

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.) once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia **ACUMULADA** No. 21

Rad. 76-520-40-03-**001-2021-00095-01**

Rad. 76-520-41-89-**002-2020-00162-01**

Por presentar unidad de materia y ser la entidad accionada una misma, a saber, la **ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD EMSSANAR ESS**, en los dos expedientes, el despacho se pronunciará en un solo fallo para decidirlos.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el recurso de **IMPUGNACIÓN** presentado por la entidad accionada **contra: 1.** La **sentencia No. 025 del 9 de abril de 2021** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada **en favor** de la señora **NELLY MACHADO** con cedula de ciudadanía **29.022.507**, actuando a través de su hija **MARIA FERNANDA TOVAR CUEVAS** identificada con la cedula **66.859.933**, radicado **76-520-40-03-001-2021-00095-01** proferida por el **Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (V.)**, y **2.** la **sentencia No. 37 del 09 de abril de 2021** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada **en favor** de la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** identificada con cedula de ciudadanía No. **29.657.056**; actuando a través de su sobrina **JULLY SERLENE OROZCO AGUDELO** identificada con la cedula de ciudadanía **No. 29.679.616** radicado **76-520-41-89-002-2021-00162-01** proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira (V.)**.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Se solicita el amparo de los derechos fundamentales a vida, salud, dignidad humana y a la seguridad social.

ANTECEDENTES EXPEDIENTE RAD. 2021-00095-01 NELLY MACHADO

Mediante el escrito de tutela informó la agente oficiosa de la señora **NELLY MACHADO** que, su madre tiene 86 años de edad y sufrió accidente cerebro vascular que la dejó postrada en cama, aunado al hecho de que padece de estados epilépticos, hipertensión, lesión renal, estenosis severa, estenosis moderada de arteria carótida, gastrostomía, trastorno hidroeléctrico, y actualmente alimentada por sonda vesical.

Indica que le ordenaron Homecare y se le ordenó el suplemento alimentario NUTRICIÓN VITAL 1.5 KCAL, uno cada día, treinta frascos mes. Sin embargo, cuando acudió a reclamar al final del mes le dijeron que van a realizar la gestión para que vaya el nutricionista, proceso que se toma más de un mes y que mientras lo debe comprar, lo que pone en riesgo la vida de su madre.

Afirma que su progenitora requiere cama hospitalaria, silla de ruedas para moverla al baño y a las citas, además de pañales, guantes, crema humectante, solución salina gastro, gasa y pañitos húmedos, los cuales se han solicitado pero el médico les dice que no los pueden ordenar.

Por lo anterior, acude a la presente acción, para que se protejan los derechos de su madre y se ordene a su favor la autorización y entrega de SUPLEMENTO ALIMENTARIO NUTRICIÓN VITAL 1.5 KCAL, CAMA HOSPITALARIA, SILLA DE RUEDAS, PAÑALES, GUANTES, CREMA HUMECTANTE, SOLUCIÓN SALINA GASTRO, GASA, PAÑITOS HÚMEDOS y ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

La **SUPERSALUD** consideró que la vulneración de derechos no es atribuible a esa entidad, por lo cual se configura falta de legitimación en la causa por pasiva y pidió ser desvinculada de la acción.

La **GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA** indicó que la negativa no deviene de esa secretaría, y que es competencia de la EPS a la cual está afiliado el paciente, responder por el tratamiento que le sea formulado, garantizando la adecuada prestación del servicio de salud, conforme a los preceptos constitucionales que existan en caso de ser servicios No PBS, con cargo al UPC, lo cual está a cargo de ADRES, por lo que consideró que debe ser desvinculada de la tutela.

Por su parte **EMSSANAR EPSS** manifestó que, la señora Nelly Machado se encuentra vinculada y es beneficiaria del régimen subsidiado en Salud, se le han sido garantizados plenamente los servicios del Plan de Beneficios en Salud.

Sobre los insumos soporte nutricional vital 1,5 líquido, pañales desechables, crema oxido de zinc, paños húmedos, crema humectante, cama, silla de ruedas, guantes, solución salina y gasas, dijo que algunas de ellas carecen de fundamento médico, es decir que se presenta una inexistencia probatoria.

