

Sentencia T-266/14

Referencia: expedientes T-4.161.053, T-4.167.388, T-4.168.015, T-4.168.238, T-4.168.281, T-4.170.490, T-4.175.046, T-4.183.026, T-4.185.614 y T.4.189.770.

Acción de tutela instaurada por Lina María Pulgarín contra Savia Salud EPS y otros (T-4.167.388); Carlos Alberto Barajas Abril contra Salud Total EPS (T-3.161.053); María de Jesús Escobar Ríos contra Saludcoop EPS (T-4.168.238); Claudia Patricia Ramírez León contra Salud Total EPS (T-4.168.015); Enrique Aponte Wilches contra Sanitas EPS (T-4.168.281); María Doris Garzón Quintana contra EPS Confamiliar (T-4.170.490); Fabiola Cano Valencia contra Nueva EPS (4.175.046), Betulia Martínez contra EPS-S Capital Salud (T-4.183.026), Lucía Orfilia Quintero contra Sanitas EPS (T-4.185.614) y Oscar Mercado Sánchez contra Sanitas EPS (T.4.189.770)

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias Constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos

86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados dentro de las acciones de tutela instauradas por Lina María Pulgarín contra EPS-S Savia Salud y otros (T-4.167.388), Carlos Alberto Barajas Abril contra Salud Total EPS (T-3.161.053), María de Jesús Escobar Ríos contra Saludcoop EPS (T-4.168.238), Claudia Patricia Ramírez León contra Salud Total EPS (T-4.168.015), Enrique Aponte Wilches contra Sanitas EPS (T-4.168.281), María Doris Garzón Quintana contra EPS Confamiliar (T-4.170.490), Fabiola Cano Valencia contra Nueva EPS (4.175.046), Betulia Martínez contra EPS-S Capital Salud (T-4.183.026), Lucía Ospina Quintero contra Sanitas EPS (T-4.185.614) y Oscar Mercado Sánchez contra Sanitas EPS (T.4.189.770)

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-4.167.388

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante **Lina María Pulgarín** sustentó sus pretensiones en los siguientes

Hechos

- Señaló la agente oficiosa que su tía, la señora Ernestina Uribe Roldán, está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, en el municipio de Medellín – Antioquia- a través de la EPS-S Savia Salud.
- Manifestó que la agenciada es una paciente de 84 años de edad con diagnóstico de “*Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica*” con “*Exacerbación Aguda*”, por lo que debe permanecer con oxígeno de forma continua, lo que le impide desplazarse fuera de la casa.
- El médico tratante le ordenó el suministro de 90 pañales desechables adultos, los cuales fueron negados por la EPS-S accionada quien sostuvo que son insumos que se encuentran excluidos del POS y no estaba en riesgo la vida de la paciente.

- Informó la señora Lina María Pulgarin que antes los pañales le eran entregados, pero que últimamente fueron negados y no tienen la capacidad económica para asumir el costo de los mismos.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, solicitó la agente oficiosa el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, a la salud y a la igualdad de la señora Ernestina Uribe Roldán, y en consecuencia, una orden a la EPS-S Savia Salud, para que autorice el suministro de los pañales desechables en las condiciones de la orden médica que expidió el médico tratante.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2013, la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia¹, indicó que según la Base de Datos Única de Afiliados BDUA, la señora Ernestina Uribe Roldán, se encuentra afiliada a la Administradora del Régimen Subsidiado Comfama (Savia Salud), con fecha de afiliación del 1 de abril de 2012. Señaló que mediante el Acuerdo 027 de 2011 de la CRES por el cual se unifican los planes obligatorios de salud de los dos regímenes de salud a nivel nacional y para las personas de 60 y más años de edad del régimen subsidiado, se determinó que las prestaciones asistenciales en salud, serían iguales a las contenidas en el plan de beneficios del régimen contributivo. Por lo que la EPS-S, en este caso estaría obligada a garantizar con su red propia o contratada, la prestación de los servicios de salud y suministro de medicamentos incluidos o no en el POS. Por lo anterior solicitó la exoneración de la SSSA de la responsabilidad de garantizar u ordenar las atenciones en salud que requiere la afectada

Alianza Medellín Antioquia EPS SAS (Savia Salud), mediante escrito presentado el 17 de septiembre de 2013 por intermedio de su Representante, dio respuesta al escrito de tutela indicando que según la historia clínica, el médico tratante determinó que la usuaria no sufre de incontinencia y el uso del pañal es para que la paciente no se desplace en las noches al baño y así evitar una caída. Por lo que su prescripción no tiene relación con la enfermedad que padece (EPOC). Dijo así mismo, que los pañales desechables no hacen parte del POS, decisión que fue

¹Fl.20 a 22 vto

avalada por el Comité Médico Científico quien negó el suministro de pañales por estar excluidos del POS y no estar en riesgo la vida de la usuaria. Finalmente, Savia Salud SPS solicitó, se declarara la improcedencia de la tutela por falta de legitimidad por pasiva, y que en caso de ordenarse suministro de los pañales se exonerare a la afectada del pago de la cuota de recuperación por NO POSS.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo calendado el veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013), negó el recurso de amparo, al estimar que no se acreditó que la omisión en el suministro de los pañales ponga en grave riesgo la salud o integridad personal de la señora Ernestina Uribe Roldán. Consideró el Juzgado que el médico estableció la necesidad para la paciente de los pañales, pero no especificó el motivo por el cual se solicitó dicho insumo, lo que impide establecer si su negación representa una amenaza o vulneración de los derechos de la accionante.

En cuanto a que el insumo requerido no pueda ser suplido por otro que se encuentre incluido en el POS, sostuvo que si lo que se quiere evitar es que la paciente corra riesgos por levantarse y desplazarse en la noche al baño, cuenta con la opción de utilizar un pato elemento que es usado para tratar este tipo de situaciones.

Sobre la precaria situación económica de la accionante dijo que no se allegó ninguna prueba documental que respaldara dicha situación y que no bastaba la sola afirmación de la accionante y su progenitora, pues era necesario probar la condición económica para justificar el suministro de pañales a cargo del Sistema de Salud.

Finalmente el juez negó el amparo por cuanto no se acreditaron todas las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional para la inaplicación de la normatividad sobre contenido y exclusiones del POS, pues los pañales no son un insumo autorizado por dicho plan.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de orden médica prescrita a la señora Ernestina Uribe Roldán (fl. 4 - 5, cuaderno 1).
- Copia de Acta Comité Técnico Científico de la Alianza Medellín Antioquia EPS SAS que negó el suministro de los pañales desechables a la señora Ernestina Uribe Roldán (fl. 5, cuaderno 1).
- Copia de justificación del médico tratante para servicio médico o prestación no POS de la IPS Instituto del Corazón en favor de la señora Ernestina Uribe Roldán (fl. 6 - 9, cuaderno 1).
- Copia de autorización de servicios de salud prescrita a la señora Ernestina Uribe Roldán (fl. 10 - 11, cuaderno 1).
- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Ernestina Uribe Roldán (fl. 12, cuaderno 1).
- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Lina María Pulgarin Gil (fl. 14, cuaderno 1).
- Declaración de la señora Lina María Pulgarín Gil, el trece (13) de dos mil trece (2013) ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, en el que da cuenta de la situación económica de la señora Ernestina Uribe Roldán. (fl. 18vto)
- Declaración de la señora María Victoria Gil de Pulgarín, el trece (13) de dos mil trece (2013) ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, en el que da cuenta de la situación económica de la señora Ernestina Uribe Roldán. (fl. 19 vto)

2. Expediente T.4.161.053

La solicitud de tutela del señor **Carlos Alberto Barajas** del derecho a la salud y vida digna se sustentó en los siguientes

Hechos

- Manifestó el accionante que es afiliado a la EPS Salud Total, que al momento de presentar la acción de tutela se encontraba hospitalizado en la Unidad de Cuidados Intermedios de la IPS Santa Lucia Ltda, luego de haber sufrido en el año 2006 un accidente que le ocasionó un trauma raquimedular que lo redujo a una cama.
- Como consecuencia de dicho accidente estuvo hospitalizado por dos meses en el Hospital Santamaría y fue dado de alta luego de que la EPS accionada le prometiera el servicio de Plan Domiciliario, el cual, indica, no fue cumplido, pues fue abandonado en casa de su hermana quien no

cuenta con el tiempo necesario para cuidarlo de manera adecuada, generándose heridas (escaras) e infecciones urinarias que originaron un nuevo ingreso al hospital.

- Indicó que no puede desarrollar sus actividades de manera autónoma, aún presenta escaras que requieren curación diaria, por lo cual había solicitado en múltiples ocasiones a la EPS Salud Total una silla de ruedas, pañales y un colchón antiescaras, elementos que nunca fueron suministrados.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos anteriores el señor Carlos Alberto Barajas Abril solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna, los que considera violados por la EPS Salud Total que se niega a darle tratamiento médico hospitalario en la Unidad de Cuidados Intermedios de la IPS Santa Lucia Ltda, por lo cual pide se ordene dar atención integral a su patología, incluyendo silla de ruedas, colchón antiescaras, pañales desechables, medicamentos, exámenes médicos, diagnósticos, medicamentos, pañales Tena, colchón antiescara y todo lo necesario para atender su patología.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2013², el Representante Legal de la Unidad de Cuidados Intermedios de la IPS Santa Lucia Ltda., indicó que el ciudadano Carlos Alberto Barajas Abril se encuentra hospitalizado en su institución. Que el señor Barajas requiere de un cuidador y de curaciones diarias. Frente a los otros hechos de la tutela indicó que estos no le constan y por su condición de Institución Prestadora de Servicios no le concierne determinar dónde y cómo se le presta el servicio de salud al accionante, siendo responsabilidad de la EPS Salud Total.

Salud Total EPS, en escrito presentado el 24 de septiembre de 2013 manifestó que el paciente no tiene órdenes pendientes de autorización y por tanto, no hay motivo para establecer una negación del servicio de salud o que exista una vulneración en los derechos que le asisten como

²Folio 51

afiliado. Indicó que según criterio médico del día 5 de septiembre de 2013, el profesional tratante consideró que el paciente no cumple con los criterios clínicos para continuar en una unidad de cuidado crónico y tampoco es necesario el servicio de enfermería ya que los cuidados básicos pueden ser realizados por un cuidador, ni la entrega de artículos de aseo ya que estos no intervienen en la evolución clínica del paciente.

Adujo la EPS que no debía dársele curso al amparo por cuanto se ha determinado que el manejo de la patología puede darse desde el seno de su hogar. Por último señaló, que según el concepto de los médicos tratantes las condiciones de salud del accionante no hacían necesaria la internación intermedia o de cuidado de enfermería, y los servicios que requiere pueden ser prestados por su familia y en su domicilio. No obstante a lo anterior, indicó que la EPS procedería a realizar una nueva junta médica con el fin de determinar el estado actual del actor.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante fallo del treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013), negó el amparo solicitado. Indicó que la Corte Constitucional en su sentencia T-023/13 determinó que cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista una orden médica ordenando el servicio, siendo el médico el profesional idóneo para determinar dicha necesidad, los cambios en el diagnóstico y los procedimientos a seguir. De esta manera, cualquier conducta que ejecute la EPS encaminada a suspender la continuidad del tratamiento debe contar con la anuencia del médico tratante.

Indicó el a quo que la enfermedad que padece el señor Barajas Abril no pone en peligro su vida y los cuidados que requiere pueden ser prestados en el seno de su hogar como lo indica el médico tratante, por lo que es improcedente la tutela.

