“(i) En una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela;

(ii) Advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros) y

(iii) Argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y en consecuencia a los servicios relacionados que se requieran se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos en razón a su incidencia directa en la dignidad de los mismos y no de un simple deber que reposa en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De lo contrario, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede desentenderse.”

Por lo anterior, se da por establecida la procedencia de esta Acción de Tutela para reclamar el derecho incoado.

CASO CONCRETO

El accionante, deprecia la protección del derecho fundamental arriba mencionado, debido a la negación de la encausada en autorizar y suministrar el dispositivo médico, insumos (pañales desechables y ensure), exámenes, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, valoraciones médicas, citas prioritarias con médicos y especialistas, curaciones domiciliarias y medicamentos a su hijo Abdair Echeverría Rojas.

La entidad accionada, vencido el término de traslado, guardó silencio.

La vinculada Secretaría de Salud Departamental del Magdalena, mediante escrito de fecha de recibido Dieciséis (16) de Noviembre del año que transcurre, suscrito por Malory Patricia Saltaren Ramírez, Abogada Contratista del Área Jurídica de la Secretaria de Salud del Departamento del Magdalena, manifiesta que la Secretaria Seccional de Salud, como entidad territorial de salud tiene definida las competencias en la Ley 715 de 2001, artículo 43 y si bien es cierto en su momento era entidad pagadora de los servicios y tecnologías en salud no financiadas por el plan obligatorio, en la actualidad y virtud de la derogatoria del numeral 43.2.2. a partir del 31 de



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Diciembre de 2019 por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 su competencia en prestación de servicios se restringe a lo que señala la misma Ley en el numeral 43.2.1. Señala la vinculada, que carece de competencia para dar cumplimiento a todas las pretensiones esgrimidas por la accionante, debido a que opera la falta de legitimación en la causa por pasiva, que encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Finalmente solicita la vinculada, que se desvincule de la presente acción constitucional.

La vinculada Secretaría de Salud Municipal de Santa Ana Magdalena, vencido el término de traslado, guardó silencio.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dualidad enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por "salud" en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

En este orden de ideas, la salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, la Corte ha reconocido que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de "calidad de vida", pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de "bienestar" (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, la Corte Constitucional ha expresado que la salud debe ser concebida como *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"*, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”*.

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

En síntesis, el hecho de que la salud haya adoptado la naturaleza de un derecho constitucional fundamental implica que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para reclamar su garantía, pues no solamente se trata de un derecho autónomo, sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de otros de especial relevancia como la vida y la dignidad humana.

Es del caso anotar, que la Ley 100 de 1993 constituye por un lado, el marco legal al interior del cual se han desplegado los derechos de los afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud y, por otro, las reglas conforme a las cuales, dichos usuarios, tienen acceso a un grupo de prestaciones específicamente dispuestas en el Plan Obligatorio de Salud –POS a cargo de las entidades que lo integran.

Actualmente el POS está definido íntegramente en la Resolución 5521 de 2013, y cobija a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado de salud.

Todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud que estén incluidas en aquel plan:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.”



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

En este orden de ideas, el acceso a cualquier actividad, intervención, insumo, medicamento, dispositivo, servicio o procedimiento que se encuentre incluido en la cobertura del POS, debe ser garantizado por el sistema a los afiliados, de tal manera que la negación de las Entidades Prestadoras de Salud al suministro de tales tecnologías constituye una vulneración del derecho a la salud de las personas, y, en consecuencia, la acción de amparo constitucional estaría llamada a proveer la salvaguarda de dicha garantía fundamental.

Por otra parte, la Constitución Política impone al Estado el deber de proteger de manera especial a aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Así mismo, el artículo 47 le exige al Estado desarrollar una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (...)”. Dichos contenidos constitucionales están llamados a integrar el concepto de salud que desarrolla el artículo 49 constitucional. Por su parte, la Ley 1618 de 2013 describe que el derecho a la salud de las personas con discapacidad comprende el acceso a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Además, determina que el Ministerio de Salud y Protección Social debe asegurar que el Sistema General de Salud garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todos los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad, necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad.

