	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**

Bogotá D.C. | S2016 - 000812 | **27 SEP 2016**

REFERENCIA: 1-2016-0486 (NURC: 1-2016-028321)
DEMANDANTE: RUBY DE LA ROSA TORRES.
DEMANDADO: AMBUQ EPS - ESS

La suscrita Superintendente Delegada la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en ejercicio de sus competencias otorgadas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, procede a emitir **SENTENCIA** dentro del proceso de la referencia, basado en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

- 1.1.1. La señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, es una paciente que padece de síndrome de Alzheimer fase degenerativa, artrosis generalizada reactiva crónica, enfermedad cerebrovascular isquémica crónica, dichos padecimientos generan una rigidez de su cuerpo y extremidades lo cual dificulta su movilidad.
- 1.1.2. Conforme a su estado de rigidez y su dificultad de ser trasladarla al baño, por algún daño que se le pudiera causar, se ordenó la utilización de pañales tala.
- 1.1.3. Señala la demandante, que en la actualidad no cuenta con los recursos económicos para cubrir con el costo de los pañales desechables, y que presenta solicitud ante el Comité Técnico Científico – C.T.C., para que dichos pañales fueran suministrados por **AMBUQ EPS – ESS**; Dicha solicitud fue negada con el argumento que es una exclusión específica del pos.
- 1.1.4. Por último, hace alusión que es una persona de tercera edad, que se encuentra en fases degenerativas de sus respectivas enfermedades y que tiene derecho a tener una vida digna.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicita a este Despacho, que se ordene "(...) a la **EPS-S AMBUQ ESS** y/o su Comité Técnico Científico o quien haga sus veces a suministrar los pañales tipo tena talla L, ordenados por el médico tratante. Excluidos del plan de beneficios y que es necesario para preservar mi salud y llevar una vida digna."

1.3. Trámite Superintendencia Nacional de Salud

Mediante Auto fechado el 12 de abril de 2016¹, este Despacho admitió la solicitud, providencia que fuera notificada en debida forma a las partes procesales, tal y como se deja ver en los folios 12 al 14 del expediente.

1.4. Respuesta de la aseguradora AMBUQ EPS - ESS

Mediante el documento radicado bajo el NURC 1-2016-086227 obrante a folio 15 y SS, la entidad demandada da respuesta a la solicitud, a través de la apoderada general **ILSE INES JARAMILLO LASERNA**, identificada con la C.C. No. 51.645.270 expedida en Bogotá D.C., de **AMBUQ EPS - ESS**.

Toda vez que la contestación de la demanda es extemporánea, se tendrá por no contestada en los términos del artículo 97 de la Ley 1564 de 2012, en la medida en que no puede

¹Folio 11

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

perderse de vista que los términos procesales fijados en el Auto Admisorio son perentorios y de estricto cumplimiento (artículo 117 de Ley 1564 de 2012), atendiendo los principios de economía, celeridad, y eficacia que rigen el procedimiento preferente y sumario (Art. 126 Ley 1438/2011), y que no pueden ser desconocidos por las partes.

II. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

El Despacho procederá a analizar el presente caso teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, en la medida que no fueron tachadas de falsedad y gozan de presunción de legalidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación es competente para pronunciarse sobre el presente asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en lo correspondiente al literal e) *Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo*”.

3.2. Marco Normativo Aplicable

El marco normativo que se tendrá en cuenta para dirimir la presente controversia es el siguiente: Artículos 13, 46, 47, 48 y 49 de la Constitución Política. Artículos 157, 160, 178 y 187 de la Ley 100 de 1993. Ley 1122 de 2007. Ley 1438 de 2011. Decreto 1485 de 1994. Resolución 5592 de 2015.

3.3. Planteamiento del problema Jurídico - Presentación del caso.

Una vez atendidas las argumentaciones esbozadas por cada una de las partes dentro de la oportunidad procesal pertinente, procede este Despacho a elaborar un análisis exhaustivo en torno al problema jurídico que se plantea a continuación:

¿Le asiste o no el derecho a la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES** a que su entidad aseguradora, **AMBUQ EPS - ESS**, le suministren pañales desechables, talla L, no obstante no estar dicha prestación incluida en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC?

3.4 Caso Concreto.

Este Despacho encuentra que la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, está afiliada dentro del régimen subsidiado en salud a la aseguradora **AMBUQ EPS - ESS**, entidad responsable de garantizar el cubrimiento económico de las contingencias en salud y garantizar las atenciones médicas requeridas. Sin embargo, el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS, guarda unos límites de cobertura, tal como lo enseña el artículo 132 de la Resolución 5592 del 24 de diciembre de 2015².

