

Sabanagrande, 14 de septiembre de 2020.

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Actuación	FALLO DE TUTELA
Radicado	086344089001-2020-00142-00.
Accionante	ANA ISABEL PACHECO CERVANTES, en calidad de agente oficiosa de su madre TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO
Accionado	FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver la acción de tutela promovida por la señora **ANA ISABEL PACHECO CERVANTES, en calidad de agente oficiosa de su madre TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO**, contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Salud en; conexidad a la vida e integridad personal.

II.- ACONTECER FÁCTICO

La accionante, a través de su Agente Oficiosa, realizó en el escrito de tutela las siguientes precisiones:

La accionante está afiliado al sistema nacional en salud a través de FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a título de beneficiaria de su hijo DIEGO RAFAEL PACHECO CERVANTES portador de la cedula de ciudadanía N°3.753.950 expedida en Sabanagrande; es una adulta mayor de raza mestiza, femenina con 84 años de edad en estado de vulnerabilidad en razón a la edad y cuenta con un diagnóstico de antecedentes de: ARTROSIS GENERALIZADA, HIPERTENSION ARTERIAL, CON ADHERENCIA DE ALTAS CIFRAS TENSIONALES, DIABÉTICA MELLITUS, CON INSUFICIENCIA URINARIA IMPERIOSA POR LO QUE USA PAÑELES, por lo anterior a la accionante se le ha afectado su motricidad, lo cual le ha impedido laborar y recibir ingresos para gastos médicos, alimentación, traslado a citas médicas, elementos de aseo como paños, cremas anti escara.

En virtud de la condición clínica expuesta anteriormente señala que circunstancias que se enmarcan en los requisitos que señala la Corte Constitucional para que FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, asuma los costos de Suministro de Paños Desechables.

La Corte ha establecido que los pañales desechables, necesarios para personas en circunstancias patológicas especiales, deben ser ordenados si de ellos depende, no su subsistencia orgánica o necesariamente la recuperación de su condición física, sino la posibilidad de que el individuo pueda sobrellevar con dignidad su enfermedad y ciertas consecuencias que ella le trae. Esta Corporación, así mismo, ha sostenido que la obligación de entregar este producto puede ser excepcionalmente generada, incluso sin orden médica, siempre que resulte clara y evidente su necesidad, atendida la situación específica en que la enfermedad pone al individuo.

La accionante TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO, como consecuencia de su INSUFICIENCIA URINARIA IMPERIOSA CRÓNICA EN ESTADO AVANZADO por lo que en la

actualidad diariamente usa 4 PAÑALES DESECHABLES (TALLA L) en total utiliza 120 PAÑOS MENSUALMENTE.

En razón del cuadro presentado y señalado en el hecho anterior, solicite al FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que este asuma los costos del suministro de paños desechables, por medio de un Derecho de Petición el día 15 de enero de 2019.

En respuesta al derecho de Petición la FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, informa que "realizo auditoria a su historia clínica, donde se puede evidenciar no registra ordenamiento de pañales desechables".

"por lo anterior le comunico que No es posible atender favorablemente su solicitud debido a que No existe ordenamiento, formula, prescripción, o indicación por ningún médico adscrito o vinculado a esta entidad".

Respecto a lo anterior le informo que NO se evidencia registro de ordenamiento de pañales desechables porque manifiestan dichos insumos no hacen parte de la cobertura integral de salud. A pesar de que en el expediente no hay constancia que señale la necesidad de autorizarme el suministro de paños desechables y al momento de solicitárselos a los médicos verbalmente estos manifiestan que NO me pueden dar ningún ordenamiento, formula, prescripción, o indicación ya que no se encuentran autorizados de parte del FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para autorizar el suministro de pañales.

En respuesta al Derecho de Petición la FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, también manifiesta que "la interesada no cumple con el requisito jurisprudencial, por cuanto el pensionado tiene la capacidad económica suficiente para costear directamente los insumos que requiere como lo son los pañales desechables, pues el cotizante recibe una mesada pensional entre 2 y 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, dinero que a todas luces resulta ser suficiente para satisfacer las necesidades básicas, más aun para una persona que tiene la edad de 82 años (actualmente 84 años), el cual se presume no tiene personas a cargo.

"Le corresponde a sus parientes más cercanos el deber de asistirlo y ayudarlo económicamente con las necesidades que requiera"

Respecto a lo anterior hago claridad que mi hermano DIEGO RAFAEL PACHECO CERVANTES, es un DISCAPACITADO VISUAL, DIABETICO, HIPERTENSO, LE REALIZAN HEMODIALISIS, SE ENCUENTRA EMBARGADO Y DEBE COSTEARSE SUS ALIMENTOS Y PAGAR ARRIENDO EN DONDE VIVE. NO tiene la capacidad económica suficiente para costear directamente el suministro de PAÑALES DESECHABLES.

Relata la agente oficiosa, que está a cargo de la señora, TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO, que no cuenta con ingresos fijos, es madre soltera, tiene también a su cargo a su única hija ANA MARIA SALAS PACHECO la cual tiene una alteración genética síndrome de Down por lo cual origina retraso mental y de crecimiento y produce determinadas anomalías físicas. Por lo cual relata que no se encuentra en capacidad económica para sostener este gasto adicional, situación que evidencia una trasgresión al mínimo vital de su núcleo familiar debido que más del 90% de sus ingresos están dirigida para cubrir los gastos de los pañales desechables, debido a lo anterior están pasando por necesidades básicas por no tener como costearla debido al gasto que se presenta.

Aclara que la accionante solo depende económicamente de ella, pero la situación económica que padece no le alcanza para sufragar el suministro de paños desechables en otras oportunidades los he asumido gracias a la caridad y buenos corazones de la gente y los vecinos.

Relata que la accionante debido a la falta de pañales ha tenido afectaciones dermatológicas siendo esto el resultado de no contar con el suministro de pañales y cremas anti escaras, causándole igualmente una afectación de la esfera síquica. La razón originada en este tipo de daño, obedece a la evidencia de no tener dinero para costearse los pañales desechables, por verse afectada físicamente. Todos los hechos mencionados anteriormente le generan una gran angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación.

Requiere entonces se tutelen los derechos fundamentales de su agenciada y se ordene a FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que suministre los paños Desechables talla (L) ya que actualmente requiere de uso diario de paños, en cantidad de 120 paños desechables al mes, lo que corresponde a 4 paños desechables diarios.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

- La acción de tutela fue presentada por la actora el 31 de agosto de 2020, siendo recibida por Secretaría de este Juzgado a través del correo electrónico en la misma fecha.
- Mediante providencia del 31 de agosto de 2020, el Despacho admitió la acción, ordenando la notificación a las partes y requirió a la Accionada para que en el término de un (1) día se pronunciara sobre los hechos objeto de la solicitud.
- De igual forma en el auto admisorio, se ordenó notificar como terceros con interés a SUPERSALUD, ADRES, y MINISTERIO DE SALUD.

INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y DEL TERCERO CON INTERES

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

SANDRA MILENA BURGOS BELTRÁN, Jefe Oficina Asesora Jurídica, presentó el siguiente informe:

1. El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una Entidad ADAPTADA a efectos de la prestación de servicios de salud, quien actúa dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 inciso 3 de la ley 100 de 1993, y de lo regulado para ellas en el Decreto 1890 de 1995 capítulo II; y presta sus servicios de salud a los pensionados de la extintas Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su grupo familiar, que hayan decidido permanecer afiliados a esta entidad; es además, un Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al del Ministerio de Salud y la Protección Social.

2. Adicionalmente el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es un establecimiento público del nivel nacional, creado mediante el Decreto

Ley 1591 de 1989, que funciona como Entidad Adaptada en Salud, de conformidad con el Decreto 489 de 1996, en virtud de lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 y de acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 1890 de 1995.

