



**Sentencia de tutela No. 020**

**S E C R E T A R I A.-** La Macarena (Meta) diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho del señor Juez la Acción de Tutela No. 503504089001 2021 00047 00, para lo pertinente. Provea.

  
**MARTHA CECILIA TRIGOS**  
Secretaria

**JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LA MACARENA - META,** diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**ACCESO A SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL PBS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Reiteración de jurisprudencia**

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos**

**LEGITIMACION POR ACTIVA DE PERSONERO MUNICIPAL PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA A NOMBRE DE MENORES DE EDAD**

**ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional**

**DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Reiteración de jurisprudencia**

**DERECHO A LA SALUD-Desarrollo normativo mediante Ley Estatutaria 1751 de 2015**

**PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Mismas coberturas en el régimen subsidiado y en el régimen contributivo**

**SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGÍAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Precedente constitucional**

**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto y alcance**

**SUMINISTRO DE PAÑALES-Aplicación de excepción de inconstitucionalidad sobre Resolución que excluyó pañales desechables del PBS**

**SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGÍAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Orden de suministrar pañales desechables que se requieren con necesidad**

**DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Orden a Capital Salud EPS-S y Sikuany Ltda., procedan a valorar a través de su médico tratante a los accionantes, con el fin de evaluar la continuidad en el uso de pañales desechables**

## I. ANTECEDENTES

### 1. Solicitud

La señora Rosalba Cepeda Cepeda, como agente oficiosa de su progenitora Estrella Cepeda Rocha, mediante escrito de tutela presentado ante este Juzgado solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de su madre, presuntamente vulnerados por la EPS-S Capital Salud, por no autorizar la entrega de pañales desechables, marca Tena Slip, talla M que debe

usar cada 12 horas, durante 90 días, para un total de 180 pañales. Basa su demanda en los siguientes hechos:

## **2. Hechos**

La señora Estrella Cepeda Rocha tiene 83 años de edad, se encuentra afiliada a Capital Salud Eps-s, desde el año 2014, en el Régimen Subsidiado, y reside en el municipio de La Macarena - Meta.

Fue diagnosticada con la enfermedad de Parkinson desde hace muchos años y presenta una discapacidad física que no le permite movilizarse a largas distancias y por tal motivo presenta incontinencia Urinaria.

Dice la accionante que desde principios del año 2021 la señora Estrella Cepeda Rocha convive con ella en el municipio de La Macarena Meta, teniendo 53 años.

El 09 de abril de 2021, el médico del Centro de Salud de La Macarena, Meta como servicio complementario, el suministro de PAÑAL TENA SLIP, TALLA M, cada 12 horas, durante 90 días, dando un total de 180 pañales.

Se ha acercado varias veces a la red SIKUANY y siempre me informan que la talla no la hay o que no hay existencia de esos pañales. Agrega que incluso se ha acercado al punto de atención al usuario de la EPS en el centro de salud, pero solo refieren que intentan por medio telefónico resolver el problema, pero me solicitan ir en fechas posteriores.

Así mismo dice que a la fecha no le han hecho entrega de los pañales, lo que afecta la dignidad de su madre que se encuentra en condiciones de discapacidad y hay que movilizarla constante para realizar los aseos respectivos.

De acuerdo a los anteriores hechos, la tutelante solicita las siguientes,

### **Pretensiones**

**Primero.** Ordenar para que de manera inmediata, la EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA, realicen la entrega total de la cantidad de pañales TENA SLIP, TALLA M, ordenados por el médico tratante.

**Segundo.** Ordenar a las accionada EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA, para que suministre los pañales TENA SLIP, TALLA M de forma vital a mi madre, siempre que el médico lo ordene, y así no tener que incurrir a tutelas y desacatos en el futuro que entorpezcan el suministro ni sature el despacho judicial.

**Tercero.** Que se abstengan en adelante en incurrir en acciones y omisiones que pongan en riesgo la vida y la salud de su madre.