Por último, recordó que dentro del plenario se encontraban formulas emitidas por el médico tratante donde están ordenando terapias, citas con especialista en nutrición y dietética, servicio de cuidador 12 horas al día, servicio de enfermería. Dichos servicios fueron solicitados por el

accionante como tratamiento integral pero por encontrarse debidamente autorizados no fueron tema de análisis para el despacho.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de historia clínica del señor Carlos Alberto Barajas expedida por la Unidad de Cuidados Intermedio Santa Lucía el 1 de agosto de 2013 (fl. 19-20 vto)
- Copia de historia clínica del señor Carlos Alberto Barajas expedida por la Unidad de Cuidados Intermedio Santa Lucía el 5 de septiembre de 2013 (fl.16 -18)
- Fórmula Médica, expedida por el doctor Jaime Suárez Patarroyo, adscrito a la Unidad de Cuidado Intermedio Santa Lucía el 16 de septiembre de 2013, en el que ordena los siguientes servicios domiciliarios: terapia cada dos semanas para mantenimiento articular, mantenimiento en sus actividades básicas cotidianas, seguimiento de plan casero; terapia ocupacional para mantener los patrones de movimiento y facilitar las actividades básicas cotidianas; seguimiento mensual por parte de nutrición y dietética y suministro de medicamentos. Así mismo ordenó: control médico periódico, cada 15 días; servicio de cuidador, mínimo durante 1 horas al día, para asistirlo en las actividades básicas cotidianas, suministro de medicamentos; servicio de enfermería para realizar las curaciones de las úlceras de presión crónicas, cambio de la sonda vesical cada 21 días, por protocolo. (fl 21 y 22.)
- Copia de historia clínica del señor Carlos Alberto Barajas expedida por la Unidad de Cuidados Intermedio Santa Lucía el 17 de septiembre de 2013. En este reporte se señala que el paciente padece secuela de trauma raquímedular; hernia inguinoescrotal derecha; disfunción esfinteriana; escara sacra y trocánter derecho; infección de vías urinarias; pérdida anormal de peso. Allí también se señala que su red de apoyo social consta de dos hermanas, quienes trabajan para la manutención de su hogar, que su señora madre vive en zona rural, se comunica con ella por vía telefónica y no lo ve hace tres años, que se trata de una persona de edad avanzada y por tanto no tiene capacidad de ser la cuidadora principal. Se ordenó tratamiento integral y se reitera la necesidad de prestar los servicios domiciliarios antes señalados.

También se encuentra constancia en el sentido que siguiendo instrucciones de Salud Total, se entrega resumen de historia clínica

del paciente y los servicios solicitados en el plan domiciliario, y se le explicó que continúa su tratamiento en el domicilio. Se advierte que en el último folio de este documento el paciente, deja constancia que no acepta. (fl.23 y 24 vto.)

3. Expediente T-4.168.238

De acuerdo con la solicitud de tutela presentada por **María de Jesús Escobar Ríos** a favor del señor **José Efraín Escobar Cardona** y las pruebas obrantes en el expediente, la agente oficiosa sustentó sus pretensiones en los siguientes

Hechos

- El señor José Efraín Escobar Cardona de 93 años de edad, afiliado a la EPS Saludcoop, padece de *Diabetes No Insulinodependiente* con complicaciones circulatorias periféricas y otros posquirúrgicos especificados, lo que causó la amputación de sus extremidades inferiores.
- Manifestó la agente oficiosa que el 5 de agosto de 2011, que su tía presentó derecho de petición ante Saludcoop EPS, solicitando la autorización de pañales desechables y transporte en ambulancia para el señor Escobar Cardona, requerimiento que fue negado por la EPS, sustentando en que no existe orden o formulación médica por el especialista tratante adscrito a esa entidad.
- Afirmó María de Jesús Escobar Ríos que el 24 de agosto de 2012, presentó un nuevo derecho de petición solicitando el suministro de pañales, así como visita de control dos veces al mes por especialista y que se expusieran los motivos por los cuales se había negado la autorización de los pañales.
- Finalmente, mediante oficio de 19 de septiembre de 2012, Saludcoop EPS dio respuesta al anterior derecho de petición, indicándole que se había autorizado la cita de valoración y las órdenes para la atención domiciliaria, pero que el Comité Técnico Científico negó el suministro de pañales, por tratarse de prendas de vestir y no existir riesgo inminente para la vida o salud del paciente.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos descritos, solicitó la agente oficiosa el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad del señor **José Efraín Escobar Cardona**, los que considera violados por la EPS Saludcoop, al negarse a suministrar los pañales requeridos por el señor Escobar Cardona de manera permanente.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante auto del ocho (8) de agosto de dos mil trece (2013), el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá ordenó la notificación a la entidad demandada para que ejerciera su derecho a la defensa. Saludcoop EPS, a pesar de estar debidamente notificada como se establece a folio 61 del expediente, dentro de la oportunidad procesal, guardó silencio.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo calendado el veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013), negó por improcedente el recurso de amparo, al estimar que no se cumplía con los requerimientos legales para la entrega de lo pretendido por el actor. Aunque surge la presunción de veracidad contenida del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por la omisión de Saludcoop EPS en contestar la demanda de tutela, señaló que le corresponde estudiar si se reúnen los requisitos exigidos en la sentencia T-633 de 2008, para ordenar el suministro de los servicios de salud solicitados por la accionante, y al hacerlo encontró que los pañales desechables solicitados por vía de tutela, no fueron autorizados por un médico adscrito a Saludcoop EPS y que habían sido negados por el Comité Técnico Científico de la entidad, por lo cual consideró que acceder a lo solicitado a través de la acción de tutela, sería tanto como inmiscuirse en la esfera propia de los médicos, siendo ellos quienes tienen la facultad científica y profesional para prescribir algún medicamento o insumo adecuado para la recuperación efectiva de los pacientes.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía del señor José Efraín Escobar Cardona (fl. 1, cuaderno 1).

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora María de Jesús Escobar Ríos (fl. 2, cuaderno 1).
- Fotografía del señor José Efraín Escobar Cardona donde se hace visible su estado de salud (fl. 3, cuaderno 1).
- Copia de derecho de petición dirigido a Saludcoop EPS con fecha 5 de agosto de 2011 (fl. 5, cuaderno 1).
- Copia de respuesta de derecho de petición por parte de Saludcoop EPS con fecha 2 de septiembre de 2011 (fl. 6 - 7, cuaderno 1).
- Copia de derecho de petición dirigido a Saludcoop EPS con fecha 24 de agosto de 2012 (fl. 8 – 10, cuaderno 1).
- Copia de respuesta de derecho de petición dirigido a Saludcoop EPS con fecha 19 de septiembre de 2012 (fl. 11, cuaderno 1).
- Copia de historia clínica del señor José Efraín Escobar Cardona (fl. 12 – 55, cuaderno 1).

4. Expediente T-4.168.015

La accionante **Claudia Patricia Ramírez** sustentó la solicitud de amparo del derecho a la salud, la igualdad y a la vida de su agenciada **Leonor León Ramírez** en los siguientes

Hechos

- La señora **Leonor León de Ramírez** de 75 años de edad, afiliada a la EPS Salud Total, fue diagnosticada con *Diabetes Mellitus tipo II, Nefropatía Diabética, Dislipidemia y Accidente Cerebro Vascular Isquémico*, lo cual le causó *Hemiplejia Derecha*, circunstancia que le impide caminar.
- Manifestó la agente oficiosa que la señora Leonor León de Ramírez por su condición de salud y edad avanzada, no puede realizar ningún tipo de actividad, por lo que el médico de la EPS la atiende mediante visita domiciliaria, debiendo ser movilizada con dificultad en una cama ortopédica para recibir la atención terapéutica.
- La peticionaria afirmó que debido al accidente cerebro vascular, su señora madre presenta incontinencia de esfínteres, razón por la cual debe utilizar pañales las 24 horas del día y se hace necesario su cuidado permanente debido a su dificultad para hablar y caminar.

- Señaló la señora Claudia Patricia Ramírez León que su mamá es una señora de escasos recursos económicos, que no cuenta con ingresos propios, que es viuda y no percibe ningún tipo de emolumento como pensión o salario, por lo cual el único apoyo lo recibe de parte de sus hijos, que reside con una de sus hijas quien tampoco cuenta con un ingreso fijo por encontrarse dedicada al cuidado de la señora León de Ramírez.
- Finalmente relató la peticionaria, que ella y sus hermanas tenían otros gastos tales como: arriendo, servicios públicos domiciliarios, alimentación, entre otras cosas, por lo que asumir los costos del tratamiento de las enfermedades de su señora madre (alquiler de cama ortopédica y silla de ruedas, compra de pañales desechables, cremas para el cuerpo y algunas ambulancias) excede sus recursos.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, la agente oficiosa solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la salud de la señora Leonor León de Ramírez, y en consecuencia, solicitó se ordene a la EPS Salud Total el suministro de pañales desechables, autorizar el servicio de enfermera en casa y el servicio de traslado en ambulancia, así como la atención integral que requiere la señora León de Ramírez de manera permanente y oportuna.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2013, Salud Total S.A. Sucursal Bucaramanga, dio respuesta a la acción de tutela indicando que, era preciso poner en conocimiento que la hija de la señora Leonor León de Ramírez quien actúa como agente oficiosa, no era la única que vela por su madre y es la cotizante del grupo familiar, con un IBC mensual promedio de \$2.000.000, de acuerdo al salario que devenga como empleada del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P., lo cual le permite tener la capacidad económica para asumir los insumos que se encuentran por fuera del POS requeridos por la paciente, de acuerdo a las disposiciones legales y constitucionales. Asimismo, mencionó que el núcleo familiar cuenta con un plan de medicina complementaria con Allianz Colseguros (del que solicitó su vinculación al proceso), del cual es beneficiaria la señora Leonor León de Ramírez.

En relación a los pañales desechables, manifestó la EPS que ésta no los suministra ya que estos se definen por el INVIMA como implementos de aseo y no hacen parte del tratamiento médico sino que atienden a una necesidad higiénica que debe ser suplida por la familia. En cuanto a la solicitud de autorización de enfermera domiciliaria, sostuvo que esta figura no está relacionada ni definida como un servicio de salud, y no existe orden médica alguna que soporte su autorización por parte de la EPS, y es el núcleo familiar primario de atención, el llamado a suministrarle este tipo de apoyo a la paciente para la realización de sus actividades cotidianas básicas. Por último, señaló que desde noviembre de 2012 la paciente ingresó al programa de la EPS para atención domiciliaria, que incluye traslados para atenciones médicas los cuales han sido autorizados por la EPS, y que en caso de que el despacho autorice algún servicio NO-POS, conceda la facultad a la EPS de repetir contra el FOSYGA.

Allianz Seguros S.A. mediante escrito presentado el día 12 de septiembre de 2013 por intermedio de su Representante Legal, el señor José Carreño Luna, dio respuesta a la acción de tutela indicando que la señora Leonor León de Ramírez se encontraba asegurada por una póliza de salud con dicha entidad y se le ha brindado una atención integral a los diferentes padecimientos de salud que ha presentado a lo largo de su permanencia en la póliza, pero que no era procedente extender los servicios a eventos no incluidos o que han sido expresamente excluidos del contrato de seguros. Los pañales desechables y el servicio de enfermera en casa están excluidos del contrato de seguros celebrado, conforme el numeral 15 del capítulo III de exclusiones del condicionado. De esta manera concluye, que la póliza a la que pertenece la usuaria excluye lo solicitado por la accionante, por lo que solicita se denieguen las pretensiones, pues la entidad no ha incurrido en ninguna vulneración a los derechos constitucionales de la accionante.

El Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social -FOSYGA-, a pesar de estar notificado debidamente de la acción de tutela (fl. 52 - 53, cuaderno 1), no se pronunció de los hechos y pretensiones de la demanda.