3. En lo que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud, debemos manifestar que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, contrató a la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE mediante proceso de contratación directa, el día 16 de Septiembre de 2019, se suscribió contrato de prestación de servicios No. 350 de 2019 para seleccionar al(los) contratista(s) que preste(n) los Servicios Integrales de Salud bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al Plan Obligatorio de Salud y al Plan de Atención Complementaria definidos en el Pliego de Condiciones, incluyendo los Programas de Promoción y Prevención, entre ellos la señora TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO, identificada con la C.C. No. 22.619.796; así las cosas la también directa responsable de la atención médica integral que requieran nuestros usuarios, suministrándoles todos los medicamentos, exámenes, citas con todos los especialistas, procedimientos médicos y demás insumos que le prescriban los médicos tratantes con ocasión de la patología, es la citada IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE.

4. La señora TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO, identificada con la C.C. No. 22.619.796, se encuentra afiliada al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como BENEFICIARIA CONVENCIONAL PADRE desde el 01/11/1998, y ha venido recibiendo tratamiento médico a su cuadro clínico, como podrá informar a Ustedes la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE (Se anexa consulta de afiliados)

5. Con base en lo anterior, aclaramos y reiteramos que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una Entidad ADAPTADA a efectos de la prestación de servicios de salud de Pensionados de PUERTOS DE COLOMBIA Y FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; dichos servicios se prestan a través de terceros contratados, en este caso como ya lo dijimos se contrató a la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE, en la ciudad de BARRANQUILLA, que es la Institución que actualmente está prestando el servicio a la accionante y que contractualmente está obligada a cubrir todos los niveles de atención que requieran nuestros usuarios con calidad, oportunidad y eficiencia, de acuerdo con lo prescrito por sus médicos tratantes.

6. Seguidamente fue radicada en nuestra entidad acción de tutela con el No. 2020-00142, con el fin de garantizarle los derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la accionante, como a que se suministren los insumos: PAÑALES DESECHABLES. En consecuencia, mediante correo electrónico de fecha 02/09/2020, la IPS contratada remite informe de auditoría al respecto de las pretensiones invocadas por la señora CERVANTES DE PACHECO.

NO HAY ORDENAMIENTO DE PAÑALES DESECHABLES, PAÑOS HÚMEDOS, SUPLEMENTO ENSURE Y CREMAS" (...). Negrilla y subrayado por fuera de texto.

7. Ahora bien, en cuanto a las pretensiones relacionadas, considero importante aclarar que los: Pañales desechables, NO se encuentran dentro del Plan de Beneficios POS y PAC para

los usuarios del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia no estando obligada está Adaptada ni la I.P.S. a suministrarlos por cuanto están excluidos del Plan de Atención Complementaria de Ferrocarriles Nacionales y Puertos de Colombia.

4.24 Exclusiones:

4.24 Exclusiones:

4.24.1. Plan de Atención Convencional Ferrocarriles y Puertos:

Son exclusiones para los servicios de salud de los usuarios de PAC:

- Pañales para niños y adultos
- Toallas higiénicas
- Suplementos o complementos vitamínicos y nutricionales: Salvo aquellos casos en que por prescripción médica sean indispensables dentro del tratamiento
- Líquidos para lentes de contacto
- Medicamentos anorexígenos
- Enjuagues bucales, cremas dentales
- Cepillo y seda dental
- Tratamientos capilares
- Cremas hidratantes salvo en aquellos casos en que por prescripción médica sean indispensables dentro del tratamiento

4.24.2. Plan Obligatorio de Salud Ferrocarriles y Puertos:

Son exclusiones para los servicios de salud de los usuarios de POS:

- Pañales para niños y adultos
- Toallas higiénicas
- Bolsas de colostomia
- Artículos cosméticos: No se consideran cosméticos los productos con actividad terapéutica para una patología definida.
- Suplementos o complementos vitamínicos y nutricionales: Salvo aquellos casos en que por prescripción médica sean indispensables dentro del tratamiento
- Líquidos para lentes de contacto
- Tratamientos capilares
- Champús de cualquier tipo
- Jabones
- Cremas hidratantes

En este sentido, Señor Juez es necesario que se tenga en cuenta que para el suministro de los insumos solicitados por la accionante (los cuales se encuentran fuera del P.O.S) la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-014/2017 ha manifestado lo siguiente.

(...)

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

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo." (Aparte resaltado fuera de texto). (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T- 218 /2018, se refirió al principio de solidaridad familiar:

(...)

La Ley 1751 de 2015, en su artículo 6º, establece los principios del sistema general de salud y en el literal j) se refiere así al principio de solidaridad:

"El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades".

Sobre este principio constitucional, la Corte en la sentencia T-730 de 2010, dijo:

"...cuando las personas de la tercera edad cuentan con ingresos propios y tienen apoyo familiar, no requieren con tanto apremio los subsidios, ayudas y beneficios estatales que deben ser entregados, prioritariamente, a quienes están en evidentes circunstancias de vulnerabilidad. Ello con el fin de que el estado pueda alcanzar paulatinamente las metas de eliminación de la pobreza y de asistencia social para las personas más necesitadas.

Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como "un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo

De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda. (...)

8. Situación que para la accionante no aplica, pues es de tener en cuenta que pertenece a un régimen contributivo como BENEFICIARIA de su hijo, el señor DIEGO RAFAEL PACHECO CERVANTES, identificado con cédula de ciudadanía No. C.C. 3.753.950, que cuenta con un Ingreso Base de Cotización (IBC) de (\$3.320.144) situación que le permite tener la posibilidad de sufragar los gastos correspondientes a los insumos solicitados en

esta acción de tutela. La antes mencionada información puede ser corroborada por este Despacho con la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP, quien es la entidad encargada del pago de la pensión del señor

Cabe agregar, que no obstante, existe la importancia del papel preponderante que es la familia, respecto de niños y ancianos, en el apoyo y asistencia que se les debe brindar, no se puede pretender descargar por la accionante en un todo a esta Adaptada y a la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE.

Por lo anteriormente expuesto, es pertinente concluir que para que se autorice el servicio solicitado por la accionante, debe mediar orden del médico tratante, pues es este último el llamado a determinar la necesidad de los mencionados servicios, situación que no se presenta en el caso que nos ocupa. En ese orden de ideas, se tiene que a la Señora TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO no le ha sido ordenada la pretensión que solicita en la tutela y que corresponde al suministro de Pañales Desechables.

Ahora bien, teniendo en cuenta que esta Entidad no está obligada a asumir el suministro de insumos y medicamentos excluidos de la cobertura del Plan obligatorio de salud, por cuanto no existe norma convencional o legal que obligue a ello, en el caso de ordenarse por su despacho suministrar los insumos, en aplicación de principios superiores constitucionales, solicito a ese despacho se nos habilite para RECOBRAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), y/o a los ENTES TERRITORIALES el valor que éste o estos tengan.

Debemos recordar a propósito de esta acción, los múltiples pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, en el sentido de que no es el Juez de Tutela el llamado a pronunciarse respecto al manejo que por los médicos tratantes se le dé a un afiliado al régimen contributivo de seguridad social en salud.

Finalmente requiere:

Denegar por improcedente y archivar la presente acción de tutela, pues en lo que respecta al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, no hemos vulnerado derechos fundamentales de la accionante TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO, teniendo en cuenta que jamás y nunca se le ha negado o suspendido la atención medica requerida y por el contrario siempre se ha puesto a su disposición todo el recurso humano, técnico y científico con que cuenta la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE. Ahora bien, en cuanto a las pretensiones relacionadas con el suministro de: Suministro de Pañales Desechables, objeto de la presente acción de tutela, los mismos NO están incluidos dentro el Plan Obligatorio de Salud, ni en el Plan de Atención Convencional, no hacen parte integral del tratamiento, no pone en riesgo la vida del usuario; además no existe norma convencional o legal que obligue al suministro de ellos, tampoco existe prescripción médica por parte de médico tratante adscrito a la Red Prestadora del Servicio de Salud.