De acuerdo a los anteriores, la querellante allega las siguientes,

## **Pruebas**

1. Copia del documento de identidad de la accionante.
2. Copia del documento de identidad de la víctima.
3. Copia del ADRES.
4. Copia del Plan de manejo del 19 de abril de 2021.
5. copia del recetario del 19 de abril de 2021.

## **Actuaciones Procesales.**

Mediante auto de julio 20 de 2021, se admitió la tutela instaurada por la señora Rosalba Cepeda Cepeda en representación de su progenitora Estrella Cepeda Rocha, ordenando correr traslado a las accionadas EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA., para que, dentro del término de 48 horas, a partir de la notificación del auto, se pronuncien frente a los hechos y pretensiones de la misma. Traslado surtido mediante correo electrónico el mismo día, a las 12:14. p.m.

## **Contestación de la demanda.**

La accionada CAPITAL SALUD EPS-S, contestó la tutela en términos señalando: CASO CONCRETGO. En atención a los hechos y pretensiones visibles en la acción constitucional, considera importante destacar que la señora Estrella Cepeda Rocha, identificada con C.C. No. 28485470, se encuentra subsidiado, operado por CAPITAL SALUD E.P.S-S. Conforme a la auditoria médica realizada por el grupo Médico de la Secretaría General del área de tutelas, se informa lo siguiente:

CAPITAL SALUD EPS-S, informa que la afiliada ESTRELLA CEPEDA ROCHA de 82 años de edad, cuya IPS primaria ES Centro de Atención La Macarena.

De lo anterior, se permito pronunciarse en los siguientes términos: "...CAPITAL SALUD EPS-S, establece comunicación con la señora Rosalba Cepeda, quien se identifica como hija de la paciente Estrella Cepeda Rocha, quien reitera que No cuentan con Ordenes Médicas Vigentes, tampoco sabe dónde le atienden, por lo que se procedió a transmitirle la información de su IPS PRIMARIA, de la cita médica como también se le informó que solicite al médico que la atienda los servicios e insumos que requiera la afiliada, manifiesta entender..."

Motivos de información y fundamentos.

CAPITAL SALUD EPS-S no ha vulnerado derecho alguno del afiliado, se debe recordar los derechos y deberes que cuentan los afiliados, por tal razón no se encuentra en incumplimiento al no tener una orden médica de médico tratante..."

## PETICIONES

1. DENEGAR la acción de tutela instaurada por la accionante, por cuanto la conducta desplegada por CAPITAL SALUD EPS-S ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y a la vida de la usuaria, dentro de las obligaciones legales y reglamentos al interior del SGSSS, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.
2. Solicita vincular, conforme el litisconsorcio necesario en el fallo que posteriormente se emita a la IPS PRIMARIA es Centro de Atención La Macarena, para que preste el servicio requerido por la afiliada.

La Accionada SIKUANY LTDA., guardó silencio.

## II. CONSIDERACIONES

### Competencia y procedibilidad

Corresponde a este Juzgado conocer de la presente acción de tutela, de conformidad a lo previsto en los arts. 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones concordantes.

### Legitimación por activa.

La Constitución Nacional en su art. 86 y el Decreto 2591 de 1991, consagran que cualquier persona, sin restricción alguna, puede acudir a la acción de tutela para que, mediante un trámite preferente y sumario, pueda reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares.

Igualmente, el art 10 del mencionado decreto 2591/1991, señala que en todo momento y lugar, el mecanismo de amparo podrá ser ejercido, incluso en causa ajena, cuando el titular no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo. Al respecto la sentencia T-742 de 2017 ha dicho que el referido método constitucional:

*"Puede ser ejercido (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente".*

Frente al cuarto evento, la Corte, mediante sentencia T-029 de 2016, ha reiterado que la acción debe proceder cuando se presentan los siguientes elementos:

*(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional".*

Más adelante, en la misma providencia, se indica que: "La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; **personas de la tercera edad**; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales".