² **Artículo 132. TECNOLOGÍAS NO FINANCIADAS CON CARGO A LA UPC.** Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan las siguientes condiciones:

1. Tecnologías cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad.
2. Tecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que no corresponden al ámbito de la salud aunque sean realizadas por personal del área de la salud.
3. Servicios no habilitados en el sistema de salud, así como la internación en instituciones educativas, entidades de asistencia o protección social tipo hogar geriátrico, hogar sustituto, orfanato, hospicio, guardería o granja protegida, entre otros.
4. Cambios de lugar de residencia o traslados por condiciones de salud, así sean prescritas por el médico tratante.
5. Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de exclusión señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

Asimismo, la Nota Externa N° 201433200296523 del 10 de noviembre de 2014, emitida por el Director de Administración de Fondos de la Protección Social, del Ministerio de Salud, analizó los temas de exclusiones POS y de prestaciones que no pueden ser financiadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalando puntualmente en su numeral siete a los "Pañales para niños y adultos".

No obstante, que existan tecnologías excluidas y/o no financiadas, no es óbice para afirmar que en ningún caso debe garantizarse por parte de la Entidad Aseguradora el medicamento, actividad o intervención por fuera del plan de beneficios y que se constituye en una necesidad para proteger la salud e incluso la vida de los pacientes. Tan es así, que la misma legislación contempla el procedimiento que debe seguirse para evaluar la pertinencia y viabilidad del tratamiento prescrito por el médico tratante, a través del Comité Técnico Científico, y la garantía de suministro, regulación contenida en la Resolución 5395 de 2013 especialmente en los artículos 7 Numeral 1, y 9 al 11, con lo que se recalca que la solicitud de un servicio "NO POS" no implica "per se" que se deba negar.

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en afirmar que pese a que un tratamiento, actividad o intervención no esté incluido dentro del Plan de Beneficios, si del mismo depende la salud y el bienestar del paciente, éste deberá ser cubierto, atendiendo a algunos criterios específicos³ que se analizarán en el caso sub-examine:

- 1) *La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y/o de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no atenúa la afectación de la salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.*

Luego de haberse revisado el material científico aportado, fue emitido informe por parte del equipo interdisciplinario de Auditoría Médica de la Superintendida Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación (fol. 32), en virtud del cual fue posible evidenciar el riesgo que representa el traslado de la paciente al baño, ya que se dificulta su movilidad de acuerdo a las patologías que padece en la actualidad (Síndrome de Alzheimer, artrosis degenerativa, y secuelas de accidente cerebro vascular), situación que afecta claramente la higiene personal del paciente, no por descuido o desinterés de sus cuidadores, sino por una imposibilidad física, y siendo que los niveles de asepsia inciden de manera directamente proporcional en las condiciones de salud de los individuos, su menoscabo (y en este caso su no atenuación, ante la falta de pañales) va en contravía de la salud del sujeto. Condiciones mínimas de Higiene personal son consustanciales a un mínimo de dignidad humana.

En este mismo sentido, la necesidad respecto al suministro de los insumos requeridos por la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, resulta más apremiante al tratarse de un sujeto especial protección constitucional⁴, ya que es un adulto mayor de 69 años de edad, por lo que su derecho a la salud cuenta con una protección constitucional diferenciada, tal como lo reiteró la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-091 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, al señalar que: "...en personas en estado de debilidad, entre ellos, los sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados".⁷

³ Sentencia T-160-2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia T-955-2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencias T-953-2010 y T-052-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencias T-561-2011 y T-964-2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencia T- 898 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

Por lo que necesario es concluir que este primer supuesto y/o exigencia jurisprudencial se satisface en el presente caso.

- 2) *El servicio, intervención, procedimiento medicina o elemento no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido, con el mismo nivel de calidad y efectividad.*

Ante la especificidad de los elementos formulados, esto es, de los pañales, y revisados los contenidos del plan de beneficios del que es beneficiario la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, es palmario que no existe dentro del plan de beneficios un sustituto de los elementos requeridos. Con lo que este supuesto jurisprudencial también se cumple.

- 3) *El servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero.*

Conforme a la solicitud que hace su médico tratante de otórgale "(...) pañales desechables tipo tena talla L #120 (...)"⁵, y la justificación que se presente ante el Comité Técnico Científico – C.T.C., "(...) PACIENTE QUE REQUIERE COLOCACION DE PAÑOS DESECHABLES YA QUE ESTA POSTRADO EN CAMA SIN MOVILIDAD EN MIEMBROS INFERIORES (...)"⁶. Se puede inferir la necesidad del elemento NO POS reclamado. En este orden de ideas se logra satisfacer esta exigencia jurisprudencial.

- 4) *Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que, por el principio de buena fe y la protección especial que debe darse a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, corriendo sobre las entidades prestadoras del servicio de salud la carga de probar en contrario.*

La Corte Constitucional en sentencia T-052 de 2011, estableció frente al particular que "(...) existen cargas soportables, que son mayores cuando unas personas tienen mejores ingresos que otras, (...) por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana y por esta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración al mínimo vital".

Adicionalmente, la misma sentencia explicó: "No existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, (...) La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solo obre al respecto la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante. (...)"

Lo cierto es que en el presente proceso frente a la manifestación expresa de la demandante sobre la imposibilidad económica que tiene para poder obtener los pañales desechables⁷, debe presumirse cierta, y dada la libertad probatoria (ausencia de tarifa legal) e inversión en la carga de la prueba, y toda vez que no existió de parte de **AMBUQ EPS - ESS** actividad alguna tendiente a desvirtuar tal situación, este Despacho tiene por probada la escasez de recursos patrimoniales de la Agenciada.