El Ministerio de Protección Social allegó respuesta el 16 de septiembre de 2013, el mismo día en que se profirió el fallo de primera instancia, sin que haya sido considerado. Allí precisó sobre la prestación del servicio de enfermería que éste se encuentra incluido en el POS; respecto del transporte o traslado del paciente sugirió que es a la EPS a quien

corresponde determinar si el accionante cumple con los requisitos señalados en la jurisprudencia y proceder sin que con ello quede exonerada de algún tipo de responsabilidad; con relación a los insumos solicitados indicó que los pañales no se encuentran incluidos en el POS, sin embargo anotó que la prescripción por parte del médico tratante deberá someterse al Comité Técnico Científico de la respectiva entidad; acerca de la solicitud de tratamiento integral anotó que la solicitud es muy genérica por lo que se hace necesario que el paciente o médico tratante precise cuáles son los medicamentos u procedimientos requeridos, señaló también que en todo caso la tutela no podrá ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro; y finalmente señala que en caso de conceder el amparo deprecado por parte del accionante el Juez de tutela se abstenga de otorgar a la EPS la facultad de recobro ante el Fosyga.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Décimo Civil Municipal, mediante fallo calendado el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), concedió la protección de los derechos fundamentales de la señora Leonor León de Ramírez y ordenó a la EPS Salud Total el suministro de los pañales desechables a la peticionaria. Así mismo, ordenó la consulta con el médico especialista para que este autorizara el servicio de la asistencia de una enfermera domiciliaria y el servicio de ambulancia, garantizándole además un tratamiento integral para la atención de sus padecimientos.

Consideró el juzgado que luego de revisar el escrito de tutela, era lamentable y para nada adecuadas, las condiciones en que se encontraba la paciente Leonor León de Ramírez, teniendo en cuenta que la enfermedad que padece la mantiene postrada, por lo que requiere atención permanente. Si bien era cierto que los servicios solicitados por la accionante carecían de soporte médico, había que tener en cuenta el delicado estado de salud de la paciente que se evidenciaba en la historia clínica, por lo cual la EPS demandada no podía dejar de atender y brindarle los servicios requeridos para el mejoramiento de su estado de salud. Ya que en el evento de no existir dicha orden respecto de los servicios solicitados, el Juez constitucional tenía la competencia para autorizarlos, amparado en la sentencia T-212 de 2011.

En relación al contrato con Allianz Seguros S.A. afirmó que por la fuerza obligatoria de las cláusulas pactadas entre las partes, no se podía entrar a modificar las condiciones, limitaciones y exclusiones que fueron firmadas. Pues este era en plan de salud adicional, diferente a los servicios de salud obligatorios que deben asumir las entidades promotoras de salud. Por lo cual, la conducta de la EPS al negar los servicios solicitados por la señora León de Ramírez, configuraba la violación de los derechos fundamentales de la paciente que obligaron a la protección por parte del Juez constitucional.

Impugnación

En escrito presentado el 19 de septiembre de 2013, Salud Total S.A. Sucursal Bucaramanga, impugnó el fallo de primera instancia, reafirmando los argumentos expuestos al contestar la acción de tutela. Así mismo, solicitó la revocatoria del fallo de tutela y de manera subsidiaria, en caso que se confirmara la orden dada por el a quo, se concediera la facultad de recobro contra el FOSYGA por el 100% de las cuentas de cobro o facturas por autorizar de los servicios ordenados a la paciente, aun si los mismos se encuentran excluidos del POS.

Fallo de segunda instancia

El Juzgado Décimo Civil del Circuito, el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), revocó la decisión de primera instancia, y negó el amparo deprecado por la señora Claudia Ramírez León como agente oficiosa de Leonor León de Ramírez. Consideró que no existía prueba en el expediente que demostrara que la accionante hubiese realizado el trámite administrativo ante la EPS Salud Total a fin de obtener la autorización de los servicios que se considera son necesarios. Igual, no encontró dentro de la historia clínica que se adjuntó con el escrito de demanda, la existencia de alguna prescripción médica, que autorizara los servicios solicitados en la acción de tutela como lo ordena la jurisprudencia, por lo cual era imposible que el Juez constitucional pudiese inferirlo, pues estaría desbordando la órbita de su competencia e invadiendo el campo de la medicina.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Claudia Patricia Ramírez León (fl. 3, cuaderno 1).

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Leonor León de Ramírez (fl. 4, cuaderno 1).
- Copia de carnet de afiliación a la EPS Salud Total de la señora Leonor León de Ramírez (fl. 5, cuaderno 1).
- Copia de escrito por medio del cual la EPS Salud Total, el 20 de agosto de 2013, remite copia de la de historia clínica de la señora Leonor León de Ramírez. (fl. 7 – 39, cuaderno 1).

5. Expediente T-4.168.281

El accionante sustentó la solicitud de amparo del derecho de petición en los siguientes

Hechos

- El señor **Enrique Aponte Wilches** de 71 años de edad, es afiliado a la EPS Sanitas, y presenta antecedentes de *Artritis Gotosa* desde hace más de 10 años.

- Indicó que desde el mes de abril 2013, empezó a sentir poca sensibilidad en sus piernas y pérdida de fuerza en ellas, ante lo cual decidió acudir a la Clínica del Bosque donde le diagnosticaron *Trastorno de Disco Servical con Mielopatía*, razón por la que fue intervenido quirúrgicamente, sin embargo, no pudo volver a caminar y quedó con *Dependencia Funcional Severa con Ausencia de Marcha Independiente*, debiendo movilizarse en silla de ruedas.

- Por lo anterior, le ordenaron terapias físicas en el Centro de Investigaciones en Fisiatría y Electro Diagnóstico SAS (CIFEL), las cuales, dice el señor Enrique Aponte Wilches se le practican todos los días en el horario comprendido entre las 2:00 p.m. a 6:00 p.m., pero por su estado actual de salud y situación económica, le es imposible movilizarse hasta dicho lugar.

- Por lo anterior, dice, decidió elevar un derecho de petición ante la EPS accionada, mediante el cual solicitó se le brindara el servicio de transporte para ir a sus terapias, además del suministro de pañales desechables, sin embargo, no recibió respuesta de su petición por lo que acudió a la acción de tutela con el fin de solicitar la protección.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, el señor Enrique Wilches Aponte exigió la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, de petición y protección reforzada para las personas de la tercera edad y discapacitados, y en consecuencia solicitó ordenar a la EPS Sanitas autorizar el transporte desde su residencia hasta el Centro de Rehabilitación (CIFEL) y su respectivo regreso, así como la entrega de los pañales desechables que requiere por su condición de salud.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 2013, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, dio respuesta a la acción de tutela indicando que, según las normas legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde a la respectiva EPS determinar si el accionante cumple con los requisitos señalados en la jurisprudencia, sin dejar de lado, que la EPS en ninguna situación queda exonerada de su responsabilidad de aseguramiento para con sus afiliados, a pesar de que señaló que los servicios solicitados eran NO POS.

Solicitó que en caso de que la tutela prospere y se ordenara a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando al afiliado los servicios POS o NO POS que este requiera, y por otra parte, abstenerse de otorgar a la EPS la facultad de recobro ante el FOSYGA por lo señalado anteriormente.

Sanitas EPS S.A. mediante escrito presentado el día 30 de septiembre de 2013 por intermedio de su Representante Legal, el señor Juan Pablo Rueda, dio respuesta a la acción de tutela indicando que el señor Wilches no tiene orden médica conocida por la EPS Sanitas S.A. de pañales desechables y transporte a centro de rehabilitación, por lo que respecto de dichos servicios e insumos, no existe soporte médico que justifique su utilización por parte del paciente. Señaló que los pañales desechables y el transporte a centro de rehabilitación no hacen parte de los contenidos del POS, por lo que para su cubrimiento se deben solicitar al Comité Técnico Científico de la EPS accionada, cosa que no ha solicitado el accionante. Por último, manifestó que en caso de que el Juez ordene inaplicar la normatividad por ser inconstitucionales, se le otorgue a la EPS Sanitas la facultad de recobro ante el FOSYGA en lo que atañe a la cobertura de los pañales desechables.

Mediante escrito presentado el 30 de septiembre de 2013, la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C., dio respuesta a la acción de tutela indicando que el usuario Enrique Wilches Aponte se encuentra activo en el régimen contributivo afiliado a la EPS Sanitas. Como consecuencia de lo anterior, lo excluye de plano de la posibilidad de poderlo considerar comprendido dentro del grupo de personas que la Ley 100 de 1993, cataloga como destinatarios de los beneficios del régimen subsidiado de salud o como pobre no asegurado con derecho a la prestación de los servicios de salud que requieran. Añadió que para el acceso de los servicios médicos solicitados en la tutela, se requiere contar con orden del médico tratante, ya que autorizar servicios como los solicitados podría ser contrario a los protocolos médicos y a la literatura científica actualizada, lo cual es necesario, para determinar la prestación del servicio en salud, de conformidad con la Sentencia T-760 de 2008. Respecto al servicio de transporte, señaló la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C., que por ser un servicio NO POS, este requería ser sometido al aval del Comité Técnico Científico de la EPS Sanitas, el cual debía pronunciarse dentro del término de 2 (dos) días de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1438 de 2011, por lo cual solicitó desvincular a la Secretaria de la presente acción de tutela, ya que la mencionada EPS es la responsable de determinar la pertinencia de los servicios que requiere el usuario.

El Centro de Investigaciones en Fisiatría y Electro Diagnostico SAS (CIFEL) mediante escrito presentado el día 01 de octubre de 2013, dio respuesta a la acción de tutela indicando que el accionante ingresó a la entidad en el programa integral de rehabilitación, ciclo de tres meses, con plan intensivo de cinco días a la semana para recibir terapia física, ocupacional, fonoaudiología y psicología. En cuanto a las pretensiones del actor, señaló que no son de competencia de la IPS que representa, como quiera que solo presta servicios de salud relacionados con la medicina física y rehabilitación, por tanto no está en su competencia ninguna de las pretensiones consistentes en transporte domiciliario, entrega de pañales y garantizar el tratamiento integral.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante fallo calendado el tres (03) de octubre de dos mil trece (2013), concedió la protección del derecho fundamental de petición del señor Enrique Wilches Aponte y ordenó a la EPS Sanitas dar respuesta al derecho de petición impetrado por el actor, el 15 de agosto de 2013, so pena de incurrir en desacato. En las consideraciones dijo el Juzgado que era obligación de las EPS garantizar el suministro del tratamiento que requieran sus afiliados, toda vez que es esta la institución encargada de ofrecer los mecanismos necesarios para garantizar una buena calidad de vida y un buen estado de salud. Y en el caso concreto señaló que la EPS Sanitas, debería garantizar el tratamiento del paciente a través de la red contratada, pero aclaró que antes de ordenar algún tratamiento, servicio o insumo vía tutela, se debía verificar la existencia de una orden médica previa, proveniente de médico adscrito a la EPS contratada por el paciente, y que al no obrar en el expediente orden médica alguna se hacía imposible pronunciarse al respecto.

En cuanto al derecho de petición, señaló el Juez que se encontraba dentro del expediente que el actor lo radicó efectivamente el 15 de agosto de 2013, y que la entidad accionada no le había dado respuesta a su solicitud. Para resolver este punto, citó la sentencia T-1046 de 2004, conforme a lo cual al ser el núcleo esencial del derecho de petición la resolución pronta y oportuna, éste debía ser resuelto de manera clara, precisa y de fondo, sumándole a esto un plazo razonable definido por la Ley, por lo que observando el acervo probatorio del expediente, la accionada omitió contestar lo solicitado por el accionante, pues no se encuentra prueba siquiera sumaria de su contestación, por ende, el Despacho advirtió que existía vulneración al derecho de petición impetrado por el señor Enrique Wilches Aponte.

Impugnación al fallo de primera instancia

En escrito presentado el día 7 de octubre de 2013, por el señor Enrique Wilches Aponte, impugnó el fallo de primera instancia, reafirmando los hechos, argumentos y peticiones expuestos en el escrito inicial de la acción de tutela.