Respecto de las solicitudes del **producto nutricional vital 1,5 líquido, los pañales desechables y la crema oxido de zinc**, escapan de la competencia legal y reglamentaria de la EPS, por cuanto no son financiados con los recursos públicos de la salud, y no se encuentran cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud. Consideró que no existe vulneración a derechos, por lo que la tutela es improcedente y pidió exonerar de responsabilidad a la EPS.

ANTECEDENTES EXPEDIENTE RAD. 2021-00162-01 MARIA DORIS TALAGA OROZCO

Aduce la sobrina de la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** que, su tía tiene 82 años y padece TUMOR MALIGNO DE LA VEJIGA URINARIA, PARTE NO ESPECIFICADA, por lo que requiere RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCOPIA, y que debe ser valorada por especialista en UROLOGÍA. Que fue remitida al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE VALLE donde dijeron que no podían prestar el servicio de salud porque EMSSANAR **no se encontraba al día en los pagos**.

Dice que se realizó cambio de prestador al HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO, donde les informan que **no prestan servicio de UROLOGÍA Y RESECCIÓN VESICAL**, por tanto, a la fecha no ha recibido el servicio.

Acude a esta acción para que se ordene la autorización de cita con especialista en UROLOGÍA y el procedimiento RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCOPIA, así como el tratamiento integral que requiere su agenciada.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** expresó que, no es responsable directo de la prestación de servicios y que compete a la EPS autorizar lo solicitado a favor de la agenciada, dijo que en todos los casos le corresponde a la entidad prestadora de salud garantizar el acceso al servicio de salud, pidiendo la exoneración de la tutela.

EMSSANAR S.A.S. contestó que la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** está inscrita y activa a través de la EPS, que desde su afiliación siempre se le ha garantizado el servicio de salud. Respecto del servicio que la afiliada requiere indicó que fueron autorizados en el HUV para la realización del procedimiento que se encuentra pendiente, donde autorizó también consulta de primera vez con urología.

Concluyó diciendo que no ha vulnerado derechos a la paciente y existe hecho superado por carencia actual de objeto.

La **SECRETARÍA DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA** manifestó que no se justifica el que las entidades prestacionales de salud nieguen autorizaciones, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en muchas oportunidades ha explicado las circunstancias en las que se debe prestar un servicio a pesar de que se encuentren excluidos del PBS, esto es que se requiere con necesidad el servicio o prestación médica. Que la falta de prestación del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal; que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS, que el interesado no pueda costearlo.

Finaliza solicitando que se ordene a EMSSANAR EPS-S suministrar los servicios de salud que requiera la paciente, como son los medicamentos, procedimientos, tratamientos, actividades e intervenciones por enfermedad en forma integral y oportuna con las IPS públicas o privadas con las cuales tengan contrato de prestación de servicio de salud, sin derecho a recobro cuando las prestaciones sean PBS o prestando en forma eficiente el servicio integral de salud, culmina solicitando se desvincule a la Secretaría del trámite.

LOS FALLOS RECURRIDOS

Los señores jueces de primera instancia, coincidieron en tutelar los derechos invocados en favor de las señoras **NELLY MACHADO** y **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** al considerar que se trata de personas en condiciones de debilidad manifiesta, que padecen enfermedades que comprometen su dignidad y disminuyen sus condiciones, que requieren la continuidad del servicio y así lo dispusieron en las sentencias que se revisan, concediendo en los dos casos el amparo integral para las pacientes.

LA IMPUGNACIÓN

La **EPS EMSSANAR** impugnó las mencionadas **sentencias No. 025 y No. 037 del 09 de abril de 2021**, alegando que se ordenaron insumos, medicamentos y/o servicios no incluidos en el PBS, además se impuso un tratamiento integral a las pacientes, por lo que pidió revocar las ordenes emitidas en favor de las señoras **NELLY MACHADO y MARIA DORIS TALAGA OROZCO**.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Por activa se cumple en la señora **NELLY MACHADO** y en la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** quienes por razón de su calidad de seres humanos son titulares de los derechos invocados, por ende titulares de la acción prevista en el artículo 86 constitucional.