2. Por lo anterior es necesario CONMINAR al presente tramite a la I.P.S CLINICA GENERAL DEL NORTE, quien es la directa responsable de la atención médica integral que requieran nuestros usuarios, suministrándoles todos los medicamentos, exámenes, citas

con todos los especialistas, procedimientos médicos y demás insumos que le prescriban los médicos tratantes con ocasión de la patología, su domicilio principal se encuentra en la Calle 70 No. 48-35, en la ciudad de Barranquilla, representado legalmente por la Dra. LIGIA CURE RIOS.

3. Que en el eventual caso existir sentencia condenatoria en cuanto a que esta Entidad asuma el costo de los insumos y medicamentos excluidos de la cobertura del Plan obligatorio de salud "NO POS", solicito a su despacho se nos habilite para recobrar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), y adicionalmente a los ENTES TERRITORIALES el valor que éste o estos tengan.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

ROCÍO RAMOS HUERTAS, en calidad de Asesora del Despacho del Superintendente indicó en su informe:

Que requiere desvincular a esta 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 deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a "...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

No obstante, la falta de legitimación en la causa por pasiva, dicha entidad, se permite presentar las siguientes razones y fundamentos:

DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Mediante el Decreto 1591 de 1989 fue creado el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, posteriormente mediante el Decreto 0488 de 1996 se autorizó al mencionado fondo la prestación del servicio de salud como entidad adaptada al SGSSS, es así que mediante el artículo 8° del Decreto 1689 de 1997 se permitió al Fondo de Ferrocarriles que asumiera la prestación de servicios de salud de los usuarios del liquidado fondo de Pasivo Social de la Empresa de Puertos de Colombia.

Ahora bien, con respecto a la prestación del servicio de salud requerido por los afiliados al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, se pronunció al respecto mediante oficio NURC 2-2012-072877 el cual señaló:

“...4. Contratación de la prestación de los servicios de salud para el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia con Prestadores de Servicios de Salud (PSS).

El Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 489 de 1996 autorizó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para continuar prestando servicios de salud como entidad adaptada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De esta manera, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia como asegurador en salud, debe contratar directamente la prestación de los servicios de salud con Prestadores de Servicios de Salud (PSS), en este caso, no podrá trasladarse al prestador de servicios de salud:

- La función del aseguramiento en salud, ya que el aseguramiento de la población afiliada estaría a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud es indelegable, razón por la cual la responsabilidad recaería exclusivamente en el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y no en el prestador de servicios de salud.

- La función de la organización de la red prestadora de servicios de salud, teniendo en cuenta que se considera práctica insegura, conforme al inciso 3º del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, la contratación que realice una Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), una entidad que ofrezca Planes Adicionales hoy voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios, figura conocida con el nombre de intermediación, conocida como la cultura de la sobrefacturación, o facturación no causada esto es, en donde “Quien vende lo que no presta, permite que quien no presta venda”, hoy plenamente prohibida en la prestación de los servicios de salud conforme a lo establecido en el presente escrito.

Con relación a la contratación directa de prestadores de servicios de salud, los prestadores de servicios de salud que operen exclusivamente con Entidades Adaptadas en salud, como es el caso del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se les aplica de manera obligatoria las disposiciones del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SOGCS, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1011 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, y lo contemplado en materia de intermediación de servicios de salud por las Circulares 066 y 067 de 2010 emanadas por la Superintendencia Nacional de Salud y previamente aquí establecido.

En este evento es necesario tener en cuenta que, son entidades responsables del pago de servicios de salud conforme al literal B del artículo 3 del Decreto 4747 de 2007 las siguientes:

“b). Entidades responsables del pago de servicios de salud: Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades

promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales". (Subrayado y con negrillas fuera de texto)

De otra parte, el artículo 2 del decreto 4747 de 2007 consagró que cuando las entidades que administran regímenes especiales y de excepción suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el Decreto 4747 de 2007 deberán cumplir con los términos en el establecidos.

Es así como las Entidades que administran regímenes especiales y de excepción como es el caso del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, son considerados como Entidades aseguradoras en salud y Entidades responsables del pago de servicio de salud a la luz del Decreto 4747 de 2007, cuando las entidades suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el Decreto 4747 de 2007

(...)

Por lo anteriormente expuesto, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien es el ente asegurador por tratarse de una Entidad Adaptada en Salud, de conformidad con el artículo 236 de la ley 100 de 1993, al momento de estructurar el proceso de contratación debe tener en cuenta la normatividad vigente que rige la materia, así como las Circulares 066 y 067 de 2010 emanadas por la Superintendencia Nacional de Salud para la contratación directa de la prestación del servicio de salud"

Adicional a lo anterior, se manifiesta que el Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 489 de 1996 autorizó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para continuar prestando servicios de salud como entidad adaptada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por su parte, las Entidades que administran regímenes especiales y de excepción como es el caso del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, son considerados como Entidades aseguradoras en salud y Entidades responsables del pago de servicio de salud a la luz del Decreto 4747 de 2007.

De esta manera, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia como asegurador en salud, debe qazacontratar directamente la prestación de los servicios de salud con Prestadores de Servicios de Salud (PSS), en este caso, no podrá trasladarse al prestador de servicios de salud:

- La función del aseguramiento en salud, ya que el aseguramiento de la población afiliada estaría a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud es indelegable, razón por la cual la responsabilidad recaería exclusivamente en el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y no en el prestador de servicios de salud.

- La función de la organización de la red prestadora de servicios de salud, teniendo en cuenta que se considera práctica insegura, conforme al inciso 3º del artículo 41 del

Decreto 050 de 2003, la contratación que realice una Entidad Responsable del Pago de Servicios de Salud (ERP), una entidad que ofrezca Planes Adicionales hoy voluntarios de Salud, los particulares y demás pagadores del sistema, con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios, figura conocida con el nombre de intermediación, conocida como la cultura de la sobrefacturación, o facturación no causada esto es, en donde “Quien vende lo que no presta, permite que quien no presta venda”, hoy plenamente prohibida en la prestación de los servicios de salud conforme a lo establecido en el presente escrito.

No obstante lo anterior, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia presta servicios de salud de carácter especial a los ex empleados de ferrocarriles Nacionales de Colombia, es procedente hacer una interpretación analógica para dar aplicación a la Circular Externa 004 de 2011 emanada por la Superintendencia Nacional de Salud hasta tanto el Ministerio de la Protección Social no reglamente lo concerniente a las redes integradas de servicios de salud, de los que trata el artículo 60 y siguientes de la Ley 1438 de 2011, las empresas adaptadas en salud, como es el caso de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quedarán exceptuados de la aplicación de la Circular 066 de 2010 y las demás implicaciones que ello conllevan...”

Así las cosas, el mencionado Fondo Pasivo social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se encuentra en la obligación legal y constitucional de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados de conformidad con lo arriba señalado.

Igualmente es de mencionar que la entidad accionada contiene un PLAN DE BENEFICIOS P.O.S. Y P.A.C. PARA LOS USUARIOS DEL FONDO, en los que se establece las condiciones de obligatorio cumplimiento para la prestación de los servicios de salud.

DE LA PREVALENCIA DEL CRITERIO DEL MÉDICO TRATANTE

En este caso SE DEBE TENER EN CUENTA LA PREVALENCIA DEL CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE EN LOS CONFLICTOS ENTRE ESTE Y LA EPS ACCIONADA, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece la paciente, a la formación y conocimiento del galeno.

Los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011, mencionan sobre la autonomía de los profesionales de la salud lo siguiente:

“ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL Modificase el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

"Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios;

La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social;

En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales.

No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.

Como puede observarse de la normativa transcrita, las mismas se encuentran orientadas a proteger la autonomía del profesional de la salud, su relación con el paciente, la pertinencia

clínica, la libertad de la que goza el profesional de la salud para emitir su opinión médica y tomar las decisiones que consideren las más adecuadas dentro de "el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica", todo lo anterior, fundamentado precisamente en la autonomía que garantiza el libre ejercicio de su profesión.

