



San Gil, Once (11) de Enero de Dos Mil Veinticuatro (2024)

Sentencia No. 007 Radicado 2023-00118-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora **ELENA NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.627 expedida en Pinchote (S), actuando como agenciante de la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.724 expedida en Pinchote (S), al considerar vulnerados sus garantías primarias a la Salud y Vida en condiciones dignas, por parte de **SANITAS E.P.S.**; siendo vinculados de manera oficiosa la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**, **FARMACIA CRUZ VERDE** y **FARMACIA AUDIFARMA**, con ocasión de los supuestos facticos expuestos en el libelo genitor.

I. ANTECEDENTES

La precitada ciudadana señora ELENA NIEVES RINCON, en calidad de agenciante mediante documento escrito allegado por correo electrónico, interpuso acción de tutela en contra de la SANITAS E.P.S., por la presunta vulneración de las Garantías Primarias a la SALUD y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS de su hermana, la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, de conformidad con los siguientes

II. HECHOS

Como supuestos fácticos del amparo impetrado, la accionante adujo los siguientes:

Señalo que la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, padece de diagnóstico de ATAXIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, POLINEUROPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLAIF, HIPERLIPIDEMIA NO ESPECIFICADA, se mantiene en silla de ruedas, con movilidad nula en sus extremidades superiores e inferiores, siéndole suministrado el alimento por personal del hogar geriátrico.

Agregó que el pasado 09 de noviembre de 2023 la cuidadora del hogar geriátrico asistió a consulta en la ESE SAN ANTONIO DE PADUA DE PINCHOTE, con el fin de obtener pañales, dado que se le habían agotado, siendo necesarios para llevar la vida en condiciones dignas, ordenándose pañales talla XL, tres pañales por día de manera permanente.

Que una vez teniendo la orden se acercó a la farmacia CRUZ VERDE a reclamar la primera entrega, señalando el funcionario de la farmacia que esta entidad ya no tenía convenio con la E.P.S. SANITAS.

Que efectuada las averiguaciones y determinado que el suministro de los pañales se tenía que gestionar con AUDIFARMA, señalando que estos se entregarían, pero en la ciudad de Bucaramanga, lo que le resulta imposible, ya que la E.P.S. debe asegurar su entrega en el lugar donde esta zonificado el usuario o la entrega en el Municipio de San Gil, siendo el lugar más cercano al Municipio de Pinchote.

Aduce que a la fecha de interposición de la tutela la señora MARIA BELEN no ha recibido los pañales ordenados por el médico tratante. Vulnerando el derecho que tiene la agenciada a tener una vida en condiciones dignas.

Soportó lo anterior con los siguientes documentos en formato digital:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora ELENA NIEVES RINCON.



- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON.
- Copia Historia clínica correspondiente a la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON, emitida por la ESE SAN ANTONIO DE PADUA DE PINCHOTE, de fecha 09 de noviembre de 2023, suscrita por la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ.
- Copia Plan de manejo de fecha noviembre 9 de 2023, en la cual se ordena con ocasión de Diagnostico Principal INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, pañales, cada ocho (8) horas, por noventa días, en una cantidad total de 270.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluyó, que lo pretendido por la agenciante ELENA NIEVES RINCON, es que se tutelen los derechos primarios de su agenciada la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, y en consecuencia, que se le ordene a la **SANITAS E.P.S.**, que autorice y entregue los PAÑALES TALLA XL 90 PAÑALES MENSUALES; así mismo, se ordene el tratamiento continuo e integral necesario para mejorar el estado de salud, como son las citas médicas a tiempo oportuno con especialista, elementos e insumos para su agenciada.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 5973 de fecha 27 de Diciembre de 2023, este Despacho mediante auto de la misma data, admitió la acción de tutela ordenando correr traslado de la demanda a la accionada, para que efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción. En el mismo proveído, se ordenó vincular a la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER, FARMACIA CRUZ VERDE** y a FARMACIA AUDIFARMA, dada su afiliación al Sistema de Seguridad Social al régimen subsidiado y conforme a la situación fáctica expuesta en el libelo genitor.

V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

SANITAS E.P.S.

En E-mail recibido el 2 de diciembre de 2023, la Doctora MARTHA ARGENIS RIVERA, en calidad de Subgerente Regional Santander de la E.P.S. SANITAS, expuso que la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, se encuentra afiliada bajo el régimen SUBSIDIADO como madre cabeza de familia, estado activo y centro de costos Pinchote, Santander.

Señala que evidenciado el sistema de Información a la agenciada se la han prestado todos los servicios médicos asistenciales requeridos conforme su estado de salud y entendiendo las prescripciones de los galenos tratantes, esto por medio de la red de servicios contratada para la atención a los pacientes afiliados.

Que la agenciada NIEVES RINCON, es paciente con diagnóstico de “R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, G638-POLINEURIOPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE”.