Fallo de segunda instancia

El Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil trece (2013),

confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que con base a lo expuesto por la Corte Constitucional (T-1039 de 2010) y revisado el plenario, no se acreditó que la EPS accionada haya negado el transporte, sino como refiere el mismo escrito de tutela, presentó derecho de petición el 15 de agosto solicitando la prestación del servicio sin que a la fecha se haya pronunciado al respecto. Por lo anterior, manifestó que era improcedente por vía de tutela la prestación del servicio de transporte al accionado pues no existía negativa alguna por parte de la entidad accionada, por lo que habría que confirmarse la tutela al derecho de petición a fin de que Sanitas EPS de respuesta al señor Wilches Aponte respecto a la solicitud por éste elevada.

En lo que respecta al suministro de pañales, señaló el Juez que no se avizoraba en el expediente, una orden médica por parte de profesional adscrito a la EPS y menos aún, negativa por parte de Sanitas, de modo tampoco había lugar a amparar dicha solicitud. Añadió, que en este orden de ideas resultaba inadmisibles la solicitud del accionante, por cuanto no se allegaron documentos probatorios en los cuales certifique que se le haya negado alguna clase de tratamiento o servicio solicitado ante la entidad de salud tutelada, por lo que había de confirmarse la decisión proferida por el Juez de tutela de primera instancia.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía del señor Enrique Wilches Aponte (fl. 5, cuaderno 1).
- Copia de carnet de afiliación del señor Enrique Wilches Aponte a la EPS Sanitas (fl. 6, cuaderno 1).
- Copia de derecho de petición presentado por el señor Enrique Wilches Aponte a Sanitas EPS (fl. 7 - 8, cuaderno 1).
- Copia de comprobante de pago de la pensión del señor Enrique Wilches Aponte por parte de Colpensiones (fl. 9, cuaderno 1).
- Copia de historia clínica del señor Enrique Wilches Aponte (fl. 10 – 97, cuaderno 1).

6. Expediente T-4.170.490

De acuerdo con la solicitud de tutela de **María Doris Garzón Quintana**, la necesidad de protección de los derechos de la señora **Mariana Quintana** se sustenta en los siguientes

Hechos

- La señora Mariana Quintana de 91 años de edad, afiliada a la EPS-S Comfamiliar del Huila, padece desde hace 28 años *Síndrome Piramidal Motor Derecho, Secuelas de Accidente Cerebro Vascular y Diabetes Mellitus tipo II*, por tal motivo manifestó su hija quien actúa en su representación, que el médico tratante le ha formulado medicamentos como *Minociclina, Citicolina, Ranitidina*, entre otros.

- Afirmó la señora María Doris Garzón Quintana que por las condiciones de salud de su señora madre, ha tenido que ser hospitalizada varias veces como consta en su historia clínica, y que por su mismo estado de salud ya no puede caminar por sí misma.

- Señaló la peticionaria que por el hecho anteriormente descrito, el día 31 de julio de 2012, presentó derecho de petición ante la Secretaria de Salud Municipal de Neiva, solicitando para la señora Mariana Quintana la entrega de una silla de ruedas para su movilización y el suministro de pañales desechables, recibiendo respuesta negativa de su petición, indicándole la entidad que esa clase de ayudas no se prestan.

- Finalmente, manifestó la señora María Doris Garzón Quintana que su señora madre es una persona de la tercera edad, de escasos recursos económicos, y la no entrega de la silla de ruedas y los pañales desechables, no le garantizan una vida en condiciones dignas.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, la señora María Doris Garzón Quintana exigió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la salud de la señora Mariana Quintana, y en consecuencia, solicitó se ordenara a Comfamiliar EPS-S y a la Secretaria de Salud Regional Huila, suministrar de manera urgente una silla de ruedas y pañales desechables.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 8 de octubre de 2013, Comfamiliar EPS-S, dio respuesta a la acción de tutela indicando que, la usuaria es una paciente de 91 años de edad, que se encuentra afiliada en salud al régimen subsidiado nivel II, y en calidad de tal tiene derecho a los

beneficios del POS-S que la entidad garantiza por intermedio de su red de prestadores de baja, media y alta complejidad, según las prescripciones de los Acuerdos 027 y 029 de 2011. Sin embargo, para este caso, la solicitud de amparo resultaba improcedente, toda vez que los medicamentos, elementos y consultas prescritas ya habían sido suministrados en su época a la usuaria. No existiendo además, orden médica emitida por parte del médico tratante de la usuaria.

Manifestó la entidad de salud, que el suministro de pañales y silla de ruedas se encuentran excluidos del POS en forma taxativa, conforme a lo establecido en el artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, por lo tanto al estar taxativamente excluidos, le corresponde al ente territorial Secretaria de Salud Departamental del Huila asumir la cobertura, de conformidad con la Resolución 5334 de 2008. De esta manera, Comfamiliar EPS-S solicitó al Juez de instancia la exoneración de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales del accionante, y por el contrario obligar a la Secretaria de Salud Departamental del Huila, quien es la responsable en este caso a garantizar de manera oportuna e integral el servicio solicitado en la acción constitucional.

La Secretaria de Salud Departamental del Huila, mediante memorial presentado el 10 de octubre de 2013, dio respuesta a la demanda de tutela indicando que, si la accionante se encuentra afiliada a la EPS-S Comfamiliar Huila, es ésta la entidad obligada en primer lugar a garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por su afiliada.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, mediante fallo calendado el nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), negó el recurso de amparo, al estimar que a la accionante no le asistía el derecho invocado, ya que con los anexos allegados en la tutela, no se demostró que la silla de ruedas y los pañales hayan sido prescritos por el médico tratante de ésta, adscrito a la EPS-S Comfamiliar, requisito indispensable para la protección de los derechos fundamentales de la accionante, como lo ordena la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional. De esta manera concluyó el despacho, que no resultaba factible acceder al

amparo demandado, no precisamente porque la silla de ruedas y pañales se encuentren excluidos del POS, sino porque va dirigido a la obtención de un beneficio adicional que no fue dispuesto por un médico adscrito al ente demandado, requisito que se hace imposible pasar por alto.

Finalmente advirtió el Juez de instancia, que la negación de la protección solicitada mediante esta acción de tutela, no le impedía a la accionante, si en el futuro se ordenaba por el médico tratante el suministro de la silla de ruedas, obtener una respuesta por parte de la EPS-S conforme a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin que lo decidido en su fallo genere temeridad frente a una posterior acción de tutela acerca de la nueva eventualidad.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora María Doris Garzón Quintana (fl. 1, cuaderno 1)
- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Mariana Quintana (fl. 2, cuaderno 1).
- Copia de carnet de afiliación a la EPS-S Comfamiliar Huila de la señora Mariana Quintana (fl. 3, cuaderno 1).
- Copia de registro médico – epicrisis de la señora Mariana Quintana emitido por la Clínica Uros (fl. 4 – 7, cuaderno 1)
- Copia derecho de petición dirigido a la Secretaria de Salud Municipal de Neiva (fl. 8, cuaderno 1).

7. Expediente T.-4.175.046

Fabiola Cano Valencia solicita el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora **Lucia Valencia de Cano** con fundamento en los siguientes

Hechos

- Indica el escrito de tutela que la señora Lucia Valencia de Cano, tiene 82 años de edad, no posee pensión de vejez ni de jubilación, es dependiente de sus hijas, y padece serios problemas de salud desde hace aproximadamente 10 años.

- Afirmó la actora que su madre desde el año 2010, presentó el siguiente cuadro de Epicrisis que dice: *“paciente de 82 años con antecedente de demencia senil, con limitación para la marcha refiere la familiar que por artrosis en la rodilla, quien en la mañana de hoy no responde al llamado de su familiar, encuentran paciente en cama con limitación para la comunicación y hemiplejia derecha”*.
- Posteriormente, relató la peticionaria que en el mes de abril de 2013 su médica tratante consideró que su madre presenta un estado grave y deterioro paulatino de salud, ya que presenta en escala de *Barthel – fragilidad física- con grado de dependencia total y además que requiere de atención domiciliaria*.
- Señaló que debido a su postración se hace necesario crema anti escaras, pañales desechables Tena Eslep Talla M, de 160 al 170 al mes, crema Lubriderm, cama hospitalaria, atención médica en casa, insumos que fueron sugeridos por médico tratante, pero no formulado ya que según él no se encuentra autorizados por la EPS para formular lo anterior anotado.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, solicitó la accionante que se le ordene a la Nueva EPS, que asuma los servicios médicos, medicamentos de alto costo, crema anti escaras, pañales desechables Tena Eslep Talla M, de 160 al 170 al mes, crema Lubriderm, cama hospitalaria, atención médica en casa, tratamiento integral y exoneración de copagos para la señora Lucia Valencia de Cano.

Respuesta de las entidades accionadas

El Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA, mediante escrito presentado el 21 de junio de 2013, por el Director Jurídico de la entidad, dio respuesta a la acción de tutela indicando que respecto al servicio de enfermería según el acuerdo 29 de 2011 que actualiza el POS, en el anexo 2 contempla el listado de procedimientos que hacen parte del POS y la atención domiciliaria se encuentra en dicho listado. Señaló que en lo relacionado a los pañales desechables, cremas Lubriderm, crema antiescaras y cama hospitalaria, estos se encuentra expresamente excluidos del POS según la norma transcrita.

Afirmó que en caso de que la tutela prospere, se ordene a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud. No obstante de acuerdo a la facultad de recobro ante el FOSYGA por la EPS de acuerdo al principio de legalidad en el gasto público no debía el Juez de tutela otorgar a la EPS la facultad de recobro ante el FOSYGA.

La Nueva EPS a pesar de estar notificada de la acción de tutela mediante oficio 1226 de fecha 12 de junio de 2013, no dio respuesta de los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, mediante fallo calendado el veinticinco (25) de junio de dos mil trece (2013), decidió no tutelar los derechos a la salud, a la vida, y el desarrollo de la personalidad de la señora Lucia Valencia de Cano. Consideró el Despacho que la discusión giraba en torno a autorizar los insumos requeridos por la accionante, los que habían sido negados por la accionada bajo el argumento de encontrarse excluidos del POS. Señaló el Juez que las pruebas allegadas por la señora Fabiola Cano Valencia dan cuenta de la identificación de ella, más no se su señora madre como manifiesta en las pruebas, sin embargo, por fórmula de abril 9 de 2013, identifica la profesional tratante que la señora Valencia de Cano tiene 82 años edad, y que requiere atención domiciliaria para chequeo médico en casa, el cual se encuentra incluido en el POS como lo manifestó en su respuesta el FOSYGA.

Adicionalmente, precisó el Despachó que la agente oficiosa de la señora Lucía Valencia nada dice acerca de su situación económica y no aporta prueba de haber realizado solicitud a la entidad donde se muestre la negativa de la Nueva EPS. Por tanto, al no observar vulneración alguna por parte de la Nueva EPS, se niega el amparo.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Fabiola Cano Valencia (fl. 8, cuaderno 1).
- Copia de Epicrisis de la Señora Lucia Valencia de Cano (fl. 9 -12, cuaderno 1).