Asimismo, en cuanto a las funciones que desempeñan los personeros municipales, la sentencia T-1087 de 2007, dijo:

*"El Personero Municipal está legitimado para presentar acciones de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o de indefensión. Esa facultad otorgada por el Constituyente está ajustada a los principios del Estado social de derecho y tiene su razón de ser, además, en que dentro de sus funciones está la de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos".*

Es por ello, que este Juzgado encuentra que la legitimidad en la causa por activa está acreditada en la presente acción de tutela, ya que se invoca la agencia oficiosa; se dice que la señora Rosalba Cepeda Cepeda, actúa en representación legal de su progenitora Estrella Cepeda Rocha, quien padece la enfermedad de Parkinson y presenta discapacidad física que no le permite movilizarse a larga distancia, lo cual se ajusta a las normas y a la jurisprudencia Constitucional.

#### **Legitimación pasiva.**

CAPITAL SALUD EPS y SIKUANY LTDA., se definen como la condición del sujeto pasivo, contra quienes se encamina la acción, por ser esa la persona llamado a responder por la posible amenaza o vulneración del derecho fundamental aquí invocado. En la sentencia T-626 de 2016, la Corte Constitucional, en referencia al tema, mencionó que:

*"La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Es un presupuesto procesal que exige que la persona contra quien se incoa la tutela sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental".*

En este orden de ideas, el Juzgado al analizar el caso en concreto, encuentra que se cumple a cabalidad el requisito de procedibilidad, ya que los sujetos demandados, CAPITAL SALUD EPS-S y SIKUANY LTDA, son personas jurídicas encargadas de garantizar adecuadamente la prestación del servicio público esencial de salud a sus afiliados.

#### **Principio de Inmediatez**

El artículo 86 de nuestra Constitución, no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela; es un concepto que se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia constitucional, que para cada caso en concreto, ha determinado el período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante a la fecha de interposición de la acción.

De esta manera, la sentencia T-332 de 2015, señala sobre el particular:

*"El principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados".*

En el caso en estudio se encuentra acreditado el requisito de la inmediatez, toda vez que la acción de tutelas se interpuso en un plazo razonable; pues el escrito de amparo fue interpuesto luego haberse expedido la fórmula médica para pañal desechable, marca Tena Slip, talla M, el día 19 de abril de 2021, donde ha transcurrido alrededor de tres meses entre la fecha de expedición de la orden médica y la fecha de admisión de la tutela.

Adicionalmente, en jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha dicho que cuando se trata de prestaciones, cuyo suministro sea continuo, la presunta afectación a los derechos fundamentales perdura y persiste en el tiempo; por lo que la valoración de éste elemento se entiende superada.

### Subsidiariedad

En relación al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, reconocen un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente procederá cuando no exista otro medio de defensa o que existiendo tal, éste no sea idóneo para el amparo de los derechos amenazados o vulnerados.

Por lo tanto, se torna indispensable analizar la procedencia del requisito en mención desde dos variables, el primero de ellos, relacionado con la existencia o no de un medio de defensa judicial y si éste es idóneo y eficaz; y el segundo, alusivo al carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección creado por la Constitución Política.

Respecto del primer enunciado, la Corte ha determinado la procedencia de la tutela, únicamente en tres escenarios: (i) que no haya otro medio judicial para salvaguardar el derecho fundamental vulnerado o amenazado; (ii) a pesar de haber otras acciones judiciales de protección, estas resultan ineficaces para la protección del derecho invocado; y (iii) cuando teniendo los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, estos no impiden que se materialice un perjuicio irremediable, caso en el cual, la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio.

Pues bien, en aras de proteger el derecho fundamental a la salud, se expidió la Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", que amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud -en adelante SNS-, en materia de inspección, vigilancia y control, creando una función jurisdiccional, para dirimir los conflictos entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y las entidades que hacen parte de éste.

A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal, cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, **adultos mayores**, personas con disminuciones

físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en las altas Corporaciones, se han detectado sendas debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad..