Resalta que se le han suministrado conforme pertinencia médica todas las atenciones, sin que se evidencien negaciones o carencias en las atenciones formuladas por los médicos tratantes para lo cual adjunta, cuadro de autorizaciones más recientes:

[illegible]

Respecto del suministro de pañales, expuso que estos no se encuentran incluidos en el PBS, y que cuenta con volante de autorización número 251207140 y 251221143 por E.P.S. SANITAS PARA SER SUMINISTRADO POR LA I.P.S. AUDIFARMA BUCARAMANGA – CAF VOLARQUI, AL SER UN INSUMO NO INCLUIDO EN EL PBS, adjuntando evidencia del volante de autorización

[illegible]

No obstante, resalta que se encuentran realizando el CAMBIO DE DIRECCIONAMIENTO PERTINENTE, PARA QUE LA ULTIMA ENTREGA SEA SUMINISTRADA POR AUDIFARMA SAN GIL; complementan señalando que PARA LAS ENTREGAS VIGENTES DE ACUERDO CON LA ULTIMA ORDEN MEDICA EL TIEMPO DE TRAMITE ES DE CINCO DIAS HABILES PARA NOTIFICAR VOLANTES DE AUTORIZACION DE SERVICIO.

En torno al cumplimiento de la orden señalan que “DESDE EPS SANITAS SE ESTABLECE COMUNICACION TELEFONICA EL DIA 02/01/2024 AL NUMERO 3134577155 CON EL SEÑOR GERARDO PORRAS (CUÑADO) A QUIEN SE LE INFORMA, QUE SE LE GARANTIZA EL ENVIO DE LOS 90 PAÑALES MEDIANTE EMPRESA COTRASANGIL, LOS CUALES SE ENCUENTRAN AUTORIZADOS MEDIANTE VOLANTE NUMERO 251207140”, adjuntando el correspondiente pantallazo del envío, y de su corroboración a través de correo electrónico y fotografía del paquete remitido.

Por otro lado, expuso que el fallo tutelar no puede ir más allá de la presunta amenaza o vulneración a la esfera primaria, los hechos futuros e inciertos están fuera del alcance de la decisión del juez de tutela, su actuar debe ceñirse al concepto emitido por parte del galeno tratante, tornado improcedente el amparo integral, por lo que, expuso que la SANITAS E.P.S. no ha vulnerado garantía fundamental alguna de la parte actora, requiriendo de esta manera que el amparo sea denegado por improcedente, insistiendo en la inexistencia de orden médica para suministrar el tratamiento integral.

Como petición subsidiaria solicitó que, en caso de conceder la tutela, se faculte a la SANITAS E.P.S., para exigir el reembolso de todos aquellos gastos en que incurra dicha entidad en cumplimiento del presente fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

Como material probatorio allego:

- Certificado de existencia y representación de E.P.S. SANITAS S.A.S.



FARMACIA CRUZ VERDE

Mediante escrito de fecha Enero 2 de 2024, el señor JEYSON SMITH NORIEGA SUAREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1030548705 expedida en Bogotá y T.P. No. 278,873 del C.S de la J., en su condición de abogado de Gestión Procesal de DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., manifiesta en primer termino que la relación comercial existe entre la sociedad que representa y E.P.S. SANITAS, se circunscribe a la entrega de medicamentos e insumos médicos, que previamente estén respaldadas por órdenes medicas y a correspondiente autorización de la E.P.S.

Como elemento preliminar señala que el insumo reclamado vía tutela resulta ser un producto No PBS, y que CRUZ VERDE no está a cargo de su entrega, dado que partir del 15 de noviembre de 2023, su representado dejó de dispensar tecnologías en salud NO PBS. Señalando que de esta manera es la E.P.S. SANITAS la que debe proveer el insumo a través de un nuevo gestor farmacéutico, en este caso “AUDIFARMA”.

Conforme lo anterior reclama la falta de legitimación en la causa, dado que CRUZ VERDE no ha vulnerado derecho alguno, por lo que solicita la desvinculación del trámite tutelar.

Como pruebas relaciona:

- Comunicado de prensa de CRUZ VERDE.
- Comunicado E.P.S. SANITAS.

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

Siendo oportunamente notificados el día 28 de diciembre de 2023, con acuse de recibido y radicado enviado a TUTELAS SALUD, ésta guardó silencio dentro de trámite.

FARMACIAS AUDIFARMA S.A.

En igual sentido la vinculada guardó silencio, siendo notificada en debida forma vía correo electrónico el día 28 de diciembre de 2023.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de



los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

El presente libelo fue interpuesto por la señora **ELENA NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.627 expedida en Pinchote (S), actuando como agenciante de la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.724 expedida en Pinchote (S), quien consideró vulnerados los Derechos Fundamentales a la Salud y Vida Digna, por lo que este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

Por otro lado, respecto de la **SANITAS E.P.S.** está legitimada por pasiva, en tanto se le atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la salud y vida digna de la **MARIA BELEN NIEVES RINCON**. En igual sentido, se encuentran legitimadas las entidades vinculadas, la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**, **FARMACIA CRUZ VERDE** y **FARMACIA AUDIFARMA**, con ocasión de los supuestos facticos expuestos en el libelo genitor.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la **SANITAS E.P.S.**, como directamente accionada y/o a las vinculadas, conculcaron o no las prerrogativas fundamentales de la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, al NO realizar la entrega



efectiva de los PAÑALES TALLA XL, en la cantidad y periodicidad ordenada por la médico tratante de la E.S.E. SAN ANTONIO DE PADUA DE PINCHOTE, de fecha 09 de Noviembre de 2023, suscrita por la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ, como tratamiento para sus patologías: “R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, G638-POLINEURIOPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE.”, así como la procedencia de ordenar el tratamiento integral no existiendo orden médica al respecto.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la accionante y donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud, en la Sentencia T-171 de 2018¹, expuso:

“(…) 3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo²

3.1.1 La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho³–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).⁴

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-171 del 07 de mayo de 2018, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger

² La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevante en torno al proceso de construcción de la salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

³ Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

⁴ Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.



pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. *Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.*

3.1.4. *Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.⁵*

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. *Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:*

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”⁶.

