



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
Santiago de Cali, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ANDRES FELIPE FLOREZ USECHE
ACCIONADO: COMFENALCO EPS
RADICACIÓN: 05-2023-00005-00
SENTENCIA No. T-011 (1a. Instancia)

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela incoada por Andrés Felipe Flórez Useche en defensa del derecho fundamental a la salud, la igualdad y la vida en condiciones dignas, que a su parecer han sido vulnerados por la entidad accionada.

ANTECEDENTES

Expone en esencia el accionante que, debido a su condición médica, fue diagnosticado desde los 8 años de edad con “TRAUMA RAQUIMEDULAR”, motivo por el cual padece “PARAPLEJIA DEFINITIVA”; lo anterior, con ocasión a que a esa edad recibió una herida con arma de fuego. Agrega que debido a su padecimiento también le fue diagnosticado con “vejiga neurogénica” lo que conlleva a una incontinencia urinaria severa, e incontinencia fecal. Por dicho motivo aduce que debe usar en forma obligatoria y constante, pañales desechables, diariamente, cada seis horas.

No obstante, lo anterior, y pese a que los médicos tratantes, “siempre”, le han formulado “pañal marca TENA SLIM TALLA M” desde el año pasado, cuando asiste a reclamar dichos insumos, le entregan pañales de la marca “CONTEC MEDICAL” los que si bien inicialmente fueron recibidos por no contar con otra opción, considera que han generado una grave situación, pues asegura que aquellos no tienen “NI LA MISMA RESISTENCIA NI (sic) CAPACIDAD PARA ABSORBER LOS LÍQUIDOS Y LOS DESECHOS FECALES.”, dejando pasar la humedad, motivo por el que su piel “mantiene mucho mas irritada”, lo que agrega, además puede generar úlceras y quemaduras. Por lo anterior, pese a que la orden medica implicaría un cambio de pañal cada 6 horas, con el insumo entregado, se ve obligado a realizarse el cambio cada 3 horas.

Por último, arguye, que el 22 de diciembre de 2022, fue emitida orden médica, con las mismas indicaciones antes anotadas, sin embargo, la droguería, le informan que tienen prohibido entregar dichos paquetes; por lo cual considera vulnerados sus derechos fundamentales, motivo por el cual solicita se ordene al accionante que autorice la entrega del insumo solicitado en la forma indicada por el galeno tratante y en general que se entregue todo lo que le sea ordenado.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto No. 333 del 18 de enero de 2023, fue admitida la acción de tutela promovida contra la entidad accionada y se vinculó DROGUERIAS COMFENALCO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a quienes se les corrió traslado a fin de que se pronuncien sobre los hechos edificadores de la acción y controvertan lo pertinente, para lo cual se concedió un término de tres (3) días.

Intervención de la parte accionada y entidades vinculadas.

La **EPS COMFENALCO**, en su respuesta al requerimiento judicial expuso que, revisado el caso expuesto, se evidencia que “por la química farmacéutica quien realiza observaciones frente a



los productos, adicional se realiza revisión de la solicitud del paciente, donde NO se evidencia justificación de la formulación del pañal en marca específica” Cita la siguiente imagen.

Las resumo, a continuación pero básicamente son las mismas para ambas marcas y el producto dispensado por la eps no reporta en INVIMA ningún tipo de alerta de calidad o sanitaria.

Tena Slip	Content Medical
Para incontinencia fuerte	Para incontinencia fuerte
Cintas pega y despega	Cintas pega y despega
Alas o barreras laterales	Alas o barreras laterales
Tecnología que gelatiniza los líquidos y neutraliza olores	Tecnología que gelatiniza los líquidos y neutraliza olores
Cubierta suave	Doble capa de materiales absorbentes y suaves en la zona central
	Forma anatómica y ergonómica

Por lo anterior, aduce que la IPS de atención del accionante, luego de revisar la historia clínica, no identificaron una justificación para la formulación del insumo en la marca comercial, motivo por el cual manifiestan “retroalimentación al profesional y se realiza corrección de observaciones del MIPRES.” Aclara de otro lado, que el accionante recibió los insumos durante los meses de noviembre de 2022 y enero de 2023, sin embargo, precisa que en relación a diciembre no se tiene evidencia que el accionante se haya presentado a reclamar aquel. Por lo anterior, considera que no se ha negado los servicios médicos solicitados de lo que colige que no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante. Corolario, pide se declare la improcedencia del amparo solicitado.

Entidades vinculadas

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: Arguye que es una entidad que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control del sistema general de seguridad social en salud y se encarga de efectuar las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de las vigiladas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo, por ende, alude que: “no es superior jerárquico de las Empresas Promotoras de Salud ni de los actores que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud”., por lo cual solicita que se desvincule a esa entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no devienen de una acción u omisión atribuible a ellos, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La acción de tutela es un mecanismo constitucional que mediante un procedimiento preferente y sumario está dirigido a proteger en forma efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Este despacho es competente para asumir y definir el trámite constitucional iniciado por el accionante; en consecuencia, se analizará y definirá el problema jurídico puesto a consideración, concurren los requisitos de procedibilidad de la acción y en caso de ello ser así, deberá determinarse si la entidad accionada ha trasgredido o no, los derechos fundamentales deprecados, al no autorizar y suministrar los pañales desechables conforme la prescripción emitida por la médica tratante.