⁵ Folio 4

⁶ Folio 5

⁷ Folio 2 - Hecho 3.

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

Por lo que ha de establecerse que este último supuesto y/o exigencia jurisprudencial también se satisface en el presente caso.

En conclusión, al encontrarse debidamente satisfechas y probadas las exigencias jurisprudenciales para la autorización de prestaciones excluidas del Plan de beneficios, para la demandante **RUBY DE LA ROSA TORRES**, esta Superintendencia Delegada accederá a su pretensión formulada y, ordenará a **AMBUQ EPS - ESS** la entrega de pañales en las tallas, calidades, cantidades y periodicidad que el médico tratante ordeno y/o llegue a ordenar, de acuerdo a la respectiva prescripción médica.

Recobro al Ente Territorial

El Despacho encuentra pertinente en este punto simplemente recordar lo dicho por la Honorable Corte Constitucional⁸:

(...) Según el marco normativo de la ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias y reglamentarias, las EPS están obligadas a financiar los servicios incluidos en el POS. Es por ello, que es al individuo y no a la EPS, a quien corresponde, en principio, costear los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentren por fuera de los beneficios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

No obstante, cuando la persona que demanda la prestación del servicio, no cuenta con los recursos suficientes para cubrir el costo del mismo, le corresponde al Estado en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud, financiar la prestación solicitada a cargo de los recursos públicos destinados al sostenimiento del sistema general en salud.

Aunado a lo anterior y teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado, para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

La asignación al FOSYGA de los pagos de servicios no POS en el Régimen Contributivo, se explica en razón a que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (arts. 202 y sig.), la administración de dicho régimen corresponde a las EPS por delegación que le hace el fondo, el cual, a través de la subcuenta independiente denominada "De compensación interna del régimen contributivo", es el depositario de todos los recursos llamados a financiar el aludido régimen. Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud" y a "los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado.

Dicha posición fue reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se afirmó que "los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda."

Así las cosas, es viable el cobro por parte de las EPS-S ante los Entes Territoriales de los costos que por prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios deban asumir para garantizar el derecho fundamental a la salud de usuarios sin la suficiente capacidad

⁸ Sentencia T-355 de 2012, en similar sentido Sentencias SU-819 de 1999, T-760 de 2008 M.P y C-463 de 2008

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	FALLO	VERSIÓN	1

económica. Y es en este orden de ideas, que se autorizará a **AMBUQ EPS - ESS** para que reclame y obtenga de la **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CHOCO**, las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo, si a ello hubiera lugar, de conformidad con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra en acatamiento de la presente decisión judicial. Debiendo en todo caso atenderse a lo establecido en la Resolución 1479 de 2015.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, y por autoridad de la ley, este Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: ACCEDER a la pretensión formulada por la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 22.381.416 expedida en Barranquilla, en contra de **AMBUQ EPS - ESS**, en los términos expuestos en la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a **AMBUQ EPS - ESS** que dentro de los **CUARENTA Y OCHO (48)** horas siguientes a la notificación de esta providencia, haga entrega efectiva a la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 22.381.416 expedida en Barranquilla, o a quien este autorice, 120 pañales desechables para adulto, talla L, de acuerdo a la prescripción del médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a **AMBUQ EPS - ESS** la entrega de pañales en las tallas, calidades, cantidades y periodicidad que el médico tratante ordene y/o llegue a ordenar, de acuerdo a las respectivas prescripciones médicas.

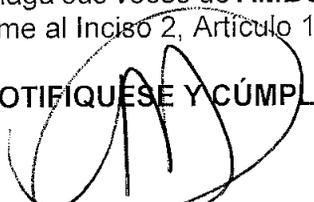
CUARTO: AUTORIZAR a **AMBUQ EPS - ESS** para que reclame y obtenga de la **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CHOCO**, las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo, si a ello hubiera lugar, de conformidad con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra en acatamiento de la presente decisión judicial. Debiendo en todo caso atenderse a lo establecido en la Resolución 1479 de 2015.

QUINTO: ADVERTIR a todos los involucrados en el proceso, que en virtud del artículo 25 de la Ley 1797 de 2016, el incumplimiento a lo ordenado en providencia judicial proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, bajo funciones jurisdiccionales, acarrea las mismas sanciones consagradas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación ante el **TRIBUNAL SUPERIOR – SALA LABORAL** del Distrito Judicial correspondiente al domicilio del apelante, el cual deberá presentarse en este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 30 numeral 1 del Decreto 2462 de 2013.

SÉPTIMO: NOTIFICAR por el medio más expedito la presente providencia al Representante Legal y/o quien haga sus veces de **AMBUQ EPS - ESS**, y a la señora **RUBY DE LA ROSA TORRES**, conforme al Inciso 2, Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MARIA ISABEL CAÑÓN OSPINA
SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL
Y DE CONCILIACIÓN

Proyectó: LERD (06/09/2016)
 Revisó: JCSY 