3.1.6. *La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.⁷*

3.1.7. *Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.*

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. *La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:*

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁷ Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.



“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”⁸.

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”⁹.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.¹⁰ (...).”

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la agenciante de la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud de las personas de la Tercera edad y su trato como sujetos de especial protección constitucional, señaló:

“(...) 4. Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad 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 señaló que:

“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 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.”¹¹.

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁰ La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



“[E]l 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, 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”¹², razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran¹³.

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 personas de la tercera edad, 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”¹⁴.

*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.*¹⁵

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”¹⁶.

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 las personas de la tercera edad, 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. (...)”¹⁷.

IX. CASO EN CONCRETO

La señora **ELENA NIEVES RINCON**, actuando como agenciante de su hermana, la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, presentó acción de tutela, ante la presunta vulneración de sus Derechos Fundamentales a la Salud y Vida Digna, pretendiendo se le

¹²Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³Constitución Política, artículo 46.

¹⁴Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T- 746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Sentencia T-047 de 2017. M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



ordene a SANITAS E.P.S. la entrega efectiva de los PAÑALES TALLA XL, en la cantidad y periodicidad ordenada por la médico tratante de la E.S.E. SAN ANTONIO DE PADUA DE PINCHOTE, de fecha 09 de Noviembre de 2023, suscrita por la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ, como tratamiento para sus patologías: “R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, G638-POLINEURIOPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE.”, así como que se ordene el tratamiento integral.

De lo anterior como fundamentos fácticos, se adujo por la agenciante que la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, es una persona padece de diagnóstico de ATAXIA NO ESPECIFICADA, INCONTINENCIA URINARIA NO ESPECIFICADA, POLINEUROPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE, HIPERLIPIDEMIA NO ESPECIFICADA, se mantiene en silla de ruedas, con movilidad nula en sus extremidades superiores e inferiores, siéndole suministrado el alimento por personal del hogar geriátrico. Así mismo que el pasado 09 de Noviembre de 2023 la cuidadora del hogar geriátrico asistió a consulta en la ESE SAN ANTONIO DE PADUA DE PINCHOTE, con el fin de obtener pañales, dado que se le habían agotado, siendo necesarios para llevar la vida en condiciones dignas, ordenándose pañales talla XL, tres pañales por día de manera permanente. Que una vez teniendo la orden se acercó a la farmacia CRUZ VERDE a reclamar la primera entrega, señalando el funcionario de la farmacia que esta entidad ya no tenía convenio con la E.P.S. SANITAS. Por otra parte, que efectuada las averiguaciones y determinado que el suministro de los pañales se tenía que gestionar con AUDIFARMA, estos afirmaron que se entregarían, pero en la ciudad de Bucaramanga, lo que le resulta imposible, ya que la E.P.S. debe asegurar su entrega en el lugar donde está zonificado el usuario o la entrega en el Municipio de San Gil, siendo el lugar más cercano al Municipio de Pinchote. Finaliza haciendo énfasis en que desde la interposición de la tutela la señora MARIA BELEN no ha recibido los pañales ordenados por el médico tratante, vulnerando el derecho que tiene la agenciada a tener una vida en condiciones dignas.

La accionada E.P.S. SANITAS en su participación en el contradictorio, apuntó a expresar, que a la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, se le han brindado todas las prestaciones médico asistenciales que ha requerido, esto a través de un equipo multidisciplinario y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus profesionales tratantes. Enfatiza que la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, se encuentra afiliada bajo el régimen SUBSIDIADO como madre cabeza de familia, estado activo y centro de costos Pinchote, Santander y es paciente con diagnóstico de R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, G638-POLINEURIOPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE.

Respecto del suministro de pañales, expuso que estos no se encuentran incluidos en el PBS, y que cuenta con volante de autorización número 251207140 y 251221143 por E.P.S. SANITAS PARA SER SUMINISTRADO POR LA I.P.S. AUDIFARMA BUCARAMANGA – CAF VOLARQUI, AL SER UN INSUMO NO INCLUIDO EN EL PBS, adjuntando evidencia del volante de autorización.

No obstante, resalta que se encuentran realizando el cambio de direccionamiento pertinente, para que la última entrega sea suministrada por AUDIFARMA san gil; complementan señalando que para las entregas vigentes de acuerdo con la última orden médica el tiempo de trámite es de cinco días hábiles para notificar volantes de autorización de servicio.

En torno al cumplimiento de la orden señalan que “DESDE EPS SANITAS SE ESTABLECE COMUNICACION TELEFONICA EL DIA 02/01/2024 AL NUMERO 3134577155 CON EL SEÑOR GERARDO PORRAS (CUÑADO) A QUIEN SE LE INFORMA, QUE SE LE GARANTIZA EL ENVIO DE LOS 90 PAÑALES MEDIANTE EMPRESA COTRASANGIL, LOS CUALES SE ENCUENTRAN AUTORIZADOS MEDIANTE VOLANTE NUMERO 251207140”, adjuntando el correspondiente pantallazo del envío, y de su corroboración a través de correo electrónico y fotografía del paquete remitido.