- Historia Clínica y Orden médica, suscrita por su médico tratante, el 9 de abril de 2013 donde se señala que la paciente (Lucía Valencia) padece en la escala de Barthel, grado de dependencia total y que requiere atención domiciliaria para chequeo médico en casa. (fl.10-12)

8. Expediente-T-4.183.026

De acuerdo con la acción de tutela presentada por **Betulia Martínez** y las pruebas obrantes en el expediente, se solicita la protección de los derechos fundamentales del señor **Hugo Tique Martínez** con base en los siguientes

Hechos

- Manifestó la accionante que su hijo Hugo Tique Martínez, se encuentra afiliado a la Secretaria Distrital de Salud, por hallarse dentro de la población habitante de la calle. En la actualidad padece de *Trauma Raquimedular Paraplejia*, por lo que requiere el suministro de pañales desechables marca Slim, Talla L en una cantidad de 120 mensuales, pañitos húmedos y crema Marly antiescaras, pero la Secretaria Distrital de Salud no entrega dichos insumos bajo el argumento que no se cuenta con orden médica vigente.
- Indicó la actora, que la Secretaria Distrital no le ha negado el tratamiento que requiere su hijo, pero si el suministro de todos elementos que éste requiere para llevar una vida digna, pues se trata de una persona que no puede valerse por sí mismo que encuentra postrado en una cama y que necesita que le cambien de posición cada hora para evitar escaras.
- Finalmente agregó, que no cuenta con los medios económicos para asumir el costo de dichos insumos, pues carecen de recursos económicos para ello, ya que ella es la única que cuenta con un ingreso monetario, el cual se proviene de una bono que se le otorgan por ser una persona de la tercera edad.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados la accionante solicitó tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a quien corresponda el

suministro de pañales desechables marca Slim, talla L en una cantidad de 120 mensuales, pañitos húmedos y crema Marly antiescaras, y garantizar el tratamiento integral que requiere con ocasión de la patología que presenta.

Respuesta de las entidades accionadas

La Secretaria Distrital de Salud por intermedio de la Subdirectora Jurídica de la entidad, mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2013, dio respuesta a la acción de tutela indicando que, el señor Tique Martínez se encuentra activo en la EPS-S Capital Salud, por discapacidad severa. Señaló que debido a su diagnóstico le fue ordenado silla de ruedas estándar y crema Marly, las cuales son NO POS, por lo que deben someterse al CTC y ser autorizados por éste. Respecto de los pañales desechables manifestó que esos son considerados elementos de aseo y no biomédicos ni terapéuticos, por lo que se encuentran excluidos del POS según acuerdo 29 de 2011. Indicó que es deber de Capital Salud EPS-S garantizar los eventos POS como los NO POS, en bienestar del paciente que garantice la continuidad de su tratamiento médico. Finalmente agregó, que no era posible acceder a la solicitud de tratamiento integral, ya que el mismo es un hecho cierto y la acción de tutela busca proteger amenazas inminentes y claras.

Mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2013, la Oficina Jurídica de la Secretaria Distrital de Integración Social, dio respuesta a la acción de tutela indicando que dicha entidad no contempla dentro de sus servicios el suministro de insumos y medicamentos, ya que no es una entidad prestadora de servicios de salud. Señaló que el señor Tique Martínez, no ha solicitado la inclusión en alguno de los servicios ofertados a la población con discapacidad de parte de la Secretaria de Integración Social. Frente al suministro de pañales desechables, manifestó que se imposibilita cumplir una orden que disponga la entrega de los insumos, en la medida que dicha entidad no cuanta con proyectos que tengan como fin o propósito dicha entrega, ya que ella no le corresponde el sector salud de la ciudad. Concluyó que las pretensiones elevadas por la accionante deben ser atendidas por la entidad de salud tratante y la Secretaria Distrital de Salud, conforme al ordenamiento legal y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que las condiciones del paciente son de especial cuidado y atención por parte de especialistas en salud.

Capital Salud EPS-S por intermedio de su Representante Legal, en escrito presentado el 29 de octubre de 2013, dio respuesta a la acción de tutela indicando que, el señor Tique Martínez se encuentra activo en dicha entidad, con nivel Sisben I, quien padece Paraplejia por herida de arma de fuego. Comentó que por parte de dicha entidad se han emitido las autorizaciones a nombre del usuario, las cuales cumplen con los requisitos para concederse. Informó que una vez verificada la base de datos se estableció que en ningún momento se ha radicado ante esa institución solicitud para suministrarse (pañales desechables marca Slim, Talla L en una cantidad de 120 mensuales, pañitos húmedos y crema Marly antiescaras), lo cual se hace necesario pues el médico es el único legitimado para ordenar un servicio de salud requerido. Mencionó que los insumos solicitados se encuentran excluidos del POS, los cuales están a cargo de las entidades territoriales del Estado, siendo en este caso la Secretaria Distrital de Salud, quienes tienen a su cargo a la población en situación en discapacidad. Por último solicitó, que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, por cuanto se está ante un hecho superado, ya que al paciente se le han venido autorizando los servicios solicitados.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sesenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante fallo calendado el veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013), negó el recurso de amparo solicitado por la señora Betulia Martínez a favor de su hijo Hugo Tique Martínez. Consideró que la doctrina constitucional en reiterados fallos (SU-111/97, T-406/01 y T-417/07) ha señalado cuales son los requisitos para determinar la inaplicación de las normas legales o reglamentarias que regulan las exclusiones del POS, además para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Señaló que es indispensable que el tratamiento o medicamento solicitado por el accionante, haya sido ordenado por el profesional de la Empresa Promotora de Salud en la que está afiliado el paciente y que los mismos sean solicitados ante la misma EPS con la cual se encuentra cotizando.

Determinó el Juez, que la Secretaria Distrital de Salud, la Secretaria Distrital de Integración Social y Capital Salud EPS-S, no habían

incurrido en amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de Hugo Ernesto Tique Martínez, pues a pesar de que por parte de la accionante se solicitó el suministro de pañales desechables marca Slim, talla L en una cantidad de 120 mensuales, pañitos húmedos y crema Marly antiescaras, las entidades accionadas nunca han negado el suministro, sino que no se cuenta con orden médica vigente en la cual se ordene el suministro de dichos insumos. De tal manera, no puede el juez de tutela, ordenar la entrega de dichos insumos, desconociendo que son los especialistas en la salud adscritos a las EPS, quienes tienen la competencia e idoneidad para determinar tales aspectos y que corresponde al Comité Técnico Científico autorizar o negar los servicios cuando se encuentren excluidos del POS.

Frente a la solicitud de conceder el tratamiento integral para el señor Hugo Tique Martínez, el Despacho concluyó que dicha petición corresponde a hechos futuros e inciertos y no se puede llegar a presumir que la Secretaria Distrital de Salud los vaya a negar, cuando por el contrario se vislumbra que la atención del paciente se ha realizado conforme a las necesidades presentadas. En consecuencia, sin la existencia de orden médica en la que se indique la necesidad de los insumos requeridos, como tampoco negación de los servicios, se evidencia entonces que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales del señor Tique Martínez.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía del señor Oscar Mercado Sánchez (fl. 3, cuaderno 1).
- Copia de respuesta de derecho de petición de la EPS Sanitas de fecha 15 de febrero de 2013 (fl. 4, cuaderno 1).
- Copia de historia clínica - Hospital Occidental de Kennedy- del señor Julio Cesar Mercado, donde consta que el paciente padece trauma raquimedular, lo que le ha generado discapacidad motora severa y se le ordena 50 fisioterapias, medicamentos y silla de ruedas. (fl. 5 – 35, cuaderno 1).
- Copia de la relación que suministra la Secretaría Distrital de Integración Social, en la que hace una encuesta al paciente para comprobar su condición de habitante de la calle. Allí se dice que su nivel de escolaridad alcanza a 5to. de Primaria, que vive en la calle, que carece de redes de apoyo, que consume spa y se dedica al

reciclaje. Hay registro que vive en la calle desde los 13 años, que duerme en el cambuche “Guaymaral” y que el motivo por el cual vive en la calle es su situación económica. Finalmente se indica que antes vivía con su señora madre (fl. 21 vto)

9. Expediente T-4.185.614

Lucia Ospina Quintero solicita el amparo del derecho de petición a través del cual solicitó a la EPS el suministro integral de servicios e insumos necesarios para la atención de la salud de su hija **Leidy Natalia Mendoza Ospina**, lo cual se sustentó en los siguientes

Hechos

- Manifestó la accionante que debido a serios inconvenientes que ha padecido con la autorización del servicio y en especial con el suministro de pañales, servicio de enfermera, crema dental sin flúor, cremas antiescaras, cama hospitalaria, servicio de transporte en ambulancia medicalizada y colchón antiescaras, para su hija quien padece *Parálisis Cerebral, Cuadriparesia Espástica Secundaria a Hipoxia Neonatal con Dependencia Completa y Retardo Mental Epilepsia*, se vio en la obligación de interponer derecho de petición ante la EPS.

- La señora Ospina Quintero radicó la solicitud el 3 de julio de 2013, pero han transcurrido más de dos (2) meses y no ha recibido respuesta alguna, desconociendo los preceptos legales y jurisprudenciales relacionados con el derecho de petición.

- Por último señaló, que con la actitud asumida por la EPS accionada se le está vulnerado su derecho fundamental de petición, lo cual le ha causado graves perjuicios para obtener la protección efectiva de su “derecho fundamental relacionado con la autorización de servicios para [el] tratamiento de salud de su hija”.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados, solicitó la señora Lucia Orfilia Ospina Quintero el amparo del derecho fundamental de petición, y en consecuencia, se ordene a la EPS Sanitas, resuelva de fondo la solicitud presentada el 3 de julio de 2013 relacionada con la autorización y suministro de pañales, servicio de enfermera, crema dental sin flúor,

cremas antiescaras, cama hospitalaria, servicio de transporte en ambulancia medicalizada y colchón antiescaras para su hija Leidy Natalia Mendoza Ospina.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito del 1 de octubre de 2013, el Representante Legal para temas de Salud y Acciones de Tutela de la EPS Sanitas SA, dio respuesta a la acción de tutela, indicando que la solicitud presentada el 3 de julio de 2013³ por la señora Lucia Orfilia donde solicita el suministro de pañales, servicio de enfermera, crema dental sin flúor, cremas antiescaras, cama hospitalaria, servicio de transporte en ambulancia medicalizada y colchón antiescaras para la joven Leidy Natalia Mendoza Ospina, fue respondida mediante oficio del 24 de julio de 2013, suscrito por la Supervisora de Servicios Médicos de EPS Sanitas S.A, y enviada el mismo día a la Carrera 78 G Bis C No. 48 A – 12 del municipio de Ricaurte – Cundinamarca. En el mencionado escrito se negó la autorización de los servicios solicitados por ser NO POS y no haber sido prescritos por un médico adscrito a EPS Sanitas.

Indicó el representante de la entidad accionada que luego de revisar el escrito de tutela, donde la usuaria manifiesta no haber recibido respuesta alguna, se evidenció que la dirección de notificación de la usuaria es en la ciudad de Bogotá, y se procedió de inmediato a remitir copia de la respuesta de su petición a la dirección correcta. Por lo que en el presente caso, se presentó la figura carencia actual de objeto por hecho superado, solicitando al Despacho declarar improcedente la presente acción de tutela.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de única instancia.

El Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante fallo calendado el dos (2) de octubre dos mil trece (2013), decidió tutelar el derecho fundamental de petición invocado por la señora Lucia Orfilia Ospina Quintero y en consecuencia ordenó a la EPS Sanitas, proceda a contestar en forma clara, concreta y precisa, y comunicar la petición formulada por la accionante, acreditando la notificación respectiva ante

³ Folio 17.

dicho Despacho. Consideró el Juez que si bien era cierto que la entidad había expuesto en la contestación de la demanda consideraciones atinentes a la gestión requerida, lo cierto es que no probó de modo alguno haber comunicado de manera efectiva la respuesta a la solicitud elevada por la accionante, omisión reprochada que, funge a su vez, como causa inmediata de la vulneración del derecho fundamental invocado.