Así mismo, la Resolución 1885 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en algunos artículos, señala:

"Artículo 30. Garantía del suministro. Las EPS y las EOC consultaran la herramienta tecnológica de soporte de prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, para garantizar a sus afiliados el suministro efectivo de lo prescrito u ordenado por el profesional de la salud según corresponda. sin que se requieran autorizaciones administrativas o de pertinencia médica de terceros. excepto cuando se trate de la prescripción de tecnologías en salud o servicios complementarios que requieren análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. en cuyo caso la aprobación estará dada por ésta y en el evento de ser aprobado deberá suministrarse.

Parágrafo 1. En ningún caso la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios podrá significar una barrera de acceso a los usuarios. bien sea por el diligenciamiento de la herramienta tecnológica o por la prescripción realizada mediante el formulario de contingencia que el Ministerio de Salud y Protección Social expida para tal fin.

Parágrafo 2. Cuando se trate de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios que deben ser analizadas por la Junta de Profesionales de la Salud y la EPS o EOC identifique que la IPS responsable reportó la no realización dicha Junta. acorde a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 23 de la presente resolución, deberá garantizar el suministro efectivo.

Parágrafo 3. Cuando se trate de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios que deben ser analizadas por la Junta de Profesionales de la Salud y la EPS o EOC Identifique que la IPS no l1a realizado el reporte de la decisión

en el aplicativo. deberá realizar el suministro efectivo dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. de acuerdo con los términos previstos en la presente resolución.

Parágrafo 4. Las EPS y las EOC deberán reportar a este Ministerio en tiempo real o máximo cada ocho (8) días calendario, de acuerdo con la metodología que se defina, la fecha en la cual se realizó el suministro efectivo a cada usuario de la tecnología en salud no financiada con recursos de la UPC o del servicio complementario prescrito por el profesional de la salud. En el evento de no reportar esta información, se comunicará dicha situación a la Superintendencia Nacional de Salud para lo pertinente en el marco de sus competencias.

Parágrafo 5. Las IPS u otros actores que presten. realicen o garanticen el suministro de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios

en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes transcritas.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, establece seis (6) criterios para determinar cuando no es procedente utilizar recursos públicos destinados a la salud para garantizar servicios y tecnologías que demande el paciente, la norma referida es del siguiente tenor:

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con

la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso-administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.” (se subraya y resalta).

Igualmente, el artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, modificado por el artículo 8 de la Resolución 0532 del 2017, establece:

“Artículo 19. Juntas de Profesionales de la Salud. Las IPS que se encuentren habilitadas de acuerdo con la normativa vigente. deberán conformar una Junta de Profesionales de la Salud en caso de que los profesionales de la salud de su planta de personal prescriban o presten tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, con el fin de aprobar bajo criterios médicos, técnicos y de pertinencia, únicamente aquellas prescripciones de servicios complementarios. productos de soporte nutricional presentas en el ámbito ambulatorio o medicamentos de la lista temporal de medicamentos con uso no incluido en registro sanitario del que trata los artículos 95 y 96 de la presente Resolución.

Parágrafo 1. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá determinar otras tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, para que sean analizados y aprobados por la Junta de Profesionales de la Salud, de que trata la presente Resolución bajo criterios médicos técnicos y de pertinencia.

Parágrafo 2. Cuando se trate de prescripción de pañales y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizados por usuario no se requerirá del análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. La entidad responsable del asegurado deberá controlar el suministro de dichas cantidades de forma mensual. independiente del número de prescripciones por usuario que se hayan registrado en la herramienta tecnológica. Lo anterior hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin.

DE LA ATENCIÓN MÉDICA Y LA PROHIBICIÓN DE IMPONER TRABAS ADMINISTRATIVAS.

En atención a que la demanda gravita en el hecho de que no se le ha practicado y proporcionado lo ordenado por el médico tratante, esta Oficina Asesora Jurídica considera relevante hacer referencia al concepto emitido el 22 de octubre de 2012, bajo el número 2-2012-095213, que en lo relativo a la prohibición de imponer trabas administrativas que impidan el acceso efectivo a los servicios de salud, consignó:

"... El artículo 365 de la Constitución, al hablar en general de los servicios públicos, y el artículo 49 al referirse en particular al servicio de salud, precisa en ellos la EFICIENCIA la que conlleva la CONTINUIDAD.

Es importante tener en cuenta que dentro de la eficiencia se encuentra la continuidad del servicio. De esta manera, no puede dilatarse, de manera injustificada, el tratamiento o procedimiento en materia de salud porque no sólo se quebranta de esta manera las reglas rectoras del servicio público esencial de salud, sino también los principios de dignidad humana y solidaridad que pueden configurar un trato cruel para la persona que demanda el servicio, hecho que prohíbe el artículo 12 de la Carta Fundamental.

El principio de continuidad implica que los servicios de salud deben prestarse de manera ininterrumpida, constante y permanente, bajo la premisa de que el servicio de salud es un servicio público esencial, el cual no puede ser interrumpido, tal como lo ha aseverado la Corte Constitucional en múltiples ocasiones.

(...)

En criterio de esta oficina, tanto la red prestadora de servicios de salud encargada de garantizar la prestación de servicios de salud a los afiliados de una EPS del régimen Contributivo, como la propia EPS, entidad encargada de administrar y velar porque los recursos destinados a la salud de los cotizantes del Régimen Contributivo cumplan con su finalidad, son las entidades que deben garantizar el derecho a la salud de toda la población afiliada a dicho régimen, pues, no puede olvidarse que el derecho a la salud, es un derecho de rango constitucional al que no puede limitarse el acceso por parte de los administradores de los recursos del mismo so pretexto de anteponer trabas administrativas que atentan contra los derechos de los usuarios dejándolos desprotegidos frente al aseguramiento en salud y por ende atentando contra la vida misma.

Conforme a la definición del aseguramiento en salud, las EPS como ASEGURADORAS EN SALUD son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, son dichas entidades las que deben responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida de asegurado, y cumpla con cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

En el evento de verificarse deficiencias o irregularidades en el cumplimiento de las condiciones de permanencia en la habilitación, y la no garantía del aseguramiento en salud, la Superintendencia Nacional de Salud en aras de proteger el interés público, razón

última de la Superintendencia Nacional de Salud como organismo de Inspección, Vigilancia y Control, de conformidad con sus funciones y facultades legales y constitucionales, procederá a adoptar las medidas tendientes a contrarrestar los hechos y circunstancias que pongan en peligro la prestación del servicio de salud y lesionen el orden jurídico que se protege esto es la población afiliada al sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de superar las deficiencias técnico administrativas, las deficiencias técnico científicas, las deficiencias financieras, y las deficiencias en la garantía del aseguramiento en salud de su población afiliada, que se detecten.” (se subraya y resalta).

En ese mismo sentido, la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus facultades consagradas en el Decreto 2462 de 2013 expidió la Circular Externa No. 000013 del 15 de septiembre de 2016 en la cual impartió instrucciones a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Entidades Promotoras de Salud y Entidades Territoriales, como entidades vigiladas de esta Superintendencia, en los siguientes términos:

“...PRIMERA. Prestación de Servicios de Salud y Remoción de Barreras. Las entidades vigiladas deberán garantizar el acceso a los servicios de salud y no podrán implementar estrategias de cierre de servicios de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como mecanismo para exigir el pago de obligaciones a cargo de sus aseguradores y tampoco podrán utilizar otras medidas, acciones o procedimientos administrativos de cualquier tipo, que directa o indirectamente obstaculicen, dificulten o limiten el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

SEGUNDA. Atención Oportuna Las entidades vigiladas deben proporcionar a todos sus afiliados y pacientes una atención o asistencia médica oportuna, sin que se presenten retrasos o barreras administrativas que pongan en riesgo su vida o su salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.5.1.2.1., del decreto 780 de 2016.

TERCERA. Accesibilidad. Las entidades vigiladas deben proporcionar una atención en términos de accesibilidad a los servicios y tecnologías en salud de sus afiliados / pacientes, lo cual comprende a la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información, como lo determina el literal c, del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

CUARTO. Integralidad. Las entidades vigiladas no podrán imponer barreras de acceso administrativas a la atención integral del afiliado / paciente que conlleven al fraccionamiento de la atención en salud requerida.