ANÁLISIS EN TORNO A LA PRESUNTA VULNERACIÓN POR EL NO SUMINISTRO DE PAÑALES

Como punto de partida, este fallador considera oportuno rememorar dentro de la doctrina constitucional que se ha indicado, que el servicio de elementos de aseo en el marco del desarrollo patológico del paciente, se relaciona con la misma evolución médica y propende por el cuidado y una condición adecuada de recuperación y mantenimiento diario; esto íntimamente relacionado con un parámetro constitucional que tiene doble factor referencial, la dignidad humana, entendida no solo como derecho, sino como un criterio interpretador en el marco de la calidad de vida.

Sobre lo anterior el máximo órgano de cierre constitucional ha considerado que:

*“(…) La Corte Constitucional ha identificado 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 en 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”¹⁸.*

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 someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional¹⁹.

*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 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**²⁰; malformaciones en el aparato urinario²¹; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral²²; parálisis cerebral y epilepsia²³, párkinson²⁴, 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 aseo²⁵. Esto quiere decir que, como lo ha señalado con insistencia la jurisprudencia constitucional, **los insumos referidos pueden ser ordenados sin la existencia de la orden del médico tratante.**” (Negrilla y subraya del despacho).*

Aunado a ello, la jurisprudencia en materia constitucional ha venido sosteniendo como este tipo de elementos debe formar parte del plan de beneficios en salud; sobre el tema en Sentencia reciente T-332 de 2022, la H. Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

*“78. En consideración de lo anterior, y hecha una interpretación conjunta de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Resolución 244 de 2019, en la que se establece el listado de exclusiones vigente a la fecha de expedición de la Sentencia SU-508 de 2020, y lo dicho por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014 recién mencionada, **la Sala Plena llegó a la conclusión de que los pañales son tecnologías incluidas de forma implícita en el Plan de Beneficios en Salud**, con base en el siguiente razonamiento:*

¹⁸ Sentencia T-110 de 2012.

¹⁹ Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

²⁰ Sentencia T-099 de 1999. En forma reciente fallo T-054 de 2014 en el expediente T-4062223

²¹ Sentencia T-460 de 1999.

²² Sentencias T-1589 de 2000; T-899 de 2002 y T-1219 de 2003.

²³ Sentencias T-053 de 2009, T-114 de 2011, T-1030 de 2012, T-025 de 2014.

²⁴ Sentencia T-160 de 2011.

²⁵ Sentencias T-023, T-039, T-243, T-383, T-594 de 2013, T-216 de 2014 y T-025 de 2014.



“(…) al revisar los resultados del mecanismo técnico científico dirigido por el Ministerio de Salud para la configuración listado de exclusiones en cumplimiento del artículo 15 de la LeS, se evidencia que en la fase III (consulta pacientes) se concluyó que los pañales deberían costearse con financiación estatal; mientras que, en la fase IV (adopción y publicación de las decisiones), se determinó que los pañales se encontraban dentro de las catorce (14) tecnologías no excluidas para todas las enfermedades y, por tanto, “se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerables acceder a este producto”. // En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales. (…) Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.”²⁶ (Subrayas fuera de texto).

79. La aplicación, al régimen de excepción del Magisterio, de los estándares de salud establecidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (LeS) y posteriormente desarrollados en la jurisprudencia constitucional, y, en especial, en las Sentencias C-313 de 2014 y SU-508 de 2020, se acompasa de forma especial al principio de integralidad dispuesto en el artículo 8 de dicha Ley, en el que se determinó 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. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

(…)

82. La actualización constante de los servicios y tecnologías que, además, como se dijo, debe observarse independientemente del sistema de cubrimiento o financiación, obedece también a los principios de eficiencia y sostenibilidad. De acuerdo con el Auto 755 de 2021 adoptado por la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 se deben seguir la siguiente finalidad:

“Con el nuevo esquema de coberturas del plan de beneficios, en el que el usuario del sistema tiene la posibilidad de recibir todos los servicios y tecnologías en salud salvo que expresamente sean excluidos; no actualizar periódicamente los planes conllevaría a un desconocimiento de los principios de eficiencia y sostenibilidad. Lo anterior por cuanto, los dineros de la salud se estarían empleando en tecnologías que no deberían ser financiadas con tales recursos y, de esta manera, no se está procurando por la mejor utilización de los emolumentos de la salud; lo cual, es indispensable para garantizar el derecho a esta prerrogativa fundamental. Por lo tanto, la falta de actualización periódica de los medicamentos y procedimientos excluidos de financiación con recursos públicos de la salud tendría efectos adversos en la sostenibilidad financiera del sistema. // En este contexto la falta de actualización periódica bajo un sistema de exclusiones explícita sería una fuente de ineficiencia del sistema y un obstáculo para alcanzar la cobertura universal en salud, tal como lo señaló la Organización Panamericana de la Salud, al indicar que “La falta de financiamiento adecuado y la ineficiencia en el uso de los recursos disponibles representan retos importantes en el avance hacia el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud.”²⁷

83. En los párrafos anteriores, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 aclaró que la protección del derecho a la salud que se establece en la LeS no puede depender del sistema escogido legislativamente para la provisión de servicios y tecnologías ni del mecanismo de financiación elegido. Bajo esa misma lógica, en el presente caso, la Sala Segunda de Revisión se encuentra ante un régimen de salud distinto al general, esto es, el aplicable a las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Esto no implica que los cotizantes o

²⁶ Ibid.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, Auto 755 de 2021.



beneficiarios del FOMAG tengan menos derechos que los reconocidos a los del sistema general en salud. Es así, como en ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado con respecto al amparo del derecho a la salud y la consecuente concesión de tecnologías y servicios excluidos de los planes de salud que rigen a las instituciones de salud encargadas de la atención de los afiliados de dicho Fondo.