Como se insinuó al inicio del análisis del presente requisito, las siguientes son las situaciones en que se considera que, la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otro medio judicial, a saber:

*“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”.*

Por cierto, el papel del juez frente a los sujetos de especial protección constitucional, ha de ser más flexible y menos estricto en cuanto a la procedibilidad del amparo invocado. Precisamente, se ha señalado que, *“existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”.*

En el caso que nos ocupa, la víctima Estrella Cépeda Rocha es sujeto de especial protección constitucional, en razón a su edad y a sus serios quebrantos de salud, que acude, su hija Rosalba Cepeda Cepeda al mecanismo de la tutela y como ya se ha surtido el trámite jurisdiccional, no sería adecuado solicitar los reclamos de la protección de los derechos ante la SNS.

Son estas las razones por las que el Juzgado procederá a hacer un análisis de fondo de la solicitud de amparo constitucional invocado.

### **Planteamiento del problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos en la tutela, le corresponde a este Juzgado resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna, las accionadas CAPITAL SALUD EPS-S y SIKUANY LTDA., al no autorizar el suministro de pañales desechables, a una persona de avanzada edad (83 años), quien es sujeto de especial protección constitucional, con el simple argumento (Sikuany) de que no hay la talla o que no existen, y (la EPS) que, lo están intentando por medio telefónico?

Para resolver el problema jurídico, se procederá a examinar (i) El derecho fundamental a la salud en adultos mayores. Reiteración jurisprudencial; (ii) El Plan de Beneficios en Salud: principios, coberturas y criterios de exclusión; (iii) El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado en salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración jurisprudencial; y, (iv) concepto y alcance de la

excepción de inconstitucionalidad; para luego realizar los análisis de cada caso concreto.

## **El derecho fundamental a la salud en adultos mayores. Reiteración jurisprudencial**

En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. Así el art. 44, se menciona como parte del derecho fundamental y el art. 48 hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud.

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, han efectuado ajustes "encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización de dichos cambios estructurales".

Respecto de la salvaguarda del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional en diferentes momentos ha cumplido con el deber de garantizarlo como un derecho fundamental en pro de que prosperara la protección a través de la acción de tutela, ya que por la ubicación dentro del texto de la Carta Política se le dio a la salud una connotación prestacional.

Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el *status* de sujetos de especial protección constitucional.

En el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003 estableció que:

*"La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.*

*Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones en jurisprudencias la Corte ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo".*

*"Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud".*

Por último, vista la autonomía del derecho a la salud, el art. 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que fue estudiado en sede de constitucionalidad, en sentencia C-313 de 2014 se tiene:

*“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.*

En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los adultos mayores que, como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que, en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran.

En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó:

*“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.*

El Plan de Beneficios en Salud: principios, coberturas y criterios de exclusión

Como ya se ha reiterado en recientes fallos emanados de la Corte, el artículo 2º de la Ley 1751 de 2015, elevó esa autonomía que por vía jurisprudencial se le venía reconociendo al derecho a la salud, a un nivel casi constitucional al estar en un texto legal estatutario.

Así las cosas, dicha norma comprometió al Estado en una serie de acciones indispensables para que los ciudadanos tengan una absoluta tranquilidad en el acceso a los servicios de salud integral; derecho que, en caso de encontrarse amenazado o vulnerando, puede ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Ahora, el artículo 6º ibídem que dotó unas características especiales al derecho fundamental a la salud, con cinco elementos: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional; y los principios de: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas, protección pueblos y comunidades indígenas, ROM (comunidad gitana) y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras.

En la misma vía, el artículo 8º de la mencionada Ley, relaciona un elemento inescindible, integralidad, que en relación con la prestación de los servicios de salud, es transversal a toda la atención, en dicha norma se manifestó que:

*“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.*

Al respecto, la sentencia C-313 de 2014, realizó el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria- estableció que:

*“(…) El servicio de salud se rige por una serie de axiomas, entre los que se encuentra el principio de integralidad, que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (...)”.*

En relación con lo anterior, al igual que lo indicó la sentencia T-465 de 2018, es un deber para el Sistema de Salud garantizar el tratamiento médico al paciente, en todo el iter de la enfermedad (prevención, curación, rehabilitación y paliación), procurándole una **mejor calidad de vida y respetando su dignidad humana**. Más aun, acorde con la sentencia T-253 de 2018, es obligación de la EPS “no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos de manera que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

Si bien, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en aplicación del principio de integralidad analizado, le otorga al afiliado una garantía de acceso al contenido del Plan de Beneficios en Salud en todas las fases de la enfermedad, al existir unos criterios de exclusión, habrán ciertas prestaciones que quedaran por fuera de éste. El PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención.