Por pasiva lo está **EMSSANAR ESS**, por ser la entidad prestadora de servicios de salud de las dos pacientes.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, por razón del factor funcional.

LA AGENCIA OFICIOSA. Dada las condiciones de salud de las pacientes en cuyo favor de incoaron esta tutelas y avanzada edad se acepta el ejercicio de la agencia oficiosa prevista en el artículo 10 inciso 2 del decreto 2591 de 1991.

LA TUTELA CONTRA PARTICULARES. Tiene la acción constitucional de tutela como finalidad, la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales de carácter constitucional, contra su amenaza por acción u omisión de cualquier entidad, pública o

privada, y su procedencia contra particulares que tengan a su cargo la prestación de un servicio público. De acuerdo con el precedente constitucional¹, *"la acción de tutela procede contra particulares cuando: (i) **prestan un servicio público**; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. Mientras que el primer supuesto es objetivo, los otros dos, requieren de valoración fáctica en cada caso, sin olvidar la relación existente entre las partes²".* Enfocados en los asuntos, estamos frente al primero de los eventos antes mencionados, ahora es preciso avocar ambos asuntos de fondo.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: El debate se centra en determinar: **1)** Si el proceder de **EMSSANAR EPS** lesiona los derechos fundamentales invocados en favor de las acá afectados? **2)** Si es procedente por este medio amparar los derechos fundamentales invocados en favor de las señoras **NELLY MACHADO y MARIA DORIS TALAGA OROZCO?** y **3)** Determinar si se deben revocar las providencias de primera instancia en cuanto le fueron adversas al recurrente? Ante lo cual se deben discurrir las siguientes razones:

Se debe considerar, en primera medida que al ser establecida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política de 1991, la reconocida Acción de tutela, se dirigió a la protección de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto que fueren amenazados o vulnerados, y a la vez se encomendó la protección de dicho estatuto a la Corte Constitucional máxima autoridad judicial en la materia, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de amparar los derechos fundamentales, incluidos en dicho título, como los que se ubiquen en otro aparte de la Constitución, como en general aquellos que sean inherentes a la persona humana y por ende ostente tal categoría (v.gr. la salud, la dignidad humana) así quedó asentado en la sentencia **T-760 de 2008**, lo cual legitima que en este expediente nos ocupemos de los invocados por la parte accionante.

1. LA INTEGRALIDAD. Al atender el concepto de integralidad de los amparos concedidos en primera instancia en sede de tutela a las señoras **NELLY MACHADO y MARIA DORIS TALAGA OROZCO**, se debe precisar con base en el precedente constitucional que el otorgarlo, no parte de contrariar el principio de la buena fe (art. 83 constitucional), sino de atender al estado de vulnerabilidad en que se encuentre la parte, en cuyo favor se promueve la respectiva acción, es decir, se tiende a hacer efectiva la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección

¹ Sentencia T-012 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Sentencias T-767 de 2001, T-1217 de 2008 y T-735 de 2010.

constitucional³, particularmente tratándose del tema de la prestación del servicio de salud, de modo que así se busca asegurar que el paciente pueda acceder a todos los servicios requeridos inherentes a la afección, motivo de estas tutelas.

2. No sobra recordar que entre los grupos de personas que la mencionada Corte ha tenido a bien asumir como población vulnerable, tenemos: las **mujeres**⁴, los menores de edad⁵, los **adultos mayores**⁶, los **pacientes de enfermedades de alto costo o ruinosas**⁷, personas con discapacidades físicas o mentales⁸ a quienes se les debe dar una protección mayor que al común de los congéneres en orden a superar tal estado de desigualdad que por su debilidad presentan.