84. En casos previos, la Corte decidió inaplicar las reglas incluidas en los contratos o actos que regían la prestación del servicio con base en una variedad de razones dependiendo de la configuración y organización del sistema de seguridad social en salud en cada época. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-592 de 2007, esta Corporación estimó que, aunque el régimen aplicable al magisterio era excepcional de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ello no lo hacía ajeno a los principios y valores que se establecen en la Constitución con respecto a la protección del derecho a la salud.²⁸ Al respecto, la Sala estimó que “(...) si bien el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuenta con un catálogo de servicios propio, la extensión de su cobertura puede ser analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la inaplicación del régimen de exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud.”²⁹ En la Sentencia recién mencionada la Sala concluyó, con base en esta regla, que la entidad de salud accionada no podía desconocer la obligación de suministrar el medicamento que requería la accionante con base en que este se encontraba por fuera del plan de cobertura del Fondo del magisterio.

85. Posteriormente, en la Sentencia T-644 de 2010, la Corte recordó que la ley había reconocido otros regímenes en salud, incluyendo el aplicable a los afiliados al Fondo del magisterio, cuyo contenido se determina a nivel departamental en el contrato que se suscriba entre una entidad fiduciaria y la empresa a la que corresponda la atención de los usuarios del sistema. En esa ocasión, el fundamento que la Corte aplicó para justificar la concesión a través de la acción de tutela de tecnologías o servicios incluidos o no, **tanto en el plan de salud exceptuado aplicable al magisterio como en el plan general**, fue la determinación de la concurrencia de dos condiciones: la necesidad de determinada prestación en salud, como un medicamento o la realización de un procedimiento, por ejemplo, y la falta de capacidad económica de la persona accionante. De esta forma, si se acreditan dichas condiciones, “(...) es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.”³⁰

86. El anterior razonamiento fue reiterado en la Sentencia T-547 de 2014 y la Sentencia T-245 de 2020. En este último caso, antes de pasar a la aplicación de las reglas jurisprudenciales recién indicadas, la Corte señaló que “La jurisprudencia constitucional ha considerado que para los casos del régimen especial del Magisterio es posible aplicar reglas similares a las que se han establecido para el [Sistema General de Seguridad Social en Salud]. En el caso de las exclusiones que prevé el régimen especial del Magisterio, esta Corte ha aplicado las mismas reglas jurisprudenciales que se han desarrollado en el sistema general, con el fin de definir los casos en los que es posible inaplicar la regla de la exclusión.”³¹ Es decir, independientemente de que se trate del régimen general o de regímenes exceptuados, la Corte ha venido ordenando, según los hechos de cada caso, la prestación de tecnologías y servicios si se acredita el cumplimiento de los parámetros jurisprudenciales aplicables -de acuerdo con el estado de evolución de la jurisprudencia- para inaplicar las reglas de exclusión existentes.

87. En consideración de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión observa, a efectos de descender al caso concreto, que el desarrollo de la protección del derecho a la salud que tuvo lugar en la Sentencia SU-508 de 2020 no puede entenderse al margen de, al menos, dos disposiciones de la LeS en las que se regula: (i) su ámbito de aplicación (artículo 3) y (ii) el sistema de exclusiones (artículo 15). En aquella disposición se estableció que dicha Ley se aplicaría “(...) a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.”

88. A su turno, en el artículo 15 se estructuró el sistema de inclusiones que aplicó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-508 de 2020 antes mencionada y que

²⁸ Este criterio fue reiterado por la Corte en la Sentencia T-003 de 2019.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2007.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-644 de 2010.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2020.



obedece a la lógica de que todo aquello que no esté explícitamente excluido del plan de salud se entiende incluido en él. De esta manera, las conclusiones a las que llegue la Corte con respecto a la inclusión o no, dada la aplicación de la regla recién mencionada, de determinados servicios o tecnologías, serán aplicables a todos los regímenes, independientemente de que se encuentren exceptuados. Los mecanismos escogidos para garantizar la cobertura y financiación de la prestación del servicio de salud no pueden exponer a los usuarios del sistema a situaciones de protección incompleta o deficiente de sus derechos, especialmente si por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha zanjado cualquier duda con respecto a la inclusión de determinada tecnología, como los pañales, en el plan de salud. Por ello, corresponde a las entidades observar estas reglas con el fin de actualizar las listas de exclusiones a efectos de proteger y garantizar los derechos de sus afiliados.