Revisados los requisitos básicos de procedibilidad de la presente solicitud de amparo constitucional se evidencia que quien formuló la solicitud de amparo, se encuentra legitimado para actuar en contra de la entidad accionada en virtud a que es el titular de los derechos fundamentales que considera vulnerados, por lo tanto, se haya verificada la **legitimación por activa**, lo mismo ocurre en relación a la **legitimación por pasiva** en tanto se acciona contra la entidad del SGSSS que se considera como trasgresora; de otro lado se tiene que para la fecha en que fue presentada la acción de tutela, presuntamente permanecía la violación alegada, por consiguiente, la acción constitucional se estima oportuna¹, con lo cual se

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2019 “Así las cosas, este Tribunal ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración



satisface el requisito de **inmediatez**. Igualmente se encuentra acreditado el presupuesto de **subsidiariedad** de la acción en tanto no existe otro mecanismo judicial encaminado a proteger los derechos presuntamente conculcados. En tal virtud se realizará el estudio de fondo del presente caso.

Pretende el accionante que la entidad accionada, autorice y haga efectiva la orden medica emitida por la galena tratante emitida el 22 de diciembre de 2022, bajo el número de prescripción 20221222171034820599 la cual precisa “*Tipo prestación*” “*SUCESIVA*” “*Servicio Complementario*” “*PAÑALES*” “*Indicaciones/Recomendaciones*” “*PAÑAL TALLA M CAMBIAR CADA 6H TRATAMIENTO PARA 6 MESES, SLIM MARCA TENAS, (sic) (...)*” No obstante lo ordenado, el accionante asegura que la EPS a través de la entidad encargada de la dispensación del insumo, ha entregado un suministro de una marca diferente, el cual aduce, no tiene “*LA MISMA RESISTENCIA*” ni igual “*CAPACIDAD PARA ABSORBER LOS LÍQUIDOS Y LOS DESECHOS FECALES.*”, lo que conlleva que pase la humedad, se irrite más la piel; a lo que adicionó, la necesidad de incrementar la frecuencia de cambio de pañales, para hacerlo cada 3 horas, pese a que la orden está dada, para cambios cada 6 horas.

De otro lado, se tiene que la EPS, ha corroborado, que en efecto está dispensando a través de su prestador de servicios, una marca diferente a la establecida en la orden médica, pues considera que no existe una justificación para la reclamación pretendida, en tanto a su parecer los insumos únicamente se diferencian en la marca y de otro lado, el producto dispensado, no reporta alerta de calidad o sanitaria, por parte del INVIMA.

La Corte Constitucional en sentencia **T-015 de 2021**, recordó que “*El derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario y por la jurisprudencia constitucional, (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad, debe ser prestado de “manera completa”, vale decir, con calidad y en forma eficiente y oportuna.*” Señalando que “*la integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante*” indicando que “*Según la Sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.*”, aclarando que “*que cuando no es posible la recuperación de la salud, en todo caso deben proveerse los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado*” A lo cual adiciona que “*Uno de los elementos esenciales del principio de integralidad del servicio de salud es la garantía de su prestación sin interrupciones y es por ello que el legislador estatutario estableció el principio de continuidad, como el derecho a recibir los servicios de salud de manera continua*”²

Lo primero que corresponde recordar es que la entidad accionada, como prestadora del servicio de salud tiene a su cargo garantizar al acceso al sistema de salud, mediante la prestación del servicio esencial, “*en forma ininterrumpida, oportuna e integral*”, por consiguiente, cuando por razones de orden administrativo “*(...) demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional*”; trasgrede en forma flagrante los derechos fundamentales a la salud, vida y a la dignidad humana del paciente.

En este punto, resulta importante recordar que la Corte Constitucional ha considerado que el suministro de pañales, constituye un elemento esencial para que las personas que los requieren de manera habitual, puedan llevar una vida en condiciones dignas, y por tanto

se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada”

² Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2019.



procede su autorización incluso en aquellos casos en que no exista prescripción por parte del médico tratante adscrito a la respectiva entidad encargada de la prestación del servicio: *“Esta Corporación ha indicado que **si bien el suministro de los pañales no garantiza la recuperación de salud de los pacientes que no controlan esfínteres, sí ofrece un apoyo para continuar con sus vidas a pesar de sus limitaciones**, y facilita a sus familiares su cuidado. Por esta razón, ha considerado necesario ordenar en algunos casos la autorización de pañales. La jurisprudencia constitucional ha establecido que corresponde al juez constitucional reconocer los pañales desechables, a pesar de no contar con una orden médica que los sugiera, siempre que se evidencie su necesidad en el paciente. En suma, los pañales desechables pueden ser reconocidos por el juez constitucional cuando determine que la ausencia de autorización vuelve indigna la existencia de la persona que los requiera. Para tal efecto, deberá acudir a las reglas establecidas por la Corte para inaplicar el POS y a las circunstancias del caso, cuando no medie orden médica que los prescriba.”*³