QUINTA. Inspección, Vigilancia y Control. En concordancia con lo establecido en los artículos 43 y 45 de la ley 715 de 2001, las Entidades Territoriales ejercerán la inspección y vigilancia de los Prestadores de Servicios de Salud dentro de su jurisdicción, para efectos de verificar el cumplimiento de las presentes instrucciones...” (se subraya).

Así entonces el incumplimiento de las instrucciones consignadas en la circular anteriormente aludida dará lugar al inicio de procesos administrativos sancionatorios tanto a título personal como institucional, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales o civiles que se deriven, o de otras autoridades judiciales y/o administrativas

DE LA OPORTUNIDAD EN LA ATENCIÓN EN SALUD.

Respecto a la oportunidad de la atención, El artículo 365 de la Constitución Política consagra que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". La finalidad social del Estado frente a la prestación eficiente de los servicios públicos, surge del análisis del artículo 2º de la Constitución Política, que establece como uno de los principios fundamentales de los fines esenciales del Estado "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado", y del artículo 113 de la misma que se basa en el principio de la separación.

Nótese, como los artículos 49 y 365 de la Constitución Política, al desarrollar en general el tema de los servicios públicos, y al referirse en particular al servicio de salud, precisa que el mismo se debe prestar con eficiencia que conlleva la continuidad. Y en cuanto a la oportunidad en la autorización de servicios, el Decreto Ley 019 de 2012 establece:

"ARTICULO 120. TRÁMITE DE AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Cuando se trate de la atención ambulatoria, con internación, domiciliaria, de urgencias e inicial de urgencias, el trámite de autorización para la prestación de servicios de salud lo efectuará, de manera directa, la institución prestadora de servicios de salud IPS, ante la entidad promotora de salud, EPS. En consecuencia, ningún trámite para la obtención de la autorización puede ser trasladado al usuario.

DE LA ATENCIÓN INTEGRAL

De otro lado, respecto a la atención y tratamiento integral que requiera el paciente, es menester precisar que su autorización debe ser sustentada en ordenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir, y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 23 de 1981, mediante la cual se dictaron normas en materia de ética médica y los artículos 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011 los cuales versan sobre la autonomía y la autorregulación de los profesionales de la salud, por lo que se sugiere muy respetuosamente que se solicite al médico tratante de dicho paciente, cuál es el tratamiento que requiere para el manejo de la enfermedad que padece.

DE LA PROTECCIÓN QUE MERECE EL ADULTO MAYOR Y LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD BAJO CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En razón a que la accionante es un adulto mayor, según se infiere del escrito de tutela, es pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T111 de 2013 sobre el derecho fundamental a la salud, específicamente frente a la población adulta mayor y en situación de discapacidad, así:

“(…) La Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material.

2.2.2.2.1 Esta Corporación ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008, expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

2.2.2.2.2 En lo relacionado al derecho a la salud para las personas en circunstancia de discapacidad, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano ha manifestado una especial protección para esta población y ha ordenado que se adopten las medidas para protegerlas. De esta forma, el legislador quiso darle una doble naturaleza a la seguridad social, por una parte como servicio público que obliga al Estado a su prestación, y por otra, un derecho irrenunciable que debe ser garantizado a todas las personas.

Así, el inciso 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, dice:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Norma Magna establece que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

La Corte, en sentencia T-884 de 2006 resume lo relacionado con el alcance de la protección a favor de las personas con discapacidad, como grupo de especial protección constitucional.

En ese sentido ha reiterado su protección, sosteniendo que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas en situación de indefensión por razones económicas, físicas o mentales, puede incluso equipararse a una medida discriminatoria, esto, por cuanto los límites sociales y culturales les impide integrarse a la sociedad para ejercer plenamente sus derechos y responder por sus obligaciones.

De conformidad con ello, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto.

En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que, tratándose del derecho al mínimo vital de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana. (...).”

Nótese que es relevante la atención en salud de personas de la tercera edad, ya que dadas las dolencias connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran requieren de cuidado médico urgente, esto es, son sujetos de especial protección por parte del Estado Colombiano.

ADRES

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, en calidad de Apoderado de la entidad, señaló frente al caso concreto:

Que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con

fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

RESPECTO A LA FACULTAD DE RECOBRO POR LOS SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN BÁSICO DE SALUD (PBS)

Respecto de cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos.

Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que ADRES ya transfirió a las EPS, incluida la accionada, un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

En consecuencia, en atención del principio de legalidad en el gasto público, el Juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y de concederse vía tutela, estaría generando un doble desembolso a las EPS.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Igualmente, se solicita NEGAR la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

Adicionalmente, se solicita ABSTENERSE de vincular a la ADRES en las siguientes oportunidades que traten asuntos relacionados con temas de prestación de servicios, en

razón al cambio normativo, puesto que la EPS ya cuenta con los recursos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

Por último, se implora al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

MINISTERIO DE SALUD.

ANDREA ELIZABETH HURTADO NEIRA, en calidad de Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, informó al Despacho:

La acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto esta Cartera no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por el accionante, teniendo en cuenta, que de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011 , modificado por el Decreto 2562 de 2012 , este Ministerio es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, que actuando como ente rector en materia de salud, le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, de donde se deriva que en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud.

Señala sobre el caso concreto que, respecto al insumo denominado "PAÑALES DESECHABLES TALLA L" solicitado por el accionante, mediante la presente acción constitucional, se debe indicar que el mismo no se encuentra incluido dentro de ninguno de los anexos que forman parte de la Resolución 3512 de 2019, "Por la cual se actualiza los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)".

En virtud de lo anterior y en aras de dinamizar el proceso de accesibilidad a los servicios de salud no cubiertos con cargo a la UPC y darle transparencia al trámite de los recobros por estos servicios ante ADRES, el Ministerio de Salud y Protección Social implementó el procedimiento para el acceso, reporte de prescripción, suministro y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y de servicios complementarios, fijando los requisitos, términos y condiciones para la presentación de recobros/cobros ante la ADRES estableciendo el conducto de verificación, control, pago y seguimiento de dichas solicitudes, cuando a ello hubiere lugar, a través de la herramienta tecnológica MIPRES, regulada mediante la Resolución 1885 de 2018, y las demás que la modifiquen.

Aunado a lo anterior, el literal k del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establece la eficiencia como principio esencial del derecho fundamental a la salud, según el cual "El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos,

servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.”

En tal sentido, en el artículo 4 ibídem, se describen las responsabilidades que se encuentran a cargo de los agentes de sistema, en los siguientes términos:

“(…) Artículo 4. Responsabilidades de los actores. El procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios debidamente prescritos y aprobados por la junta de profesionales según normatividad vigente, es responsabilidad de los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así:

1. Profesional de la salud. Corresponde a los profesionales de la salud: i) prescribir las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, así como los servicios complementarios que deberán aprobarse por junta de profesionales, ii) reportar la prescripción de forma oportuna, clara, debidamente justificada con información pertinente y útil de acuerdo con el estado clínico el diagnóstico y la necesidad del usuario, en la herramienta tecnológica dispuesta para ello, iii) complementar o corregir la información relacionada con la prescripción en caso de ser necesario. iv) utilizar correctamente los formularios de contingencia en los casos previstos en el artículo 16 de la presente resolución, v) diligenciar correctamente la herramienta tecnológica.