Cabe resaltar con relación a estos asuntos que ambas pacientes son **mujeres**, y particularmente la señora **NELLY MACHADO** tiene 86 años, presenta diagnóstico de **ESTADOS EPILÉPTICOS, ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, SECUELAS DE INFARTO CEREBRAL, OCLUSIÓN Y ESTENOSIS DE ARTERIA CARÓTIDA Y GASTROSTOMÍA**, y la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** tiene 82 años y presenta **TUMOR MALIGNO DE LA VEJIGA URINARIA, PARTE NO ESPECIFICADA**, lo cual puede generarles complicaciones. Aspectos (genero, edad, enfermedad) que les da la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Ahora bien, es necesario hacer alusión a las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las cuales encontramos el carácter fundamental que tiene la **continuidad en los tratamientos** de salud y la protección que merecen los sujetos que gozan de **especial protección constitucional**⁹, elemento este último que resulta pertinente para la solución de los casos objeto de estudio, por el género¹⁰ de las pacientes, la edad y los diagnósticos al ser enfermedades de alto costo.

La atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de **especial protección constitucional**, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicho amparo especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del

³ Sentencia T- 898 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y sentencia T-362 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Sentencia T 434 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁵ Sentencia T-133 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Sentencia T 239 de 2015 M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez. De acuerdo con la ley 1276 de 2009, art. 7 literal b, en Colombia se es adulto mayor a partir de los 60 años de edad. Ver también Ley 1850 de 2017

⁷ Sentencia T-898 de 2010

⁸ ley 1618 de 2013

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-898 de 2010.

¹⁰ Al respecto también se puede revisar el artículo 4 de la Convención de Belem do para. 1994.

Estado Social de Derecho¹¹.

Prosiguiendo es necesario hacer alusión a las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las cuales encontramos el carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud. Al respecto la mencionada Corte ha dicho:

*"El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles"*¹².

3. Por tanto al tenor del precedente constitucional, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida, las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia, la cual ha establecido a todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, **el deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición de debilidad manifiesta**¹³ como en el caso que nos ocupa de las señoras **NELLY MACHADO y MARIA DORIS TALAGA OROZCO**, por lo que ostentan una protección prevalente razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente, tal como lo dispusieron los señores Jueces Primero Civil Municipal y Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira (V.).

En síntesis, según la Corte Constitucional estos pacientes tienen el total derecho a que las entidades, garantes de la prestación del servicio público de salud, **les generen un tratamiento integral durante la etapa preventiva de una enfermedad**, en el **transcurso** de la misma, hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud, cuando ello fuere posible o, asegurar una existencia humana en condiciones dignas, todo ello acorde con el principio de protección integral consagrado en la **Ley 100 de 1993, en cuyo numeral tercero, artículo 153**, que dice:

"El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud". (Negrillas del juzgado).

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

¹³ sentencia T-818 de 2008

De igual manera, dicha Corte plantea que nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado (entiéndase en este evento a través de la administración de Justicia) debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad y de protección especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de **debilidad manifiesta**¹⁴, como ocurre con cada una de las agenciadas, tal y como se estableció en líneas anteriores, **y por ende – se reitera- las dos resultan ser sujetos de especial protección constitucional reforzada**, tal como la otorgaron los jueces de primera instancia, pues a la fecha no se les ha garantizado un tratamiento oportuno y eficaz.

4. Ahora bien, en el caso particular de la señora **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** se reitera que tiene derecho a que las entidades garantes de la prestación del servicio público de salud, les brinden un tratamiento integral durante la enfermedad, a saber TUMOR MALIGNO DE LA VEJIGA URINARIA, PARTE NO ESPECIFICADA, enfermedad que disminuye y que implican una serie de cuidados especiales, aunado al hecho de que su médico le ordenó cita con especialista en UROLOGÍA, PAQUETE PROCEDIMIENTOS URO ONCOLÓGICOS MEDIANA COMPLEJIDAD (CÁNCER DE VEJIGA, RTU TUMOR VESICAL), los cuales si bien son PBS, no han sido debidamente prestados hasta la presentación del presente trámite, desconociendo los derechos constitucionales de la paciente, situación que no es de recibo para el despacho. Que según se informa la ESE Hospital Universitario del Valle entidad idónea no prestó el servicio por que la EPS no le paga, eso denota una deficiencia. Que la Epss no acertó al reenviar su afiliada a una institución que no presta el servicio de urología requerido.