Con la nueva normatividad, se debe advertir que los términos POS y NO POS, dejaron de existir y fueron reemplazados por el PBS; así pues, ha de hacerse una delimitación en relación con su cobertura, ya que es de 3 tipos: a) inclusión explícita de medicamentos, insumos o procedimientos, que es aquella que se menciona en la resolución que contiene el Plan de Beneficios, financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), si es del régimen contributivo o a la Unidad de Pago por Capitación subsidiado (UPC-S) si es del régimen subsidiado; b) inclusión implícita, que recoge los medicamentos, insumos o procedimientos que no se mencionan dentro del PBS pero tampoco se excluyen expresamente, y que en el régimen contributivo se soportan económicamente con cargo al ADRES (antes Fosyga y que se encuentra adscrito al Ministerio de Salud), o en el régimen subsidiado se respaldan con cargo a los recursos del ente territorial; y c) las expresamente excluidas en la Resolución 5267 de 2017, hoy, Resolución 244 de 2019.

En este contexto, es el segundo inciso del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, que establece los criterios de exclusión al PBS, así: (i) que los servicios y tecnologías tengan un fin “cosmético o suntuario”, (ii) que los servicios y tecnologías estén en fase de “experimentación”, (iii) se presten en el exterior o no estén aceptadas por la “autoridad sanitaria” -INVIMA-, y (iv) no demuestren

“evidencia científico-técnica” sobre su “seguridad y eficacia clínica” y sobre su “efectividad clínica”.

Adicionalmente, en otra normativa muy a fin al sector salud, que ubica a los pañales desechables como un producto de higiene personal -sinónimo de insumo de aseo- en el mismo grupo en que se encuentran las toallas higiénicas, los tampones, los protectores de flujos íntimos y los pañitos húmedos; y por otro lado la regulación del INVIMA -autoridad que hace parte del Sistema de Salud-, que al establecer las tarifas de los productos sujetos a registro sanitario, otorga el mismo código a los pañales desechables, toallas higiénicas, protectores sanitarios, tampones, protectores para lactancia y pañitos húmedos. Así pues, bajo un análisis sistemático, se considera, en efecto, que los pañales desechables se encuentran expresamente excluidos del PBS.

### **El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado de salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración jurisprudencial**

El acceso a insumos de aseo, tal como el de pañales desechables, entre otros, ha tenido un desarrollo interesante por la Corte Constitucional, al imprimirle un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad.

En los más recientes pronunciamientos, la Corte en su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la accionante, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales, sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana.

En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.

Por consiguiente, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, es la respectiva entidad prestadora la que tiene el deber de brindarlos, acudiendo al trámite que más adelante se explicará, sin que dicho procedimiento sea una barrera de acceso para el usuario:

Para ilustrar de una mejor manera el procedimiento de recobro de insumos excluidos expresamente del Plan de Beneficios, que las EPS-S deben surtir ante los entes territoriales, es necesario referirnos a una de las fuentes de financiación de las EPS, que es la unidad de pago por capitación definida como un monto en dinero fijo y anual que reconoce el SGSSS a estas entidades por cada afiliado,

con el fin de garantizar las prestaciones del Plan de Beneficios en Salud; que para el régimen subsidiado se le denomina unidad de pago por capitación del régimen subsidiado -UPC-S-. Es el valor reconocido por el SGSSS para cubrir aquellos servicios incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud del régimen subsidiado.