2. Entidades Promotoras de Servicios (EPS) y Entidades Obligadas a Compensar (EOC). Corresponde a las EPS y EOC: i) garantizar el suministro oportuno, a través de la red de prestadores o proveedores definida, de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios prescritos por los profesionales de la salud y aprobados por junta de profesionales de la salud: ii) recaudar los dineros pagados por concepto de copagos. iii) cumplir con los requisitos y procedimientos definidos para la presentación de las solicitudes de recobro/cobro; iv) disponer de la infraestructura tecnológica y de las condiciones técnicas y administrativas requeridas para que el reporte de prescripción funcione oportuna y eficientemente en el marco de sus obligaciones. v) realizar las validaciones administrativas orientadas a determinar la existencia del usuario, su régimen y el estado de afiliación y en caso de encontrar inconsistencias relacionadas con identificación y afiliación, resolverlas dentro de las doce (12) horas siguientes sin que se ponga en riesgo la prestación del servicio, vi) realizar la transcripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, otras tecnologías o servicios complementarios ordenadas mediante fallos de tutela en la herramienta tecnológica dispuesta para tal fin o en los formularios de contingencia conforme el presente acto administrativo; vii) reportar a este Ministerio la información necesaria relacionada con el suministro efectivo de las tecnologías en salud o servicios complementarios de que trata esta resolución, viii) establecer canales de comunicación eficientes y brindar información adecuada y veraz, que permitan dar trámite oportuno a las solicitudes efectuadas por los profesionales de la salud y usuarios, ix) Garantizar la capacitación e idoneidad del personal. y x) las demás que se prevean en el marco del procedimiento establecido en la presente resolución.

3. Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Es responsabilidad de las IPS: i) suministrar, dispensar o realizar las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la

UPC, así como servicios complementarios prescritos por los profesionales de la salud en el marco de las obligaciones contractuales con las EPS y EOC, ii) utilizar la herramienta tecnológica dispuesta por este Ministerio para que sus profesionales de la salud prescriban dichas tecnologías en salud o servicios complementarios, iii) brindar las condiciones técnicas y administrativas requeridas para que el reporte de prescripción funcione oportuna y eficientemente en el marco de sus obligaciones. iv) entregar a las EPS-EOC y a la autoridad competente toda la información relacionada con el suministro efectivo de las tecnologías en salud o servicios complementarios, v) gestionar la conformación de las Juntas de Profesionales de la salud y velar por el cargue oportuno de sus decisiones cuando aplique, vi) establecer canales de comunicación eficaces que permitan dar trámite oportuno a las solicitudes efectuadas por los profesionales de la salud y usuarios, propendiendo por la garantía de la prestación de los servicios de salud; vii) garantizar la capacitación e idoneidad del personal, viii) Brindar información adecuada y veraz en forma oportuna de acuerdo con las responsabilidades de los actores establecidas en esta resolución y, ix) las demás que se prevean en el marco del procedimiento establecido en la presente resolución. (...)"

De esta manera, se claro que la herramienta tecnológica MIPRES, comprende una serie de ventajas, dentro de las cuales se encuentra las de registrar y reportar de manera directa (sin mediación de ninguna instancia ni aprobación de un actor adicional), por los profesionales de la salud las prescripciones de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el PBS con cargo a la UPC; dentro de este grupo de prestaciones, se encuentran los servicios complementarios, los de soporte nutricional y los medicamentos cuya indicación no cuenta con registro sanitario del INVIMA y que hacen parte de los reportes construidos con la información reportada por las Sociedades Científicas o estén incluidas en el listado los Usos No Incluidos en el Registro Sanitario – UNIRS, en estos tres casos, además de la prescripción efectuada por el profesional de la salud, se requiere concepto de la Junta de Profesionales de la Salud que funcione en la respectiva Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS, con el objeto de analizar la pertinencia y necesidad de los servicios.

Como consecuencia de lo anterior, la implementación de "MIPRES" elimina el trámite de autorización ante el Comité Técnico Científico – CTC, previendo una disminución de los tiempos de entrega de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC, con lo cual, se espera que los servicios se brinden con mayor oportunidad a los usuarios.

Cabe resaltar que, a partir del 1 de abril de 2019, la prescripción de los servicios y tecnologías no financiadas con recursos de la UPC, pero tampoco excluidos, se debe realizar a través de la herramienta Mipres, tanto en el régimen subsidiado como en el régimen contributivo.

EN CUANTO A LAS SOLICITUDES SUBSIDIARIAS QUE SE PUEDAN RECONOCER DENTRO DEL TRÁMITE TUTELAR

Respecto a los Copagos o cuotas Moderadoras: Los Copagos y las cuotas moderadoras se establecen en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y se crearon con el objeto de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir a la financiación del servicio.

Los COPAGOS tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema de salud. Esto se presenta cuando al beneficiario le ordenan un procedimiento quirúrgico o un tratamiento de alto costo y debe ayudar a pagarlo a través del Copago. Se aplicará única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, no al cotizante.

Por su parte, la cuota moderadora tiene por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS. Se cobra a cotizantes y beneficiarios, así por ejemplo; cuando un cotizante o su beneficiario acudan a una cita, deben pagar una cuota moderadora.

Este aspecto fue regulado por el entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del Acuerdo 0260 del 4 de febrero de 2004, por medio del cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, señalando en el artículo 7:

Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, con excepción de:

1. Servicios de promoción y prevención.
2. Programas de control en atención materno infantil.
3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.
4. Enfermedades catastróficas o de alto costo.
5. La atención inicial de urgencias.
6. Los servicios enunciados en el artículo precedente.” (Resaltado fuera del texto original.)

Así las cosas, es importante verificar si la prestación del servicio se encuentra sujeta al cobro de cuota moderadora o copagos.

Respecto al Tratamiento Integral: A este punto resulta procedente manifestar que la pretensión es vaga y genérica, por lo que es necesario que el paciente o su médico tratante precise cuáles son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que esta entidad pueda determinar si, es procedente su cubrimiento a través de alguno de los mecanismos de protección mencionados en el numeral 1. Sin embargo, en relación con el reconocimiento de esta petición, se debe advertir que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro, pues al hacerlo desbordaría su alcance y además se incurriría en el error de otorgar servicios y tecnologías que sin el concepto médico de por medio, su pertinencia frente al paciente es incierta, ya que los tratamientos o determinados servicios son pertinentes para ciertos pacientes, dependiendo de sus patologías y condiciones específicas y solo el médico o el profesional de la salud correspondiente, puede determinar su procedencia frente al paciente.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado recientemente, en su Sentencia T469 de 2014, que: “En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez debe ordenar la entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales, siempre que

exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque solo corresponde la profesional de la salud competente puntualizar la orden de servicios de salud. (Subrayado fuera de texto).

FRENTE A LA SOLICITUD DE OTROS SERVICIOS Y / O TECNOLOGIAS.

Respecto al insumo denominado PAÑITOS HUMEDOS solicitado por el accionante; se debe indicar que una vez verificado el Anexo Técnico "Listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la Salud" que forma parte integral de la citada Resolución 244 de 20195, se encuentran EXCLUIDOS de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; de la siguiente manera:

57 TOALLAS HIGIENICAS, PAÑITOS HUMEDOS, PAPEL HIGIENICO E INSUMOS DE ASEO TODAS

Así las cosas, los insumos solicitados por el accionante no se encuentra financiado con dineros del SGSSS.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que como se explicó todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación, sin embargo, en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitamos se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

CONSIDERACIONES

Competencia.

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en lo relativo a la competencia de los jueces para conocer de las acciones de tutela, textualmente dispone:

"Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud".

Lo anterior en armonía con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, que reza:

"ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. REPARTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que

motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

La presente acción constitucional está dirigida contra una entidad particular, por lo que este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

PRUEBAS Y ANEXOS.

LA PARTE ACCIONANTE, Aportó las siguientes pruebas y anexos:

- Autorización para actuar.
- Comprobante donde consta afiliación a **FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**
- Fotocopia de Cédula de Ciudadanía del Accionante.
- Historias Clínicas.
- Fotocopia de petición 15 de Enero de 2019 y Respuesta 1 de febrero de 2019.

LA ACCIONADA.

Aportó los siguientes documentos:

- Copia certificada de vinculación de la accionante en la entidad.
- Copia solicitud informe de auditoría
- Copia contrato de prestación de servicios de la entidad con la clínica General del Norte.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

- Copia de la Resolución No. 05439 del 29 de mayo de 2019.
- Copia del Acta de Posesión No. 00078 del 4 de junio de 2019.
- Copia de la Resolución No. 001528 de marzo 16 de 2020.