Que si bien ya le fue prestado el servicio de consulta con urología, como lo averiguó el despacho de primera instancia vía telefónica, la deficiencia previa respecto de ello y su avanzada edad no dan más espera, por eso en orden a garantizar la prestación integral del servicio de salud para la patología motivo de esta acción resulta viable decidir en favor de la paciente, por aplicación del principio pro homine.

5. Al pasar a considerar el caso de la también octogenaria señora **NELLY MACHADO** cabe recalcar que se cataloga como persona con ESTADOS EPILÉPTICOS, ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, SECUELAS DE INFARTO CEREBRAL, OCLUSIÓN Y ESTENOSIS DE ARTERIA CARÓTIDA Y GASTROSTOMÍA por tanto **sujeto de especial protección constitucional**, por eso sus derechos personalísimos incluidos los relativos a la salud y a la seguridad

¹⁴ C. P. art. 13.

social son de naturaleza fundamental, autónoma, por ende amparables, **aún si los servicios que requieren se encuentran excluidos del PBS.**

Precedente aplicable en este asunto en el que, la señora NELLY MACHADO según reportan las copias clínicas allegadas, es una paciente de alto riesgo, de movilidad reducida, con incontinencia, cuya calidad de vida se ve afectada mientras no se autoricen los servicios que le fueren ordenados por su médico tratante, a saber PROTEÍNA HIDROLIZADA BASADAS EN PÉPTIDOS VITAL 1.5 LIQUIDO 1.000 ML/LPC X 30 DÍAS CANTIDAD 33, y los PAÑALES DESECHABLES CANTIDAD 270 POR 90 DÍAS, continua su vulneración, por eso al tenor del artículo 2 numeral 6 de dicha ley se debe procurar que acceda al servicio de salud, esto es acceda a la rehabilitación funcional que consiste en las *“acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes”*.

Es necesario recordar que los pacientes tienen el total derecho a que las entidades, garantes de la prestación del servicio público de salud, les brinden un tratamiento **integral** durante la enfermedad (**ley 1751 de 2015, art. 8**), máxime si tenemos en cuenta que los insumos acá solicitados, fueron ordenados por los médicos tratantes de la paciente, quien los consideró oportunos para tratar su patología, a pesar de no estar incluidos en el PBS.

La Corte Constitucional ha indicado que existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención no PBS, en sentencia **T-096 2016 el M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA** reiteró que debe ser concedido cuando:

«(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo»

Situaciones estas que se cumplen, tal y como lo analizó el juez A Quo, pues según lo establecido en sede de tutela, se cumplen las 4 normas predicadas por el alto tribunal, obsérvese que existe riesgo inminente para la salud de la paciente **NELLY MACHADO**

la falta de los insumos compromete su salud, lo que amenaza su integridad pues afecta su vida en condiciones de normalidad, asimismo se sabe que su médico tratante consideró oportuno formularlos, **y se sabe también que se trata de una paciente que no puede sufragar lo ordenado**, adscrita al régimen subsidiado, situación que no fue controvertida por la accionada.

Por lo que es necesario recordar que en abundante jurisprudencia y en particular dentro del proveído **T-160 de 2014 en el cual se hace alusión expresa a la famosa sentencia T-160 de 2008** se ha estudiado el asunto del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse *strictu sensu* como un servicio médico, **se trata de un elemento indispensable para la salud**, para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, y **debe ser facilitado aunque no allegue al expediente fórmula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba su suministro¹⁵, o no se allegue ninguna fórmula médica en tal sentido, siempre y cuando se acrediten la necesidad de tales elementos y no se desvirtúe la incapacidad económica del paciente y su familia.**