### **Análisis del caso concreto**

La señora Rosalba Cepeda Cepeda, interpuso la acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su madre Estrella Cepeda Rocha, los cuales considera están siendo vulnerados por las accionadas Capital Salud Eps-s y Sikwany Ltda., al no autorizar el suministro de los pañales desechables ordenados por su médico tratante, pasando por alto su avanzada edad -83 años- y su delicado estado de salud que padece a causa de la enfermedad Parkinson que la tiene con discapacidad.

De las pruebas allegadas al expediente dan credibilidad en los siguientes hechos: i) que la ciudadana Estrella Cepeda Rocha es una persona adulta mayor - 83 años de edad, como se refleja con el documento aportado al expediente; ii) que sufre la enfermedad Parkinson y debido a ello, presenta Incontinencia Urinaria; iii) que hace parte del régimen subsidiado en salud con la entidad Capital Salud Eps-s-; iv) que requiere del uso de pañal desechable diariamente formulados por su médico tratante.

Dentro del trámite adelantado, la parte accionada Capital Salud Eps-s, manifiesta entre otras: "Capital salud Eps-s, informa que la accionante se encuentra en su novena década de vida con múltiples de movilidades, entre ellas, alteración en la esfera neurológica, que requiere la entrega de **PAÑALES TENA SLIP, TALLA M**". "Así las cosas, se verifica en la plataforma de autorizaciones y servicios de la afiliada donde no se evidencia direccionamiento ni ordenes médicas". "por lo anterior, se le priorizó **una cita o consulta Medicina General** para que el médico proceda a autorizar y actualizar las ordenes médicas por el **INSUMO DE PAÑALAES...**"; por su parte, la accionada Sikwany Ltda., guardó silencio.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la señora Estrella Cepeda Rocha es una persona de edad avanzada, que a pesar de que goza de los beneficios del sistema de salud del régimen subsidiado al encontrarse afiliado a CAPITAL SALUD EPS-S, se evidencia una falencia de acceso que afecta su salud y su dignidad humana, dado que la misma EPS en su respuesta dice desconocer la existencia de la orden médica expedida por su médico tratante, a pesar de que la accionante manifiesta: "7. El día 19 de abril de 2021, el médico del Centro de Salud de La Macarena, Meta, emitió como servicio complementario el suministro de PAÑAL TENA SLIP, TALLA M, cada 12 horas, durante 90 días, dando un total de 180 pañales". Así se puede constatar en el Plan de Manejo y Recetario expedidos por el Médico tratante del Centro de Atención de La Macarena, el día 19 de abril de 2021. "8. Me he acercado varias veces a la red Sikwany, y siempre me informan que la talla no la hay o que no hay existencia de estos pañales". "9. Incluso me he acercado a punto de atención al usuario de la EPS en el Centro de Salud, pero solo refiere que intenta por medio telefónico resolver el problema, pero me solicita ir en fechas posteriores". "10. A la fecha, incluso la hoja impresa contiene de puño y letra de la persona en el punto de atención de la EPS que me acerque en fechas posteriores". "11. A la fecha no se me ha hecho entrega de los pañales..."; lo que indica que por un simple formalismo, las entidades accionadas no le han el trámite correspondiente a los insumos ordenados por el médico tratante, conforme a la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social.

En esta providencia, se reitera la importancia que entraña el derecho fundamental a la salud, y de los requisitos para la procedencia excepcional de pañales, por lo que no debe olvidarse que la señora Estrella Cepeda Rocha es un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad, que sumado a su mal *status* económico, hacen que su condición de salud sea de completa vulnerabilidad; y por ende, proceda al insumo de aseo -pañales desechables diario.

Por otra parte analicemos las pretensiones de la accionante, cuando dice: "Primero. Ordenar de manera a la EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA., para que realicen la entrega total de la cantidad de pañales TENA SLIP, TALLA M ordenados por el médico tratante". Segundo. Ordenar a las accionadas EPS CAPITAL SALUD y SIKUANY LTDA., para que suministre los pañales TENA SLIP TALLA M de forma vital a mi madre siempre que el médico lo ordene, y así no tener que incurrir a tutelas y descatos en el futuro que entorpezcan el suministro ni saturen el despacho judicial".