89. Dicho lo anterior, la Sala se dedicará, ahora, a recordar las subreglas fijadas en los párrafos 177 a 180 de la Sentencia SU-508 de 2020, establecidas a efectos de poder conceder, por vía de tutela, el suministro de pañales. Tales reglas son las siguientes: (i) por medio de la acción de tutela se debe ordenar directamente el suministro de pañales si existe prescripción médica, pues los pañales se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, y la negación de cualquier tecnología que esté incluida a pesar de mediar orden médica constituye una vulneración al derecho a la salud (FJ 177), (ii) aunque no haya prescripción médica, los jueces pueden ordenar, de forma excepcional, a través de la acción de tutela, el suministro de pañales siempre y cuando se cumplan unos requisitos que tienen que ver con la evidencia de la necesidad del uso de tales insumos dada la falta de control de esfínteres; en este caso, la orden de suministro deberá estar condicionada a la posterior ratificación de su necesidad por el médico tratante (FJ 178), y (iii) “(...) ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico.” (FJ 179) En cualquiera de estas hipótesis, bajo el imperio de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, no solo no es exigible el requisito de capacidad económica como criterio para decidir sobre el suministro de pañales, sino que hacerlo sería contrario a dicha Ley, pues esa tecnología se encuentra incluida, como ya lo ha dicho la Sala algunas veces, en el Plan de Beneficios en Salud que rige actualmente.”. (Negrilla y subraya del Despacho).

En el caso de marras, al estudiar las subreglas fijadas por nuestra alta Corte Constitucional sobre el suministro de Pañales Desechables, se tiene que Dichos insumos, se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, en el mismo sentido se evidencia que mediante orden que data del pasado 09 de Noviembre de 2023, suscrita por la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ, como tratamiento para sus patologías: “R32X INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, G638-POLINEURIOPATIA EN OTRAS ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE, se dispuso este tipo de suministros, siendo clara la orden adjunta en el escrito tutelar de 270 pañales talla XL, en una cantidad de 90 pañales por entrega, esto ajustado al plan de manejo dispuesto por la galeno tratante.

Frente a esto, encuentra este Despacho que la orden médica de fecha 09 de Noviembre de 2023, fue enfática al ordenar “**PAÑAL TALLA XL**” en una cantidad de 90 unidades cada mes, por tres meses, para un total de 270 pañales, con base esto y atendiendo el criterio de *especialidad* que amerita la intervención médica que atiende a criterios científicos, mal obró la E.P.S. SANITAS al no garantizar que su red prestadora de servicios, suministrara oportunamente el elemento que fue sujeto de disposición por parte de la galeno tratante, quien es la profesional *prima facie* debe acudir en la determinación de los elementos, suministros o tratamientos más adecuados para la paciente, omitiendo con esto su deber de cautela y protección que rige el sistema de seguridad social en salud, más en el caso en particular donde nos encontramos frente a un sujeto de especial protección que amerita la aplicación del principio de discriminación positiva, no solo entendiendo su avanzada edad, sino también las patologías padecidas.

Sobre lo anterior la H. Corte Constitucional en decisión C-313 de 2014 expuso:



“En el decurso de los pronunciamientos emanados por este Tribunal en sede de tutela, a propósito del derecho fundamental en estudio, se han advertido situaciones en las cuales algunos requerimientos que en el sentir de quien debe prestar el servicio, no parecieran aquejar la salud, terminan incidiendo de manera significativa en el goce efectivo del derecho. Recurrentes en este punto son los casos en los cuales el suministro de pañales, ha supuesto la intervención del juez de tutela, dada la censurable práctica de negar este servicio en casos incontestablemente claros, a modo de ejemplo, tal acontece con los mayores adultos afectados por varios padecimientos, entre los cuales la pérdida del control de esfínteres acarrea otros problemas de salud y amenaza la dignidad humana. Similar es la situación de personas con discapacidades que, de contera, afectan el manejo de sus esfínteres, requiriendo sin necesidad de orden médica la respectiva entrega de pañales. En otras ocasiones las Salas de Revisión han intervenido ordenando la provisión de silla de ruedas con miras a salvaguardar la dignidad humana de pacientes cuya situación se adecua a lo fijado por la jurisprudencia.”

No obstante, con ocasión del trámite amparatorio, la E.P.S. SANITAS, debido a la vicisitud administrativa que expuso en su momento el señor apoderado de la FARMACIA CRUZ VERDE, en el sentido que a partir del 15 de Noviembre de 2023 no dispensaba tales insumos, siendo de resorte de AUDIFARMA, para lo cual, se dispuso direccionar la orden de entrega a AUDIFARMA SAN GIL, dado que inicialmente se había dispuesto el lugar de dispensación en Bucaramanga, lo cual para el Despacho se evidenciaba en una vulneración a la agenciada, dada su condición de especial protección; sin embargo, se manifestó por la E.P.S. accionada su redireccionamiento a un lugar cercano al lugar de residencia, teniéndose volante de autorización de servicios 251207140 y 251221143 por E.P.S. SANITAS.