Por otra parte, manifestó el Despacho que dentro del plenario no aparece constancias de remisión, ni de correo certificado, que probaran que el accionante hubiese recibido alguna comunicación, quedando claramente establecido que en realidad el tutelista no recibió comunicación de la respuesta a su solicitud. Lo que daba lugar para tutelar el derecho de petición invocado, debiéndose requerir a la accionada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en tardanzas como la del presente caso.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Original de derecho petición presentado por la señora Lucia Orfilia Ospina Quintero ante la EPS Sanitas, el 3 de julio de 2013. (fl. 5 - 6, cuaderno 1).
- Copia de respuesta de derecho de petición de la EPS Sanitas sin firmar, dirigido a la señora Ospina Quintero (fl. 10, cuaderno 1).
- Original de respuesta de E.P.S Sanitas al derecho de petición interpuesto por Leidy Natalia Mendoza, el 24 de julio de 2013. (Folio 17)

10. Expediente T- 4.189.770

El ciudadano **Oscar Mercado Sánchez** solicita la protección e los derechos fundamentales de su padre **Julio Cesar Mercado** con base en los siguientes

Hechos

- Manifestó el accionante que su padre de 79 años se encuentra afiliado a Sanitas EPS y fue diagnosticado hace seis años con enfermedad de *Parkinson, HTA, Radiculopatía, Hernia Discal, Esofagitis, Ulcera Gástrica y Hernia Hiatal.*

- Relató el peticionario que el señor Julio Cesar Mercado es una persona que no se puede movilizar por sí mismo, que no controla esfínteres, y la mayor parte del tiempo permanece con su cónyuge que también es una persona de la tercera edad.

- Como consecuencia de lo anterior, puntualizó el actor que su padre necesita el uso frecuente de pañales desechables y por ello los solicitó a la EPS Sanitas pero le fueron negados porque según el artículo 49 del Acuerdo 029 del 2011, se encuentran excluidos del POS.

Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos narrados y teniendo en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad, en estado de debilidad manifiesta por su edad, sus problemas físicos y carencia de recursos económicos, el señor Oscar Mercado Sánchez solicitó al señor Juez conceder la tutela a los derechos a la salud, a la vida y al mínimo vital del señor Julio Cesar Mercado ordenándose a la EPS Sanitas los suministros necesarios para el bienestar de su padre.

Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2013, el Administrador de EPS Sanitas – Santiago de Cali, indicó que el señor Julio Cesar Mercado se encuentra afiliado a la EPS Sanitas como beneficiario amparado de Oscar Mercado Sánchez. Señaló que el paciente presenta *Incontinencia Urinaria*, por lo que solicita el cubrimiento económico por parte de la EPS Sanitas de unos pañales desechables y tratamiento integral. Manifestó que los pañales desechables son elementos de aseo e higiene personal y no son tratamiento para la enfermedad presentada por el señor, excluidos expresamente por la cobertura del POS según el artículo 49 del acuerdo 029 de 2011. De esta manera, el señor Mercado debe solicitar los pañales desechables ante el Comité Técnico Científico, lo cual no ha hecho hasta el momento, y menos aún existe orden de médico tratante, que haya prescrito tratamiento integral para el padre del accionante.

Por último, señaló la EPS que en el evento en que se decida inaplicar la normatividad referida, en lo que atañe a la cobertura de los pañales desechables, se conceda a ésta la facultad de recobro ante el FOSYGA por las obligaciones que deban asumir.

Por su parte, el ente vinculado Ministerio de Protección Social – FOSYGA, guardó silencio respecto del requerimiento del Juzgado a través de oficio No. 275 de octubre 22 de 2013, enviado vía correo el día 25 de octubre de 2013.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante fallo calendarado el primero (1) de noviembre de dos mil trece (2013), negó el recurso de amparo solicitado y exhortó a la EPS Sanitas para que continúe prestando de manera continua los servicios médicos que requiera el señor Julio Cesar Mercado, y en caso de que el médico tratante le prescriba los servicios solicitados a través de ésta acción de tutela, procedan a ordenar su entrega sin dilaciones injustificadas. Indicó el Despacho que no se observó ninguna orden médica que haga parte del material probatorio aportado con la acción de tutela, más allá de la copia de la historia clínica y una comunicación enviada al accionante en febrero 15 de 2013, mediante el cual la EPS le informaba de la negativa para otorgar los pañales desechables.

Recordó el Juzgado que en sentencia T-346/10, la Corte Constitucional consideró la necesidad de que exista dentro del material probatorio del expediente, una orden emitida por su médico tratante que determine la necesidad de otorgar su prestación. De esta manera, para el caso del señor Mercado, no era viable ordenar a la EPS Sanitas la entrega de pañales desechables solicitados por el actor, toda vez que como se dijo anteriormente, no existía orden médica que así lo amerite.

Por último, advirtió el Juez que el accionante deberá agotar todos los conductos regulares para que la EPS Sanitas le ordene y le autorice la entrega de los insumos solicitados en la presente acción de tutela, y en caso de en el futuro exista una verdadera vulneración de sus derechos fundamentales, podrá acudir nuevamente al mecanismo de la acción de tutela para que estos sean protegidos.

Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

- Copia de cédula de ciudadanía del señor Oscar Mercado Sánchez (fl. 3, cuaderno 1).
- Copia de respuesta de derecho de petición de la EPS Sanitas de fecha 15 de febrero de 2013 (fl. 4, cuaderno 1).
- Copia de respuesta al derecho de petición interpuesta por el señor Oscar Mercado el 15 de febrero de 2013, por parte de la EPS Sanitas, en el que se niega el suministro de pañales, médico domiciliario y medicamentos por estar excluidos del POS e informó que respecto de la evaluación requerida para visita de médico domiciliario la misma había sido autorizada. (Fl. 4)
- Copia de historia clínica del señor Julio Cesar Mercado, en la que se relacionan que el mismo presenta antecedentes de Parkinson (fl. 5 – 35, cuaderno 1).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida en las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

Corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si las distintas Empresas Promotoras de Salud vulneran los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, vida digna, mínimo vital y seguridad social de los/las accionantes al negarles los insumos, medicamentos y procedimientos, en especial el de pañales, bajo el argumento de que no existe prescripción médica o no se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

A fin de resolver los casos, la Sala reiterará lo que la Corte Constitucional ha sostenido sobre: (i) la legitimación para actuar como agente oficioso o representante; (ii) el derecho fundamental a la salud; (iii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (iv) Trámite ante el Comité Técnico Científico para solicitar prestaciones excluidas del Plan de Beneficios. Subreglas para inaplicarlo; (v) Principio de integralidad en la prestación del servicio de salud; (vi)

Principio de continuidad: el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, es decir, que no puede ser interrumpido súbitamente; (vii) Protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional: adultos mayores. (viii) Reiteración jurisprudencial sobre el cubrimiento de servicios de transporte en el Sistema de Seguridad Social en Salud. (ix) Derecho a la salud de personas indigentes. (x) Carencia actual de objeto y (xi) análisis de los casos concretos.

La legitimación para actuar como agente oficioso o representante. Reiteración de jurisprudencia.

A pesar de la informalidad que caracteriza la acción de tutela existen unos requisitos mínimos de procedibilidad, encontrándose dentro de ellos la legitimación en la causa por activa.⁴

La legitimación en la causa por activa se configura a partir del ejercicio directo de la acción, de la representación legal, (como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), por apoderado judicial, (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo); o por medio de agente oficioso.

La figura de la agencia oficiosa, tiene sustento en artículo 86 Superior que consagra: *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) por sí misma o **por quien actúe a su nombre**, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”*, el cual luego fue desarrollado en el Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, y en su artículo 10º indica que la *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...) **También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa**”*. (Negritas fuera del texto original)

La validez de la agencia oficiosa se fundamenta en tres principios constitucionales: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de

⁴ Ver Sentencia T-724 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

mecanismos institucionales, con el fin de realizar efectivamente este tipo de derechos; (ii) prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; que impide, que por circunstancias meramente procedimentales, se vulnere los derechos fundamentales; y finalmente, y (iii) el principio de solidaridad, que obliga a la sociedad a velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa⁵.

Para que opere esta figura es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y demuestre que el agenciado no se encuentra posibilitado para promover su propia defensa. Respecto de éste último requisito considera esta Sala que hace parte de uno de tantos criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez de tutela, más no puede configurar el único referente a considerar ya que dentro del plenario pueden advertirse diversas circunstancias fácticas que reflejan ausencia en las condiciones para promover una defensa propia y adecuada.

Además, exigir la demostración de la incapacidad física o mental del sujeto procesal titular de los derechos fundamentales presuntamente violados o amenazados puede ser una carga desmedida y desproporcionada en cuanto a la interpretación de los requisitos para la configuración de la agencia oficiosa de un ciudadano afectado y, por ello, no es viable descartar la solicitud de fondo de la acción sin la verificación de los hechos en el caso en concreto.

Por ello no es obligatorio que el agente oficioso demuestre incapacidad física o mental que impide al afectado promover su propia defensa para que sea admisible la agencia oficiosa, si de los hechos probados en el proceso advierte el juez de tutela que el titular del derecho no se encuentra gozando de todas las condiciones físicas, síquicas, intelectuales, culturales y sociales para interponer la acción por su propia cuenta. Ante ese acaecimiento fáctico no le queda otra vía al juez que admitir la acción por debida legitimación activa y fallarla de fondo con el fin de proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración jurisprudencial.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, indica que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-531 de 2002.

en salud, estableciendo políticas para la prestación del servicio y ejerciendo una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho fundamental y por otro, en un servicio público de carácter esencial.

El carácter fundamental de los derechos constitucionales, actualmente ya no se estructura a partir de la distinción de los derechos de primera o segunda generación, ni tampoco porque tenga alguna relación directa con otros derechos fundamentales –tesis de conexidad-, pues la Corte entiende que son fundamentales todos aquellos derechos constitucionales que funcionalmente estén dirigidos a lograr la “*dignidad humana*” de las personas, y además que sea entendido como subjetivo⁶. Bajo estos supuestos es que la Corte Constitucional, entendió que el derecho a la salud era fundamental. En ese sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-736 de 2004 precisó que:

“(...) la jurisprudencia Constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud”. Igualmente indica que “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”

Ahora bien, la génesis del estatus fundamental del derecho a la salud, coincidió con la evolución de la protección de este derecho en el ámbito internacional, específicamente en la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se señaló:

*“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. **Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.** La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud*

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

(OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.
(Negrillas fuera del texto original)

En este mismo sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su párrafo 1º que *‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’*.

De igual manera, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*

Con todo, la garantía del derecho fundamental a la salud, está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. Debido a esto, la jurisprudencia de esta Corporación manifestó,⁷ que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. *Verbigratia*, los casos en donde las EPS niegan el suministro de pañales a las personas que no pueden controlar sus esfínteres, bajo el argumento que no se encuentran incluidos en el POS. Al respecto este Tribunal indicó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad

⁷ Al respecto, ver Sentencias T-114 y T-640 de 1997, SU-480/97, SU-819/99 ; T-442/94 ; T-691/98 ; T-875/99 ; T-685/98, T-514 de 1998, T-556 de 1998

manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema⁸.”

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud, pues no solamente es un derecho autónomo sino que también comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales⁹. Sin dejar a un lado que, el derecho a la salud no es absoluto, pues se puede limitar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia de este Tribunal.

El suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios de Salud. Reiteración jurisprudencial.

En principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos del Plan de Beneficios. Empero dicha regla no es absoluta, pues jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que, en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional.

“[L]a exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez Constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos¹⁰.”

⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

¹⁰ MP. Álvaro Tafur Galvis

Esta posición, ha servido como base para que esta Corporación en reiteradas ocasiones tutele los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, frente a la negativa de las Entidades Promotoras de Salud -E.P.S- de autorizar la entrega pañales a sus pacientes por no estar incluidos dentro del Plan de Beneficios.