Es del caso mencionar, que el suministro de los medicamentos y la autorización de los servicios de salud, está limitada, en principio, a las coberturas dispuestas en el plan obligatorio de beneficios correspondiente. Sin embargo, es posible que algunos servicios excluidos del plan de beneficios obligatorio sean concedidos so pretexto de su requerimiento y necesidad para el logro de la salud del paciente, siempre que se logre acreditar el lleno de los requisitos previstos para la autorización de un procedimiento excluido del POS. Así las cosas, para inaplicar las normas del POS el juez de tutela deberá verificar:

“1.-Que la ausencia del fármaco o servicio médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

2.-Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

3.-Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

4.-Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

Con relación al requisito, la necesidad de que la ausencia del fármaco o servicio no POS ponga en riesgo la vida e integridad del paciente, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la vida implica la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por lo tanto, para su protección no es necesario que la persona se encuentre en un riesgo inminente de muerte, sino que *toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional*, tal como ocurre cuando una persona que sufre una seria discapacidad física no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna.

Sobre el requisito, relativo a la carencia de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que *“no basta con que el accionante cuente con los recursos para sufragar el medicamento requerido, sino que se hace necesario que el juez valore si con la compra de este se compromete el derecho al mínimo vital para acceder a un nivel de vida digno”*

Es decir, si el Juez Constitucional verifica que la asunción de los costos del medicamento generará un deterioro progresivo en el patrimonio de la familia del paciente que terminaría por comprometer la satisfacción de sus necesidades básicas, deberá tener por acreditado este requisito.

En ese orden, la Corte ha considerado que:

“el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la EPS o EPS-S correspondiente. Consideración adicional se hace respecto de la presunción, en cabeza de los beneficiarios del SISBEN, sobre su falta de capacidad de pago”

De otra parte, sobre el requisito referente a que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio deba ser ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, y que dicho profesional debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro, debe reiterarse lo señalado por la guardiana de la Constitución como característica esencial de la prestación del servicio a la salud que a los



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

usuarios del Sistema de Seguridad Social se les debe garantizar su derecho al diagnóstico oportuno. En efecto, la Corte ha indicado que el derecho al diagnóstico incluye no sólo el derecho a ser examinado y recibir una calificación de una enfermedad, sino el derecho a que el médico tratante prescriba el procedimiento o medicamento que considere idóneo para su tratamiento.

Corresponde al Juez de tutela, para precisar el cumplimiento de los requisitos señalados, examinar las circunstancias fácticas que revelan cada caso en concreto, y de acuerdo con el examen al que llegue, deberá estimar si la negativa de la entidad a suministrar un tratamiento, medicamento o servicio excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental que tenga relación directa con ellos, para ello se debe tener en cuenta el principio de continuidad, ya que en virtud de este las EPS están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida, aun cuando se trate de servicios no POS que fueron autorizados de manera previa y no existe razón válida para su interrupción. Con la aplicación de este principio se busca que los servicios en salud requeridos, que deban suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y se deje a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que ello conlleva en sus vidas e integridad.

Por otro lado, la Honorable Corte Constitucional, respecto al suministro de insumos, como en el caso en concreto, pañales desechables, ha señalado en diversas Sentencias (T-110 de 2012, T-023 de 2013 y T-401 de 2014) en las que se han identificados diversos escenarios de protección en los que el suministro de ciertos medicamentos o insumos resultan necesarios para procurar condiciones dignas de existencia a pesar de las circunstancias generadas por ciertas patologías. Tal es el caso de las personas que en razón de la enfermedad o discapacidad tienen impedida la locomoción o se ha eliminado el control de esfínteres, alterándose significativamente la posibilidad de realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. En estos eventos,

“los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.

Por ello, la negativa del suministro de pañales desechables a los pacientes que padecen enfermedades que limitan su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlos a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional”.