ADRES

- Copia de Poder para actuar.

Planteamiento del problema jurídico

Una vez verificada la procedencia de la presente acción de tutela, el despacho, deberá establecer si, el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, vulneró los derechos fundamentales a la accionante, al no haber suministrado los pañales desechables que manifiesta requerir.

Para resolver el problema jurídico planteado resulta necesario abordar los siguientes temas:

Para solucionar estos interrogantes, el despacho, procederá a realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre: **(1)** examen de procedencia de la acción de Tutela, **(2)** el derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional; **(3)** La acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios) **(4)** el procedimiento jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007 en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud; para, así, resolver el caso concreto.

(1) Examen de procedencia de la acción de tutela

Se presentará brevemente, en primer lugar, el contenido de cada uno de los presupuestos correspondientes

La acción de tutela resulta procedente cuando cumple 4 requisitos: *(i) Legitimación por activa.* Puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre. *(ii) Legitimación por pasiva.* El amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares. En lo que tiene que ver con la legitimación por pasiva, el artículo 86 constitucional, señala en su quinto inciso que la acción de tutela será procedente contra particulares (1) si estos están encargados de la prestación de servicios públicos; (2) si su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o (3) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Además, advierte que la "Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión", mandato que se concretó con el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 42 regula nueve supuestos en los que se puede interponer una acción de tutela contra particulares *(iii) Inmediatez.* No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo. *(iv) Subsidiariedad.* La acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan eficaces para el caso concreto o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio.

En el caso bajo estudio, el despacho, encuentra que: **(i)** con relación a la **legitimación por activa**, para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.

En relación con la procedencia de una acción de tutela interpuesta por un agente oficioso, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, "se sigan perpetrando los actos

violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante”.

De igual manera, la Corporación antes mencionada, ha determinado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, y como tal, pretende lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de avanzada edad y/o en situación de discapacidad, y las personas con graves afecciones de salud, entre otras.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado unos presupuestos, necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, estos son: *a)* la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad; y *b)* la circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma.

En el caso objeto de estudio, se acredita que agente oficiosa, se encuentra legitimada para ello, en razón al deteriorado estado de salud de la agenciada debido las patologías que padece, las cuales le impiden ejercer directamente la acción de tutela.

(ii) Con relación a la **Legitimación por pasiva**, la presunta vulneración de los derechos del actor se dio por la acción de **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, quien es una entidad particular que presta un servicio público.;

(iii) en cuanto al requisito de **inmediatez**, se establece que del material probatorio que obra en el expediente, es claro que, para el momento de la interposición de la acción de tutela, la afectada se encuentra en una situación grave e inminente de salud que considera se ve afectada por la negación de la EPS accionada, además que la atención pretendida corresponde a un servicio periódico y permanente, motivo por el cual la vulneración debe ser considerada como actual.

y **(iv)** con relación al cumplimiento del requisito de subsidiariedad se realiza el siguiente análisis:

se tiene que, en principio, que la accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo la Corte Constitucional, ha reconocido que, este, se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo que han impedido que pueda ser considerado como un procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud de la solicitante y la expedita naturaleza de la protección que requiere, cuente con el suficiente nivel de idoneidad y eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional.

A pesar de que se trata de una Ley proferida en el año 2011, el procedimiento que diseñó no cuenta con (i) un término para resolver las impugnaciones que sean presentadas, ni

(ii) con un mecanismo establecido a través del cual sea posible obtener la materialización de lo que sea ordenado.

Adicionalmente, se tiene que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional a quien presuntamente se le están desconociendo sus derechos fundamentales. Por esto, resulta evidente que, si bien formalmente existen mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales la paciente, a través de su agente oficiosa, puede obtener la materialización de sus pretensiones, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional sobre la litis sometida a conocimiento, pues no existe otro mecanismo de defensa que permita superar idónea y eficazmente esta situación.

(2) El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

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

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

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

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

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica

u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”*

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

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

(3)La acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios)

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), La Corte, ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de

estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la **Sentencia T-017 de 2013**, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008**, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica *per se* la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece

el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera *subregla*, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio de un Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte, sino que su protección exige además asegurar la calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

En torno a la segunda *subregla*, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS.

En cuanto a la tercera *subregla*, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

- Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.
- Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.
- La Corte Constitucional, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, la **Sentencia T-899 de 2002**, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

En este mismo sentido, recientemente se han proferido sentencias como la **T-226 de 2015**. En esta oportunidad, se ampararon los derechos a la salud y a la vida digna de una persona que tenía comprometida su movilidad, autonomía e independencia y se encontraba en estado de postración. Por lo anterior, ante la evidente necesidad y su circunstancia particular se consideró que era posible prescindir de la orden médica para ordenar la entrega de pañales y se indicó la cantidad y periodicidad hasta que un médico tratante valorara a la paciente y determinara la cantidad precisa a entregar.

Así mismo, la **Sentencia T- 014 de 2017**, reiteró la jurisprudencia constitucional en los casos en que se reclaman servicios e insumos sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Bajo esta línea se ampararon los derechos de una persona adulta mayor que solicitó pañales sin prescripción médica en razón a que de la historia clínica se podía concluir la necesidad de dichos insumos.

Igualmente, la **Sentencia T-120 de 2017**, con respecto a la solicitud de pañales, expuso que aunque los pañales, pañitos húmedos y la crema antipañalitis no están incluidos dentro de los servicios o elementos que deben garantizar las EPS, en ese caso concreto se evidenció que eran necesarios en virtud del diagnóstico médico del menor de edad. Por tanto, se protegió el derecho a la vida digna del niño.

- Finalmente, en torno a la cuarta *subregla*, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que, dado que el concepto de mínimo vital es de carácter

cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio *“afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”*.

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

(4) El procedimiento jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007 en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud

Como se indicó en el estudio de procedencia, la acción de tutela únicamente procede cuando la protección requerida por el actor no cuenta con mecanismos judiciales ordinarios que puedan poner fin a la presunta vulneración que, de sus derechos fundamentales, aduce estar siendo víctima.

Al respecto, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 estableció un procedimiento judicial especial cuyo direccionamiento se encuentra en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el cual le permite, con las atribuciones propias de un juez y de manera definitiva, resolver en derecho controversias que se susciten entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sus usuarios. Dicho artículo delimitó la competencia de estas facultades a las controversias que surjan respecto de los siguientes asuntos:

***a)** Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;*

***b)** Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;*

***c)** Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*

***d)** Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

***e)** Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;*

***f)** Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador". (Subrayas fuera del texto original)

Para ello, esa misma Ley determinó que este procedimiento especial se caracterizaría por ser: **(i)** iniciado a solicitud de parte, **(ii)** desarrollado mediante un procedimiento preferente y sumario, **(iii)** regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, debido proceso y eficacia de los derechos en discusión y **(iv)** informal, pues únicamente se requiere expresar las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la solicitud para que deba proferirse decisión al respecto.

Adicionalmente, se fijó que deberá ser resuelto dentro de los 10 días siguientes a la solicitud y podrá ser impugnado dentro de los 3 días posteriores su notificación.

Lo anterior, permitiría que, en el evento de realizarse un juicio *a priori* de este procedimiento, se concluya que se trata de uno que no solo es idóneo para otorgar la protección que se requiere en los eventos de controversias que surgen en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también eficaz, porque establece un procedimiento preferente y expedito a través del que se puede obtener la protección requerida.

Sin embargo, la Corte ha evidenciado que, desde un estudio más detallado de este especial procedimiento, resulta necesario considerar que aún existen múltiples falencias en su diseño que no solo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, en últimas, no permite obtener ningún tipo de alivio a la situación de desprotección *ius-fundamental* en la que se encuentran quienes acuden a él.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha evidenciado que existen dos falencias graves en la estructura de este especial procedimiento, estas son: **(i)** la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada pueda interponer y **(ii)** la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado.