De ahí que la Corte en sentencia T-099 de 1999¹¹, haya tutelado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona de la tercera edad (80 años), con bajos recursos económicos, que sufría de incontinencia urinaria, al considerar que la negación de los insumos y/o medicamentos por parte de la Entidad Promotora de Salud, tornaba indigna la existencia del paciente, debido a que no le permitía el goce de una óptima calidad de vida, impidiéndole desarrollarse plenamente. Asimismo señaló que frente a las personas de la tercera edad *“el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable”*.

En un caso similar, la sentencia T-565 de 1999¹², señaló: *“que corresponde al juez Constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos. Agregó de igual manera, “que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”*.

Con los mismos argumentos la Corte en sentencia T-899 de 2002¹³, tuteló el amparo del derecho a la salud y a la vida digna de una persona que padecía de incontinencia urinaria originada por una cirugía de próstata que le había sido practicada. La Sala en esa ocasión, ordenó a la EPS demandada la entrega de pañales, inclusive sin ser manifiesta la formulación del médico tratante adscrito a esa entidad. A juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía el paciente, si bien no comprometía su derecho a la vida, sí le impedía llevar una vida en condiciones dignas¹⁴.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 1999.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 1999.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-899 de 2002.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-1219 de 2011 y T-202 del 28 de 2008.

Resulta evidente para esta Sala, que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables, la Entidad Promotora de Salud debe suministrarlos, con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, sin perjuicio de que la E.P.S. recobre los insumos suministrados por medio de la acción de repetición contra el Estado¹⁵.

Ahora bien, el derecho a la vida implica la salvaguarda de unas condiciones que permitan la existencia de las personas con dignidad. Es así como toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona que sufre una seria discapacidad física, no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna¹⁶. De ahí que la acción de tutela sea el medio judicial más idóneo para defender el derecho fundamental a la salud.¹⁷

Trámite ante el Comité Técnico Científico para solicitar prestaciones excluidas del Plan de Beneficios.

Si bien es cierto y razonable, que el servicio médico requerido pase por determinados trámites administrativos, también es necesario que dichos trámites no sean excesivos e impongan a las personas una carga que no les corresponde asumir, pues de lo contrario vulneraría el derecho fundamental a la salud. Por esta razón la jurisprudencia constitucional en sentencia T-1016 de 2006 señaló que se *“irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008, T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-829 de 2006, T-155 de 2006, T-965 de 2007, T-143 de 2009, T-293 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

¹⁷Incluso en aquellos casos en los que la afección a la salud fue causada por la ineficiencia del Estado, y se cuenta con acciones contencioso administrativas para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, la tutela es el medio idóneo para proteger el derecho a la salud de la persona, en especial, cuando se trata de garantizar el acceso al servicio de salud que se requiera con necesidad. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993, en este caso la Corte consideró que “[la] atención médica inmediata a la víctima de un accidente causado en virtud de la objetiva ineficiencia de la administración en la prestación de un servicio público, en la sentencia con la cual se pone término a una acción de reparación directa, tiene únicamente carácter resarcitorio de los gastos incurridos por ese concepto y es necesariamente posterior a la misma. // Si la condición económica de la víctima y la naturaleza de la lesión sufrida son tales que, sin apoyo externo, no es posible recibir el tratamiento médico o quirúrgico necesario, como ocurre en el presente caso, cabe preguntarse si la pretensión de obtener dicha prestación hace parte del derecho a la salud y debe ser suministrada por la entidad pública cuya acción u omisión que traducen un grado objetivo de ineficiencia fueron causa determinante del accidente.”

por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico.’¹⁸

Ahora bien, la Corte Constitucional ha dicho que el concepto del Comité Técnico Científico, no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud. Máxime cuando *“el tiempo de espera fijado por la normativa resulta entonces desproporcionado frente a la necesidad de garantizar el goce efectivo y oportuno del derecho [fundamental] a la salud”¹⁹.*

Por regla general en el régimen subsidiado, los medicamentos y procedimientos no contemplados en el Plan de Beneficios, deben ser asumidos por las entidades territoriales con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la oferta, recursos que deben ser administrados por las Secretarías Departamentales de Salud, para hacer efectiva la prestación de los servicios solicitados por los afiliados. Sin embargo la Corte aclaró que **de manera excepcional las Entidades Promotoras de Salud deben prestar el servicio excluido del P.O.S, con cargo a sus recursos, no solamente cuando el servicio de salud sea urgente sino también cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional²⁰**, sin perjuicio de que posteriormente solicite el recobro de los insumos o tratamientos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

Ahora bien, muchas veces el acatamiento estricto del Plan de Beneficios conlleva a la vulneración de derechos fundamentales, tales como, el derecho a la vida digna y a la integridad personal. Razón suficiente, por la cual esta Corporación ha obligado a las Entidades Promotoras de Salud a suministrar los servicios que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios, sin que se tenga que recurrir a trámites administrativos engorrosos, que no deben soportar. Por consiguiente la Corte creó una serie de condiciones o subreglas que permiten, de una u otra forma, evidenciar en que casos o bajo que criterios, se puede inaplicar el Plan de Beneficios.

¹⁸En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2011. por medio del cual se declaró exequible condicionalmente el artículo 27 de la Ley 1438 de 2011.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1089 de 2007.

Subreglas para inaplicar el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado

La jurisprudencia de esta Corporación, ha determinado las siguientes condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan de Beneficios que excluyen determinados medicamentos o procedimientos médicos:

1. *Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.*
2. *Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.*
3. *Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.*
4. *Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”²¹*

El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

Un componente determinante de la calidad en la prestación del servicio público de salud es el principio de integralidad (*principio de integralidad*), el cual ha sido destacado de manera importante por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las regulaciones en materia de salud y la jurisprudencia constitucional colombianas.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999, Sentencia T-237/03, T-324-08.

En efecto, la Ley 100 numeral 3° del artículo 153 propone el principio de protección integral, así: “*El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud*”.

Con base en ello, esta Corte ha desarrollado toda una línea jurisprudencial para darle plena aplicación al principio de integralidad y de esa manera garantizar plenamente el derecho fundamental a la salud de todos los ciudadanos. Por ello, ha dispuesto que la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente²².

Ahora bien, es importante precisar que cuando las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud reconocen insumos o medicamentos incluidos en el Plan de Beneficios pero su prestación no es garantizada oportunamente, amenazan gravemente el derecho fundamental a la salud del paciente. Sobre esta hipótesis la Corte ha dispuesto que la prestación de los servicios debe ser *oportuna, eficiente y de calidad* a fin de garantizar la efectiva e integral prestación del servicio y respetar el derecho a la salud del usuario.²³

Por otro lado, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho implicaría que el juez constitucional hiciera determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, “(i) mediante la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.”²⁴

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencias: T-816/07, T-826/07, T-699/08, T-1133/08, T-626/09, T-817/09)

²³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 760 de 2008.

²⁴ Sentencia T-053 de 2009.

En definitiva, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañada de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre cosas futuras. En concreto, este Tribunal ha entendido que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, es decir, una orden de tutela que reconozca la atención integral en salud se encontrará sujeta a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente.

Así, la sentencia T-398 de 2008 dispuso acertadamente que las órdenes indeterminadas de los jueces de tutela dirigidas a prestar atención integral a un paciente respecto del cual (i) no existe claridad médica sobre su patología o condición de salud, o del cual (ii) no se conocen las prestaciones que requiere para mejorar su estado de salud, pueden resultar problemáticas a la hora de pretender su cumplimiento y no se compadecen de los recursos del Estado.

El principio de continuidad y prohibición de interrupción súbita e injustificada. Reiteración de Jurisprudencia.

Se ha establecido ya en la jurisprudencia constitucional que los servicios de salud deben prestarse de manera continua, es decir, un servicio o un tratamiento no puede interrumpirse de manera repentina dejando al paciente desprotegido en su salud. Así quedó establecido en la sentencia T-760 de 2008 de la siguiente manera:

“(...) Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.^[47] Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.^[48] Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”^[49] Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la

relación jurídica–material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Esta protección se ha reconocido en diferentes ámbitos, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas.^[50]

La jurisprudencia constitucional considera que

“(…) La Corte ha afirmado que los servicios de salud que se deba continuar prestando pueden estar o no incluidos en los Planes Obligatorios (POS y POSS). Para la Corte, si tales servicios (i) se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS, o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado) la encargada de continuar con su suministro, con cargo a recursos del Fosyga, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (EPS, ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor) y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.”^[51]

Así mismo, en la sentencia T-519 de 2008 se resolvió el caso de una mujer a quien la EPS le negó los tratamientos que requería por haber fallecido su padre quien la tenía como beneficiaria en su contrato de salud. En este evento, se consideró que

“(…) Para la Sala, la entidad se encuentra en la obligación de suministrar el tratamiento solicitado y prestar integralmente el servicio de salud relativo a dicha enfermedad que sea ordenado por el médico tratante, hasta tanto se logre la afiliación de la actora al sistema de seguridad social integral, a través del régimen contributivo o subsidiado. Dicha conclusión se deriva

del principio de continuidad del servicio de salud, así como el principio de confianza legítima.

8. En efecto, esta Corporación ha sostenido en numerosas ocasiones que los principios constitucionales que informan el derecho a la salud y la obligación del Estado de garantizar su prestación, generan un deber de continuidad en la prestación de los servicios médicos que requiere el tratamiento de una enfermedad, de manera que no pueden ser interrumpidos abruptamente, si con ello se pone en riesgo la vida y la integridad física de la persona. (T-233 de 2011).

Resulta contraria a los principios constitucionales de solidaridad, de continuidad en la prestación de los servicios de salud y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, una interpretación literal del ordenamiento jurídico en materia de salud y seguridad social que se oriente a restringir o impedir la continuidad del acceso a los servicios médicos a una persona por el solo hecho de ser desvinculada, cuando dichos servicios se requieren necesariamente para su rehabilitación.

En el presente asunto, el servicio de salud se venía prestando de manera regular y fue interrumpido tan pronto la entidad advirtió que la actora había perdido la condición de beneficiaria. En este sentido, con dicho proceder se interrumpió el tratamiento de una enfermedad grave y se puso en riesgo la vida y la integridad física de la accionante. (...)”.

Queda entonces claro que, suspender de manera abrupta un tratamiento ante la circunstancia en la que la persona pierde su calidad de afiliada a una determinada EPS por razones ajenas a su voluntad, resulta violatorio de los derechos fundamentales de la misma. Cuando una EPS ha iniciado la prestación de un servicio o tratamiento debe continuar con el mismo hasta tanto la persona afectada logre afiliarse nuevamente, bien sea al régimen contributivo o al subsidiado.

La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional: Adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

La consagración del principio de igualdad en el marco del Estado Social de Derecho, se expresó en el artículo 13 de la Carta Política de 1991 bajo la fórmula: *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”*, se complementa así mismo, con una prohibición de discriminación al establecer que *“todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozaran de los mismos derechos, libertades, y oportunidades sin ninguna discriminación”*. Lo anterior constituye la denominada dimensión negativa del derecho a la igualdad, que obliga a todas las autoridades del Estado. No obstante, la Constitución Política el mencionado artículo 13 va mas allá, al establecer el deber Estatal de promover condiciones *“para que la igualdad sea real y efectiva”*, es decir, la obligación de disponer de *“medidas a favor de grupos discriminados o marginados”*. De igual manera, el principio constitucional presupone un mandato de especial de protección en favor de *“aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”*. Los mandatos de optimización de la igualdad terminan con un destinatario específico representado en las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra las personas en condiciones de debilidad manifiesta.

Tratándose de personas en estado de debilidad, 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)¹ 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.

Así mismo, el artículo 47 de la Carta, exige que desarrolle una *“política de previsión y rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (...)”*, para garantizar la promoción y ejecución de medidas en beneficio de grupos discriminados o marginados.

En sentencia T-199 de 2013, indicó la Corte: *“En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante”*.

Sobre el particular se afirmó en la Sentencia T-745 de 2009: *“Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad.”*

Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales.