Así mismo, en numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012 y T-152 de 2014, la Corte ha resaltado la importancia de los pañales



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

desechables para los pacientes que se encuentran inmovilizados, puesto que protegen su dignidad humana. Esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada en casos de personas que *padecen isquemias cerebrales; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral; parálisis cerebral y epilepsia, párkinson*, entre otras, y aún en los casos en que *carecen de prescripción médica, cuando se ha verificado que los accionantes sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres, dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas y ellos o sus familias no tiene la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo.*

Descendiendo al caso concreto, con relación a la solicitud del suministro de pañales desechables, este Despacho entrará a determinar si en el presente caso se cumplen los requisitos para la inaplicación del POS que los excluye por tratarse de elementos destinados a la higiene y cuidado personal:

1) Se encuentra acreditado que el beneficiario de esta acción constitucional, padece de una enfermedad cerebrovascular que, según lo manifestado en el escrito de tutela, no camina, por ende, no puede movilizarse a realizar sus necesidades fisiológicas. Además, alega la agente oficiosa que su hijo *“no camina, no habla, no tiene movilidad del lado izquierdo (mano y pie), que depende de ella y permanece acostado.”* Esto le permite a este Despacho inferir que la ausencia de los pañales en este caso, ocasiona un deterioro del estado de salud del paciente que le impide vivir en condiciones dignas.

2) Es claro médicamente que los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del POS que los supla.

3) La señora Justina Rojas Mora, carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los pañales que demanda su hijo, pues adujo, bajo la gravedad del juramento en el escrito de tutela, que es una mujer de escasos recursos, que vive de la caridad de los vecinos, que no tiene empleo, considerando esta Agencia Judicial que por no haber sido desvirtuada por la accionada la afirmación sobre su falta de capacidad económica; puede darse credibilidad al dicho de la actora.

4) Por último, si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la necesidad de los mismos para quienes padecen enfermedades que limitan su movilidad o locomoción, *“es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”*.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta que se encuentra demostrada la limitación de locomoción, el Despacho ordenará a Mutual Ser E.P.S. que autorice al señor Abdair Echeverría Rojas, el suministro de los pañales desechables necesarios para mantenerse en unas condiciones higiénicas que le permitan vivir dignamente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Con relación a la solicitud del servicio de auxiliar de enfermería domiciliaria, si bien constituye una modalidad de prestación de salud incluida en la cobertura de beneficios del POS, que debería ser garantizada por la EPS accionada sin adelantar ningún trámite administrativo dispendioso, en el proceso de la referencia no obra alguna prescripción, orden, fórmula o recomendación del médico tratante del señor Abdair Echeverría Rojas, en la que, con el suficiente *“grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”*, sea clara la necesidad del servicio requerido.

De igual forma, el Despacho también encuentra que del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso (médicos y fácticos), no es posible deducir con suficiente certeza que exista una relación de necesidad (y no de simple contribución u opción) entre la patología que aqueja al agenciado y el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria pretendido.

No obstante lo anterior, si bien el juez de tutela no es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que se le debe dar al agenciado, esta Agencia Judicial observa que la entidad accionada no aportó elemento alguno que permita reconocer un trato adecuado y diligente en cuanto al derecho al diagnóstico del señor Echeverría Rojas se refiere; por el contrario, la agente oficiosa manifestó en la acción de tutela que a su hijo no se le ha otorgado la atención que requiere, y la EPS accionada no se mostró siquiera presto a desvirtuar o refutar dicha aseveración.

Así pues, con el propósito de que se pueda determinar con precisión la eventual necesidad de la prestación solicitada por la actora, el Despacho ordenará a Mutual Ser E.P.S. que autorice cita prioritaria al señor Abdair Echeverría Rojas, dentro de las 72 horas siguientes a la notificación de esta providencia, para que a través de ella, un galeno dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al agenciado de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y su patología demande, y de ser así, las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el señor Abdair Echeverría Rojas, en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado inmediatamente, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

Así mismo, sobre las solicitudes que hace la accionante de que se le suministre a su hijo el suplemento alimenticio Ensure y que se le autorice el dispositivo de oxígeno continuo transdérmico por 30 días- 17 ML/H por 3 meses para un total de 3 dispositivos y sistema de distribución de oxígeno ODS 10 ODS por mes para un total de 30 ODS, destacamos que no obra en el expediente orden de su médico tratante y la necesidad de tal suplemento vitamínico; así como tampoco se observa dentro de las pruebas aportadas por la actora prescripción médica de un galeno adscrito a la E.P.S. accionada, en donde se ordene el dispositivo de oxígeno continuo transdérmico y el sistema de distribución de oxígeno como plan de manejo