En torno al cumplimiento de la orden respecto de la entrega de los 90 pañales relacionados con la primera entrega, conforme el plan de manejo ordenado por la doctora MARIA GABRIELA FLOREZ, la E.P.S. acreditó que “DESDE EPS SANITAS SE ESTABLECE COMUNICACION TELEFONICA EL DIA 02/01/2024 AL NUMERO 3134577155 CON EL SEÑOR GERARDO PORRAS (CUÑADO) A QUIEN SE LE INFORMA, QUE SE LE GARANTIZA EL ENVIO DE LOS 90 PAÑALES MEDIANTE EMPRESA COTRASANGIL, LOS CUALES SE ENCUENTRAN AUTORIZADOS MEDIANTE VOLANTE NUMERO 251207140”, adjuntando el correspondiente pantallazo del envío, y de su corroboración a través de correo electrónico y fotografía del paquete remitido.

Con base en todo esto, evidente se denota la vulneración en la esfera primaria de la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, ante la falta de cumplimiento en el criterio de especialidad científica, en la entrega de los elementos requeridos para su aseo, conforme el Plan de manejo de fecha Noviembre 9 de 2023, dispuesto con ocasión de Diagnostico Principal INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, el suministro de pañales, cada ocho (8) horas, por noventa días, en una cantidad total de 270, evento que a la fecha no se ha satisfecho a plenitud, a pesar de haberse efectuado una entrega; y por lo tanto se le ordenará a la E.P.S. SANITAS y FARMACIA AUDIFARMA, a través de sus Representantes Legales o quienes hagan sus veces, que se le AUTORICE Y SUMINISTRE por el medio de entrega más efectivo, dada la condición de discapacidad de la agenciada, señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, los PAÑALES TALLA XL, en el número y periodicidad por 90 días, en un total de 270, conforme lo dispuesto por parte de la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ FLOREZ, el pasado 09 de Noviembre de 2023.

Se deberá INSTAR a AUDIFARMA, para que, en próximas ocasiones, se sirva suministrar los elementos a los pacientes conforme las prescripciones médicas expuestas y atendiendo las autorizaciones elevadas por parte de la E.P.S. SANITAS.

EN LO RELACIONADO CON EL TRATAMIENTO INTEGRAL

En lo atinente a la solicitud relacionada con que se ordene a SANITAS E.P.S., el suministro del tratamiento integral respecto de las patologías que padece la agenciada, revisado el material probatorio aportado con el escrito tutelar, se tendrá en cuenta lo



considerado por la Honorable Corte constitucional en la Sentencia T-651 de 2014, que frente a la ausencia de criterio médico científico, sostuvo:

“4.- Imposibilidad del juez de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin orden médica en dicho sentido. Reiteración de jurisprudencia

Ahora bien, en un nivel de abstracción distinto, ha sostenido la Corte Constitucional que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción del derecho a la salud, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación o servicio. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal.

*En dichas situaciones, resulta especialmente importante para el juez de amparo la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. **De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante.** De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a estos decidir libre y conscientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia³².*

*En efecto, **se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente.** Por lo cual no están llamados a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que [l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.³³ **Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que este haya sido ordenado por el médico tratante**³⁴” (Negrilla y subraya del Despacho).*

En este orden de ideas, atendiendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia, el Despacho no accederá a la petición relacionada con el suministro de tratamiento integral, en el sentido reclamado por la agenciante, consistente en que se ordene el tratamiento continuo e integral necesario para mejorar el estado de salud, como son las citas médicas a tiempo oportuno con especialista, elementos e insumos para su agenciada, la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON; como quiera que en esta instancia se desconoce qué servicios de salud pueda llegar a requerir la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON, por orden de sus médicos tratantes, quienes son, en últimas, los llamados a determinarlos y no este Despacho Judicial.

FACULTAD QUE TIENE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DE FALLAR EXTRA PETITA.

De los hechos narrados por la agenciante en la presente acción, se advierte, que de lo manifestado, en cuanto la dependencia total que ostenta la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, en virtud de la multiplicidad de patologías padecidas, aunado a ello, al ser un sujeto de especial protección constitucional, en atención a su edad, amerita una intervención suprema en cabeza del aparato jurisdiccional; por consiguiente, en virtud de facultad que tiene el juez constitucional de fallar *extra petita*, se entrara a estudiar, como se indicó anteriormente, si se amerita disponer una Atención Domiciliaria, esto en aras de proteger su esfera más íntima. Sobre el tema la H. Corte Constitucional en Sentencia T-104 de 2018, manifestó:

³² Extracto de la sentencia T-050 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

³³ T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

³⁴ T-569 de 2005.



“4.2. Lo anterior, reiterando lo señalado en la sentencia SU-484 de 2008³⁵, en donde la Corte, al referirse a la aplicación de la facultad extra petita, señaló:

“En consideración a la naturaleza fundamental de los derechos amparados por la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, el régimen de la tutela está dotado de una mayor laxitud que el resto de las acciones jurídicas. En efecto, mientras que el pronunciamiento judicial ultra y extra petita está vedado en materia civil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil³⁶, al juez de tutela le está permitido entrar a examinar detenidamente los hechos de la demanda para que, si lo considera pertinente, entre a determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección. No en vano la Corte Constitucional ha sostenido que:

“(…) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 20 superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.”³⁷ (Subraya fuera de texto)

Lo anterior permite concluir que el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.” (Resaltado fuera de texto).