Ahora bien, respecto de la solicitud elevada por el actor para que se autorice la entrega de **CAMA HOSPITALARIA, SILLA DE RUEDAS, GUANTES, CREMA HUMECTANTE, SOLUCIÓN SALINA PARA GASTRO, GASA y PAÑITOS HÚMEDOS** observa el despacho que en el plenario no existen órdenes médicas que respalden la autorización de dichos elementos y servicios solicitados aunque los antecedentes de salud de la agenciada reportados en el expediente a saber: ESTADOS EPILÉPTICOS, ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, SECUELAS DE INFARTO CEREBRAL, OCLUSIÓN Y ESTENOSIS DE ARTERIA CARÓTIDA Y GASTROSTOMÍA, podrían conducir a pensar que sí los necesita, es por lo que en aras de proteger los derechos fundamentales de la agenciada señora **NELLY MACHADO**, se debe tener en cuenta el precedente constitucional según el cual "*Por tratarse de un sujeto de especial protección la EPS deberá evaluar al paciente para determinar si requiere el insumo requerido en la tutela*".¹⁶

Es decir le corresponde el médico tratante adscrito a la EPS o a la IPS bajo su responsabilidad personal ética y profesional de médico y sin que su EPS o IPS puedan tomar represalias contra él, determinar conforme las circunstancias de salud de su paciente la necesidad o no de tales suministros tal como lo prevé la Corte Constitucional, por eso y como quiera que se trata de un sujeto de especial protección

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-437 de 2010

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-053 de 2009 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

constitucional, en estado de debilidad manifiesta, esta instancia estima procedente asumir una posición similar a la tomada por la Corte Constitucional en su proveído T-050 de 2009, y en consecuencia la sentencia impugnada se confirmará en ese aspecto.

Por tal razón se encuentra acertada la orden emitida a favor de la agenciada por el Juzgado de primera instancia, en lo demás se debe anotar que resultan razonables las decisiones proferidas en favor de **NELLY MACHADO** y **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** dadas sus condiciones de salud, por lo que se confirmarán las sentencias proferidas en primera instancia.

6. EL RECOBRO. Ahora bien, sobre el tema de **recobro**, se debe precisar y observar que no ha sido unánime la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga (V.), en la medida en que una Sala prevé la autorización del recobro en el 100% de los servicios **NO POS** (hoy día debe entenderse no previstos en el Plan Básico de Salud), mientras otra sala de esa Corporación plantea que ello: “**no depende de la autorización expresa del juez constitucional**, sino que encuentra su fundamento en la Ley”, en otras palabras, es un derecho legal. Es decir, es una potestad que tiene las EPS de recobrar ante el F.O.S.Y.G.A.- caso de régimen contributivo- y las entidades territoriales -caso del régimen subsidiado-, **no deviene de autorización jurisdiccional sino de un imperativo legal**¹⁷

Sobre el recobro ante el FOSYGA, invocando el precedente constitucional¹⁸ tenemos:

“[...], cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) **no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir**. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC; (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa ‘*Principio activo en POS*’ cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia”. (Subrayado del despacho)

¹⁷ Sala Civil Familia, M.P. Orlando Quintero García, Sentencia de mayo 23/12. Rad.76-520-31-03-002- 2012-00060-01

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **sentencia No. 025 del 9 de abril de 2021** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada en favor de **NELLY MACHADO** con cedula de ciudadanía **29.022.507** actuando mediante agente oficiosa proferida por dentro del radicado **76-520-40-03-001-2021-00095-01** proferida por el **Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira (V.), con sujeción a lo expuesto en precedencia.**

SEGUNDO: CONFIRMAR la **sentencia No. 37 del 09 de abril de 2021** dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada en favor de **MARIA DORIS TALAGA OROZCO** identificada con cedula de ciudadanía No. **29.657.056** proferida por el **Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira (V.), dentro del radicado 76-520-41-89-002-2021-00162-01, por lo expuesto en precedencia.**

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

CUARTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

Firmado Por:

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE PALMIRA-VALLE DEL CAUCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9679736c6f98bd7f2ce58e3ec07d64822b84e177e3e9843fc88949fa538c524f**

Documento generado en 11/05/2021 05:29:42 PM