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

a seguir para tratar la patología que padece el beneficiario de este amparo constitucional, ni constancia que la actora haya requerido ante la entidad accionada dicho insumo y tratamientos que hoy pretende obtener por vía de tutela, haciéndose necesario que Mutua Ser E.P.S. autorice cita prioritaria al beneficiario del presente asunto, dentro de las 72 horas siguientes a la notificación de esta providencia, para que a través de ella, un galeno adscrito a la accionada, determine si el Ensure y los tratamientos son efectivamente necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud del señor Abdair Echeverría Rojas, para que, de ser así, proceda a autorizar su suministro inmediatamente.

Finalmente, con el fin de evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido por el beneficiario de esta acción constitucional, este Despacho Judicial le concederá tratamiento integral. La Corte Constitucional en decisión T-278 de 2009 manifiesta que: *"... la salud como derecho integral, implica que la atención deba brindarse en la cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia requeridas, lo cual conlleva ofrecer, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, todo cuidado, medicamento, intervención quirúrgica, rehabilitación, diagnóstico, tratamiento y procedimiento que se consideren necesarios para restablecer la salud de los usuarios del servicio"*.

Por lo antes dicho la entidad accionada, MUTUAL SER E.P.S, está en la obligación de prestarle una atención integral en salud a ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, entendiéndose por esto valoración de médicos especialistas, consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, y todo lo que de acuerdo a los médicos tratantes necesite para la adecuada evolución de la patología que padece.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental a la Salud invocado por la señora JUSTINA ROJAS MORA, quien actúa como agente oficioso de su hijo ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, contra MUTUAL SER E.P.S, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- ORDENAR a MUTUAL SER E.P.S, que dentro del término de Cuarenta y Ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice al hijo de la accionante señor ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, el suministro de los pañales desechables necesarios para mantenerse en condiciones higiénicas que le permitan vivir dignamente de forma ininterrumpida, mientras subsista la necesidad.

TERCERO.- ORDENAR a MUTUAL SER E.P.S, que dentro del término de Setenta y Dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice cita prioritaria al beneficiario del presente asunto, para que a través de ella,



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

un galeno establezca dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al agenciado de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y su patología demande, y de ser así, las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. Si el galeno encuentra que el señor Abdair Echeverría Rojas, en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado inmediatamente, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

CUARTO.- ORDENAR a MUTUAL SER E.P.S, que dentro del término de Setenta y Dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice cita prioritaria al beneficiario del presente asunto, para que a través de ella, determine si el Ensure y los tratamientos dispositivo de oxígeno continuo transdérmico y sistema de distribución de oxígeno ODS, son efectivamente necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud del señor Abdair Echeverría Rojas, para que, de ser así, proceda a autorizar su suministro inmediatamente.

Así mismo, la entidad accionada, MUTUAL SER E.P.S, está en la obligación de prestarle una atención integral en salud a ABDAIR ECHEVERRIA ROJAS, entendiéndose por esto valoración de médicos especialistas, consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, y todo lo que de acuerdo a los médicos tratantes necesite para la adecuada evolución de la patología que padece.

QUINTO.- Se DESVINCULA de este asunto a la Secretaria de Salud Departamental del Magdalena y a la Secretaria de Salud Municipal de Santa Ana Magdalena, en virtud de lo analizado en el considerando de esta providencia.

SEXTO.- COMUNÍQUESE este pronunciamiento a los intervinientes por el medio más expedito posible.

SEPTIMO.- En caso de no ser impugnada dentro de los Tres (03) días siguientes a la notificación de esta providencia, por Secretaría remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, dentro del término legal para su eventual revisión, en caso contrario envíese a los Juzgados Civiles del Circuito para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARCELA POMARICO DI FILIPPO
JUEZA