En el asunto en particular, no puede perderse de vista, que el accionante es una persona en condición de discapacidad quien goza de especial protección constitucional, recuérdese que, en virtud a lo anterior, le corresponde al Estado garantizar que el accionante alcance los mas altos niveles de bienestar y salud, así como la plena realización de sus garantías fundamentales, sin que se impongan barreras de acceso.⁴ De igual manera, es importante relieves que el concepto científico del medico tratante, es el principal criterio para establecer si se requiere o no un servicio de salud, *“ El criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. De manera no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente.”*⁵ Por dicho motivo, cuando el, o la galena tratante, prescriben un medicamento, insumo o servicio, aquel **debe ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.**⁶; sin que entonces, resulte factible, que sea la EPS, en el ejercicio de sus funciones de orden administrativa, interfieran o se inmiscuyan entre el medico y el paciente, para modificar o eliminar, la orden medica determinada por el galeno.

En virtud de lo precisado, el actuar de la EPS accionada, sin hesitación alguna, ha impuesto una barrera que impide el goce efectivo de los derechos fundamentales del accionante, trasgrediendo con ello sus derechos fundamentales, en forma flagrante, pues pese a tener pleno conocimiento del estado de salud del paciente y de la existencia de la ordenes médica prescrita por la profesional de la salud tratante, quien es conocedora del estado de salud de su paciente, no ha actuado en la forma debida, con la premura y diligencia correspondientes. Por el contrario, en un actuar a todas luces reprochable, la EPS ha generado reparos a lo definido por la profesional de la salud y contrario a sus deberes y obligaciones, ha manifestado que ya generó corrección de observaciones del MIPRES de lo cual se observa que en curso de la acción, modificó la prescripción médica conforme consideró pertinente; suplantando el criterio de la profesional idónea para ello, indicando además que hará se hará *“retroalimentación al profesional”* en la IPS; desconociendo el criterio e idoneidad de la profesional de la salud, lo que se considera inadmisibles.

Mírese, además, que con la posición asumida por la EPS accionada, se está desconociendo su deber de asegurar la prestación del servicio de salud de manera integral dentro del marco señalado por la constitución y la ley, pese a que el accionante, debido a sus padecimientos, es merecedor de un trato preferente y especial; constriéndolo para que accione por esta vía, a fin de que se le brinde la prestación del servicio de salud al que tiene derecho, cuestionando el criterio de la galena tratante y modificando arbitrariamente la orden médica, de lo cual se evidencia claramente que la accionada ha quebrantado de forma flagrante los derechos fundamentales del accionante.

³ Corte Constitucional Sentencia T-500 de 2013 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-017-21.htm> - ftn76

⁵ Sentencia T-017-2021

⁶ Sentencia T-260 de 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera.



En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de **ANDRÉS FELIPE FLÓREZ USECHE** por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **COMFENALCO VALLE EPS** que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo; a través de su prestador encargado de la dispensación de medicamentos e insumos **HAGA EFECTIVA LA ORDEN MEDICA** emitida el 22 de diciembre de 2022, bajo el número de prescripción 20221222171034820599, en la forma allí definida por la galena tratante; **ENTREGANDO** al señor Andrés Felipe Flórez Useche la cual precisa "*Tipo prestación*" "*SUCESIVA*" "*Servicio Complementario*" "*PAÑALES*" "*Indicaciones/Recomendaciones*" "*PAÑAL TALLA M CAMBIAR CADA 6H TRATAMIENTO PARA 6 MESES, SLIM MARCA TENAS, (sic) cantidad 1, Frecuencia Uso, 6 horas, Duración Tratamiento -Cantidad Periodo 180 Dia(s), Cantidad Total 720*". So pena de incurrir en desacato.

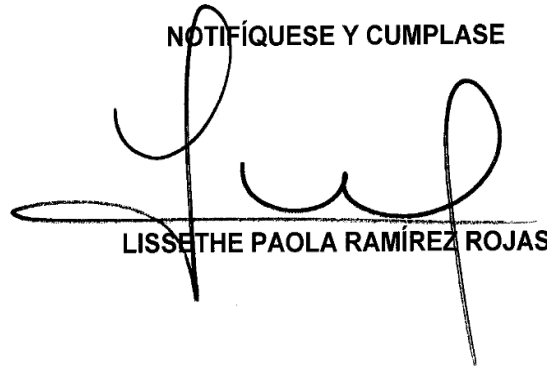
TERCERO: CONMINAR al representante legal de **COMFENALCO VALLE EPS** para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en omisiones ilegítimas que comprometan la continuidad en la prestación del servicio de salud de manera integral de los pacientes, en especial de quienes gozan de especial protección constitucional.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes esta providencia, por el medio más expedito.

QUINTO: Sí no fuere impugnada la providencia dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

La Juez,



LISSETHE PAOLA RAMÍREZ ROJAS