Sobre el primero de los defectos evidenciados se ha expresado que la inexistencia de un término preciso conlleva necesariamente a que el trámite pueda extenderse indefinidamente en el tiempo, sin que ello se compadezca de la especial situación de los solicitantes, quienes en la mayoría de los casos pretenden la garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas o al mínimo vital y requieren de una solución con prontitud que los retire del estado de vulnerabilidad en que se encuentran.

En relación con los mecanismos para obtener el acatamiento a lo resuelto, se tiene que inicialmente la Ley 1122 de 2007 y su modificación en la Ley 1438 de 2011 no previeron ningún mecanismo a través del cual fuera posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, por lo que su exigibilidad se veía cuestionada. No obstante lo anterior, mediante el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016 se dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en este

trámite judicial tendrá las mismas consecuencias que el desacato a una decisión de tutela y, por ello, sería posible considerar que dicha falencia fue superada.

Con todo, se evidencia que, si bien se previó que el incumplimiento a las decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia tendría los efectos previstos en el artículo 52 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, lo cierto es que no se fijó el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, ni de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, ni ante quien. Ello resulta especialmente gravoso si se considera que el mismo artículo 52, en concordancia que lo expuesto por esta Corporación en sentencia C-243 de 1996, establece que la sanción allí contenida solo es ejecutable una vez se ha surtido la consulta de la decisión, motivo por el cual cualquier decisión de desacato que pueda tomarse queda en el vacío jurídico hasta que no se efectúe dicho procedimiento, el cual, como se expuso, no se sabe ante quien se surtirá, ni de qué manera.

En ese orden de ideas, se tiene que el trámite judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud no solo adolece de un término en el que deba resolverse la impugnación, haciéndolo virtualmente infinito, sino que, además, dado el evento en el que se obtenga una resolución favorable, no existe un mecanismo efectivo a través del cual sea posible hacer exigible la decisión.

En conclusión, se tiene que, en los eventos en que se requiere de una respuesta pronta por parte del solicitante en cuanto su situación particular no admite demora alguna, la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales.

RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Corresponde al Despacho, resolver la situación jurídica de una mujer de la tercera edad, que de las pruebas obrantes en el expediente se observa que presenta antecedentes de **ARTROSIS GENERALIZADA, HIPERTENSION ARTERIAL, CON ADHERENCIA DE ALTAS CIFRAS TENSIONALES, DIABETICA MELLITUS, CON INSUFICIENCIA URINARIA IMPERIOSA POR LO QUE USA PAÑELES**, entre otros y respecto de quien su hija solicita que suministre los paños Desechables talla (L) actualmente requiere el uso diario de paños, en cantidad de 120 paños desechables al mes, lo que corresponde a 4 paños desechables diarios, puesto que no cuenta con los recursos para suministrárselos.

La agente oficiosa considera que a su madre se le han vulnerado los derechos fundamentales ante la negativa de los médicos tratantes y de la EPS accionada de realizar la autorización correspondiente.

Como ya se indicó en líneas arriba, el suministro de pañales desechables, es la pretensión principal de la acción de tutela que nos ocupa, haciéndose entonces necesario destacar que bajo el entendimiento que se ha hecho de dicho servicio en el sistema de seguridad social en salud actual, resulta claro que se trata de una autorización que se expide ante la necesidad evidenciada por el galeno tratante de otorgar dichos insumos.

Por lo anterior, resulta claro que, como lo aduce la accionada, se trata de una prestación que requiere necesariamente del aval del médico tratante y que no puede ser

autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

Es por ello que, en este caso, se evidencia que la accionante no cuenta con una orden en este sentido, esto es, que determine la necesidad y el termino por el cual debe ser otorgado el insumo solicitado.

No obstante, es necesario estudiar de manera más integral el caso, dadas sus especiales componentes.

De ahí que, con ocasión a las facultades *ultra* y *extra petita* con las que cuenta el juez constitucional, el despacho, evaluará si existe algún otro factor a partir del cual sea posible superar la especial situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentra la accionante.

Sobre estas facultades excepcionales, la Corte, en Sentencia SU-195 de 2012, señaló que:

"En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales."

De las pruebas aportadas, es claro concluir que la accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de ayudas que le permitan llevar una vida digna.

La Corte Constitucional, también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando **(i)** existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y **(ii)** el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

En el caso bajo estudio, se considera acreditado el primer requisito en cuanto a las particulares condiciones de salud de la paciente, su condición además de ser sujeto de especial protección constitucional teniendo en cuenta su edad y las patologías que la aquejan.

En relación con el segundo de los requisitos, el despacho, teniendo en cuenta lo relatado por la agente oficiosa, encuentra acreditado, la imposibilidad de los miembros de la familia de la paciente para asumir el costo del pago de los paños desechables requeridos, situación que probatoriamente no fue refutada por la accionada.

En consecuencia, considera el Despacho que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos referidos para que la obligación de procurar los cuidados básicos de un paciente, se traslade al Estado, siempre y cuando el médico tratante, quien debe actuar dentro de los criterios éticos que la profesión le exige, profiera la correspondiente orden para ello, en atención a que el Juez constitucional no puede subrogarse conocimientos que no le son propios de su formación profesional.

Por lo expuesto, y como producto de las especiales condiciones que circunscriben el caso en concreto, esta sede judicial tutelaré la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida, e integridad personal de la señora **TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO**, y en consecuencia se ordenará al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**. que a través de su representante legal y/o a quien corresponda darle cumplimiento a los fallos de tutela, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a realizar todos los trámites administrativos tendientes a autorizar y ordenar la realización de una valoración médica especializada a la señora la señora **TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO**, en el que su médico tratante emita concepto con plena independencia profesional y moral y en atención al respeto a la dignidad humana, determine si la accionante requiere o no el servicio de suministro de pañales, y en caso de ser así ordene el servicio, debiendo indicar la cantidad mensual requerida. El dictamen emitido deberá ser con fundamento estrictamente científico.

DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, El Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la Sra. **TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO**, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la agente oficiosa, contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

SEGUNDO. – ORDENAR a el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**. que a través de su representante legal y/o a quien corresponda darle cumplimiento a los fallos de tutela, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, procedan a realizar todos los trámites administrativos tendientes a autorizar y ordenar la realización de una valoración médica especializada a través de la IPS contratada, a la señora **TEOTISTA CERVANTES DE PACHECO**, donde su médico tratante emita concepto con plena independencia profesional y moral y en atención al respeto a la dignidad humana, determine si la accionante requiere o no el servicio de suministro de pañales, y en caso de ser ordenado el servicio, deberá determinar la cantidad requerida. El dictamen emitido deberá ser con fundamento estrictamente científico. Debiendo remitir constancia del cumplimiento de lo aquí ordenado, al correo institucional del despacho.

TERCERO. –SOLICITAR a la Supersalud, y de la Defensoría del Pueblo, realizar el correspondiente seguimiento al caso, con el fin que efectúen las investigaciones de rigor y de considerarlo pertinente, tras adelantar el proceso administrativo, impongan las sanciones reguladas en la ley, en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales

CUARTO. - NOTIFICAR ésta providencia a las partes a través de correo electrónico, por medio de Secretaria.

QUINTO.- NEGAR la solicitud de recobro al ADRES, en caso de que el medico tratante orden el suministro que aquí se requiere, en virtud a lo señalado en las Resoluciones 205 y 206 de 2020

SEXTO. - De no impugnarse ésta providencia, en su oportunidad, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991. A su regreso archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZ,

KAROL NATALIA ROA MONTALVO

Firmado Por:

KAROL NATALIA ROA MONTALVO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 001 MUNICIPAL PROMISCOU DE LA CIUDAD DE SABANAGRANDE-
ATLANTICO**

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:

f4cbf5e64a17e472827cb498d157571ea4db27e27e5c326467af7ed2577cff27

Documento generado en 15/09/2020 07:30:26 p.m.