En este evento, se considera que efectivamente las accionadas Capital Salud EPS-S, y Sikuany Lda., han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la accionante, por tanto, se concederá la tutela interpuesta por la ciudadana Rosalba Cepeda Cepeda de los derechos fundamentales invocados a la Salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Estrella Cepeda Rocha, por las razones ya expuestas y de acuerdo las pretensiones pedidas en la solicitud de tutela.

Por todo lo anterior, se ordenará a CAPITAL SALUD EPS-S, que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, proceda a realizar la orden de suministro de los pañales desechables, marca Tena Slip, talla M, que requiere el uso de cada 12 horas, por 90 días, para una cantidad de 180 pañales, a la señora Estrella Cepeda Rocha, acorde con la orden dada por el médico tratante a la paciente, representada por su hija Rosalba Cepeda Cepeda.

Igualmente, se ordenará a SIKUANY LTDA. – Red de Servicios Farmacéuticos que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, proceda a realizar la entrega de los pañales desechables, marca Tena Slip, talla M, que requiere el uso de cada 12 horas, por 90 días, para una cantidad de 180 pañales, a la señora Estrella Cepeda Rocha, acorde con la orden dada por el médico tratante a la paciente, representada por su hija Rosalba Cepeda Cepeda.

Así mismo ADVERTIR a las accionadas CAPITAL SALUD EPS-S y SIKUANY LTDA., que no podrán incurrir en acciones u omisiones que pongan en peligro la vida, la salud o la integridad personal de la señora Estrella Cepeda Rocha, ni suspender los servicios de salud que requiera la usuaria, acorde a la patología que padece **Parkinson** de la cual presenta **discapacidad física** y que por tal motivo presenta **Incontinencia Urinaria** la que le ocasiona el uso de pañal desechable diariamente, de acuerdo a orden del médico tratante.

### III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de la Macarena Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

**PRIMERO.- CONCEDER** el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, invocados por la tutelante por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y conforme a las pretensiones indicadas en la solicitud de tutela, presentada por la señora Rosalba Cepeda Cepeda en representación de su madre Estrella Cepeda Rocha.

**SEGUNDO.- ORDENAR** a CAPITAL SALUD EPS-S, que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, proceda a realizar la orden de suministro del total de los **pañales desechables, marca Tena Slip, talla M, que requiere el uso cada 12 horas, por 90 días, para una cantidad de 180 pañales**, a la señora Estrella Cepeda Rocha, acorde con la orden del médico tratante a la paciente, representada por su hija Rosalba Cepeda Cepeda.

**TERCERO.- ORDENAR** a SIKUANY LTDA: – Red de Servicios Farmacéuticos que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, proceda a realizar la entrega del total de los pañales desechables, **marca Tena Slip, talla M, que requiere el uso cada 12 horas, por 90 días, para una cantidad de 180 pañales**, a la señora Estrella Cepeda Rocha, acorde con la orden dada por el médico tratante a la paciente, representada por su hija Rosalba Cepeda Cepeda.

**CUARTO.- ADVERTIR** a las accionadas CAPITAL SALUD EPS-S y SIKUANY LTDA., Red de Servicios Farmacéuticos, que no podrán incurrir en acciones u omisiones que pongan en peligro la vida, la salud o la integridad personal de la señora Estrella Cepeda Rocha, ni suspender los servicios de salud que requiera la usuaria, acorde a la patología padecida **Parkinson** que le genera **discapacidad física** y por tal motivo presenta **Incontinencia Urinaria** y le ocasiona el uso de pañal desechable diariamente, de acuerdo a orden del médico tratante.

**QUINTO.-** Notifíquese el presente fallo, a las partes en la forma prevista en el art. 16 del Decreto 2591/1991.

**SEXTO.-** Si no fuere impugnada la presente decisión y una vez ejecutoriada la misma, envíese, a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

**RAFAEL IGNACIO NEIRA PEÑARETE**

**JUEZ**