Por lo anterior, se observa que la libelista expresa una serie de limitaciones que ostenta en la actualidad su hermana la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON, que imposibilitan su manejo autónomo; por consiguiente, sin mayores elucubraciones, se advierte que la paciente, por su condición clínica, no pueden movilizarse por sus propios medios a realizar las valoraciones medicas requeridos o la prestación de los servicios de salud, debido a que se encuentran en estado de postración; lo que genera dificultades a la agenciada y a su grupo familiar, por consiguiente este Estrado Judicial con la facultad de Fallar EXTRA PETITA, ordenará que se ingrese a la señora MARIA BELEN NIEVES RINCON al Programa de ATENCIÓN DOMICILIARIA.

EN LO QUE RESPECTA A LA FACULTAD DE RECOBRO

Es importante indicar, que en reiteradas oportunidades la Honorable Corte ha manifestado que aunque exista un listado de medicamentos, procedimientos, insumos que deben ser de obligatorio cumplimiento dentro del PBS, aquellos que no se encuentren contemplados en él, y sean prescritos por los médicos tratantes, siempre y cuando sea necesario para la vitalidad del paciente, la obligación de suministrarlos oportunamente recae única y exclusivamente en las Entidades Prestadoras de Salud³⁸ con el derecho de

³⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-484 de 2008 (MP Jaime Araújo Rentería).

³⁶ Cita dentro del texto “Reformado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 135. Dicho artículo prevé en su inciso 2º que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.”

³⁷ Sentencia T-310 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

³⁸ Sentencia T-196 de 2014 Corte Constitucional, “...Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de determinados procedimientos, o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva E.P.S. está en la obligación de proveérselos. Por regla general, las E.P.S. solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional de la salud, adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, cuando no existe tal orden, ni otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, se torna oportuna la intervención del juez constitucional para dilucidar su pertinencia. En tales casos, es menester verificar si el peticionario padece patologías que conlleven



hacer el recobro ante la entidad competente; empero, en cuanto a la posibilidad de reembolso de las prestaciones asistenciales excluidas del Plan de Beneficio en Salud, este Despacho tiene claro que dichos procedimientos ya se encuentran regulados en la Ley y es por ministerio de ésta que no es dable a este Fallador el ordenar lo que ya está estipulado normativamente, obedeciendo a trámites administrativos que las mismas E.P.S. deben adelantar por su cuenta y oportunamente.

Corolario, al no advertirse amenaza o vulneración de derecho fundamentales por parte de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER Y FARMACIA CRUZ VERDE, se procederá a su desvinculación.

Se reconocerá PERSONERÍA al señor JEYSON SMITH NORIEGA SUAREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1030548705 expedida en Bogotá y T.P. No. 278,873 del C,S de la J., en su condición de abogado de Gestión Procesal de DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., en las facultades del mandato conferido.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los Derechos Fundamentales a la SALUD y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS de la agenciada, **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.724 expedida en Pinchote (S) en lo que respecta al suministro de PAÑALES, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. ORDENAR a los REPRESENTANTES LEGALES de la E.P.S. SANITAS y FARMACIA AUDIFARMA, o quienes hagan sus veces, respectivamente, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, dentro del marco de sus atribuciones y competencias, se AUTORICE Y SUMINISTRE por el medio de **entrega** más efectivo, dada la condición de discapacidad de la agenciada, señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, los PAÑALES TALLA XL, en el número y periodicidad por 90 días, en un total de 270, conforme lo dispuesto por parte de la Dra. MARIA GABRIELA FLOREZ FLOREZ, el pasado 09 de Noviembre de 2023, de conformidad a lo considerado en el presente proveído.

PARAGRAFO. INSTAR AUDIFARMA, para que, en próximas ocasiones, se sirva suministrar los elementos a los pacientes conforme las prescripciones médicas expuestas y atendiendo las autorizaciones elevadas por parte de la SANITAS E.P.S.

TERCERO. NEGAR la pretensión relacionada con el **TRATAMIENTO INTEGRAL**, por las razones previstas en el presente proveído.

CUARTO. NEGAR la solicitud de reembolso de las prestaciones asistenciales excluidas del Plan de Beneficio en Salud, elevada por SANITAS E.P.S., bajo la advertencia de que dicho procedimiento se encuentra regulado en la Ley y es por ministerio de esta

síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.



que no es dable a este Fallador el ordenar lo que ya está estipulado normativamente, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. Conforme la facultad *extra petita* y las razones anotadas en el presente proveído, ORDENAR al REPRESENTANTE LEGAL de la E.P.S. SANITAS o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a INGRESAR a la señora **MARIA BELEN NIEVES RINCON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 28'298.724 expedida en Pinchote (S), al Programa de ATENCIÓN DOMICILIARIA con el que cuente la E.P.S. accionada.

SEXTO. DESVINCULAR del presente trámite a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER Y FARMACIA CRUZ VERDE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO. RECONOCER PERSONERÍA al Dr. JEYSON SMITH NORIEGA SUAREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1030548705 expedida en Bogotá y T.P. No. 278,873 del C.S. de la J., en su condición de abogado de Gestión Procesal de DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., en las facultades del mandato conferido.

OCTAVO. Notifíquese esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

NOVENO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

DECIMO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

DECIMO PRIMERO. Si no fuere impugnada, remítase el expediente a través de la Plataforma Virtual de la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

DECIMO SEGUNDO. Devuelta de la H. Corte Constitucional, EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Cjrv