En consecuencia, *“a nivel jurisprudencial se ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requiera”*²⁵. Por ello frente a los adultos mayores, el Estado tiene el deber de garantizarles la atención integral en salud y ante un hecho de autoridad o de una entidad prestadora de los servicios de salud que desconozca este deber de protección especial la tutela es procedente.

Cubrimiento de servicios de transporte en el Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- Reiteración jurisprudencial.

En diferentes pronunciamientos esta Corporación se ha referido al reconocimiento de gastos de transporte solicitados por usuarias y usuarios de servicios de salud. En los mismos, ha analizado disposiciones legales así como condiciones particulares en virtud de las cuales las

²⁵ T-199-2013

Entidades que participan en el Sistema General –SGSSS- deben asumir costos de traslado de pacientes o de éstos y sus acompañantes.

La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud “*por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado*” en el capítulo IX del título I, que en sus artículos 33 y 34, reglamenta lo relacionado con el *servicio de transporte*²⁶ y la Resolución 5261 de 1994 “*Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”^[20].

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que en principio la obligación de acudir a un tratamiento corresponde tanto al usuario o usuaria como a su familia^[21]. No obstante, han sido identificadas ciertas situaciones en las cuales, corresponde a las entidades que participan en el Sistema cubrir gastos de transporte de pacientes y de sus acompañantes o desplazarse hasta el domicilio del paciente con el fin de que se garantice el derecho de accesibilidad a los servicios de salud y así mismo, la atención en salud de manera ininterrumpida^[22].

En sentencia T-1158 de 2001 esta Corporación ordenó al ISS prestar a una niña de 10 años discapacitada, por la enfermedad de artrogriposis congénita asociada a luxación de cadera izquierda, el servicio de ambulancia que aquella requería para el tratamiento de su enfermedad. En sus consideraciones, este Tribunal manifestó:

²⁶ El artículo 33 se refiere al transporte o traslado de pacientes e indica que el Plan Obligatorio de Salud, de ambos regímenes, incluye el transporte en ambulancia para el traslado de usuarios entre una IPS y otra, dentro del territorio nacional, que requieran un servicio no disponible en la institución remitora, y en aquellos casos donde el paciente requiera atención domiciliaria, de acuerdo al concepto del médico tratante. Además, dispone que el transporte se haga en el medio adecuado y disponible, con base en (i) el estado de salud del paciente, (ii) el concepto del médico tratante y (iii) el lugar de remisión. Señala además que el transporte, en principio, se hace en ambulancia, pero que el servicio debe ser prestado en el *medio adecuado*, con lo cual se concluye que no es la ambulancia el único medio.

El artículo 34 dispone por su parte que el transporte del paciente ambulatorio deberá ser cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas.

“la incapacidad económica de la familia de la niña impide que la menor acceda al tratamiento que se le ha ordenado puesto que no puede trasladarse de la casa de habitación al centro hospitalario. Impedir el acceso significa violación al derecho a la salud de la menor, en conexidad con los derechos a la vida, a la seguridad social y a la dignidad”.

La Corte se refirió de manera extensa al derecho de accesibilidad en materia de salud y señaló:

“la teoría contemporánea una de las facetas del acceso es la accesibilidad. La accesibilidad materializa el derecho. Consiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social.”

“Tratándose de un inválido, la accesibilidad implica la superación de todo entorno hostil, lleno de obstáculos. Obstaculizar el acceso significa una afectación al derecho de igualdad, porque, como lo dice el Concepto europeo de accesibilidad: “todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido”. No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento (...)”.

Así mismo, mediante providencia T-786 de 2006, esta Corporación estudió un caso en el cual se solicitaba ordenar a la EPS cubrir el transporte un niño de un año y seis meses de edad y su acompañante a la ciudad de Bogotá con el fin de que le fuera realizada una intervención quirúrgica que requería. En sus consideraciones, la Corte declaró la carencia de objeto para pronunciarse, pues en el trámite de revisión fue acreditado que la familia del menor asumió autónomamente los gastos de traslado a Bogotá. Empero, reiteró los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales, las entidades que participan en el Sistema están obligadas a reconocer el servicio de transporte a sus pacientes y sus acompañantes.

En el mismo sentido, en la sentencia T-350 de 2003, precisó la Corte que:

“el acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños y niñas de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional”.

Considerando que el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, es preciso analizar en cada caso concreto si se cumplen los supuestos que permiten concluir el deber de proveer el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación, que en síntesis son: (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna; (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento; y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación²⁷.

Con el fin de decidir sobre solicitudes de traslado de acompañantes, deben ser verificados tanto los requisitos de transporte de usuarios, arriba

²⁷ Cfr. T-391 de 2009

señalados como que se trate de personas con discapacidad, ancianos o menores de edad que no pueden valerse por sí mismos, lo anterior por cuanto el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares, pero, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

Derecho a la Salud de las personas habitantes de la calle. Condición de vinculado al Sisben.

Como es sabido, el Artículo 48 de la Constitución Política, dispone la seguridad social como un derecho irrenunciable por las personas, y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en los términos que establece la ley. Además, el acceso a los servicios de salud es un derecho fundamental que debe ser prestado conforme al principio de igualdad, lo cual implica que el Estado está obligado a implementar medidas que faciliten el acceso a la salud de las personas en precarias condiciones económicas, estableciendo herramientas que permitan superar los obstáculos que pudieren llegar a presentarse para ello, en atención al deber de protección especial.

En desarrollo de este postulado constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, que contiene el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Dicho sistema, estableció dos regímenes: el Régimen Contributivo y el Subsidiado. Al primero, corresponde el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), donde el particular con capacidad de pago está obligado a afiliarse por medio de una cotización. Al segundo corresponde el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (P.O.S.S.), al cual pertenece la población sin capacidad de pago, quienes podrán acceder al sistema de salud con cargo a los aportes provenientes de recursos fiscales y de los recursos de solidaridad, provenientes del aporte que realizan quienes pertenecen al Régimen Contributivo. Sin embargo a partir del año 2009 se dio inicio a un proceso de unificación de los dos regímenes que finalizó en el año

2012,²⁸ en el cual los afiliados al Régimen Subsidiado pueden acceder a los mismos servicios de salud que tienen los afiliados al régimen contributivo. Es decir, que los afiliados de uno y otro régimen, sin importar a cual pertenezcan tienen el mismo Plan Obligatorio de Salud.

En relación con este último régimen, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en su numeral 2, literal A, establece que son afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de una cotización, es decir, se trata de la población con menos recursos económicos y en algunos casos, sin una fuente de ingresos, es decir, de las personas más vulnerables del país.

Dentro de las personas que deben ser atendidas a través del SGSSS a través del régimen subsidiado, se encuentran las **beneficiarias** y las **vinculadas**. Este último grupo social, considerado el más vulnerable, lo define el mismo artículo 157 en su literal B, así:

“B. Personas Vinculadas al Sistema.

“los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato en el Estado.”

Para poder acceder al régimen subsidiado, en cualquiera de sus modalidades, como beneficiario o como persona vinculada, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) a través del Acuerdo 415 de 2009²⁹, fijó las condiciones y procedimientos a seguir. Posteriormente, mediante Acuerdo 166 del año 2000, el mismo CNSSS exige en su artículo 1° la necesidad de presentar un documento de identificación como requisito para acceder al Sistema en calidad de

²⁸ El Acuerdo 04 de 2009 unificó el POS para los niños de 0 a 12 años; el Acuerdo 011 de 2010 unificó el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años; el Acuerdo 027 de 2011 unificó el POS para los adultos de 60 y más años y el Acuerdo 032 de 2012 unificó el POS de los adultos entre 18 y 59 años.

²⁹ Acuerdo 415 DE 2009 “Por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

beneficiario, aclarando sin embargo en el artículo 7 del mismo Acuerdo, que quienes *“no acrediten su documento de identificación no podrán ejercer su derecho a pertenecer al régimen, ni acceder a los beneficios del mismo, sin perjuicio de que puedan ser atendidos en salud como vinculados con cargo a recursos de subsidio a la oferta.”*

De esta manera, con fundamento en el artículo 49 de la Constitución, se desarrolló un régimen legal encaminado a garantizar el acceso de todas las personas a la salud y sus diferentes modalidades de prestación, con lo cual se asegura que los grupos más marginados de la sociedad, incluidas las personas en condición de extrema pobreza y los habitantes de la calle que no están en capacidad de cumplir con los requisitos exigidos por la ley, tengan la posibilidad de acceder a la salud como derecho, y a los servicios médicos por ellos requeridos, como parte de la justicia social que orienta al Estado social de derecho³⁰.

Carencia actual de objeto

Esta Corporación ha reiterado en numerosas sentencias que la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental de quien solicita el amparo, de modo que no tiene sentido adoptar una decisión cuando la supuesta amenaza ha desaparecido o fue superada, es decir, cuando existe una carencia de objeto, pues cualquier orden caería en el vacío.

La carencia actual de objeto puede configurarse por dos eventos distintos: i) hecho superado y ii) daño consumado. El primero tiene lugar cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo se remedia la amenaza o vulneración respecto de la cual se solicitó protección, por ejemplo, se ordenó la prestación del servicio que se estaba negando³¹. El segundo, cuando no se remedia la amenaza del derecho, sino que, a partir de su falta de garantía, se ocasiona el daño que se buscaba evitar, de

³⁰ Cfr. Sentencia T- 323 de 2011

³¹ En Sentencia T-308 de 2003, esta Corporación señaló: *No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”.*³¹

modo que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro, y lo único que procede es el resarcimiento del daño³².

En este sentido, cabe recordar que la acción de tutela tiene un carácter preventivo, por regla general, y sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización por la vulneración del derecho fundamental. En este orden de ideas, en caso de un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua o, lo que es lo mismo, caería en el vacío. Cabe recordar que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, porque la función del juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, es emitir una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización.

La jurisprudencia de esta Corporación también ha sostenido en recientes sentencias que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado, sino de alguna otra circunstancia que determine, igualmente, que la orden de los jueces de tutela no surta ningún efecto. Ello sucedería, por ejemplo, si por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el accionante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión o ésta fuera imposible de llevar a cabo porque, el demandante ha fallecido por causas distintas a la falta de satisfacción de las pretensiones de la demanda.

La configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de

³² La Corte en sentencia SU. 540 de 2007 expresó lo siguiente frente al hecho futuro incierto de la muerte del actor en el trámite de revisión de tutela, a saber: *“De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita. (...)*

Dentro de las orientaciones enunciadas, la Corte ha entendido que la muerte del actor en la tutela configura un daño consumado, en los casos analizados en las sentencias T-498 de 2000, T-696 de 2002, T-084 de 2003, T-253 de 2004, T-254 de 2004 y T-980 de 2004, y ha sostenido que aunque en esa circunstancia cualquier orden de protección resultaría ineficaz, también ha precisado que la misma no impide a la Corte estudiar de fondo el tema planteado”.

instancia por parte de la Corte Constitucional. En este sentido, en los casos de carencia actual de objeto por hecho superado es necesario que, tanto los jueces de instancia como la Corte Constitucional, demuestren que se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que demuestren el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de órdenes encaminadas a la garantía de los derechos invocados, pudiendo en todo caso (i) pronunciarse sobre los derechos desconocidos por la negativa inicial de los accionados a satisfacer lo pretendido mediante la acción de tutela; (ii) prevenir, en la parte resolutive de la sentencia al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta; y (iii) advertir las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que se repita.

Análisis de los casos concretos

En este aparte, la Sala analizará los casos de personas de la tercera edad, menores y personas en estado de incapacidad que debido a su especial situación de indefensión y a sus delicadas condiciones de salud, son considerados como *sujetos de especial protección constitucional*. Esta situación permite deducir que en estos casos, como ya se dijo, el derecho a la salud tiene el carácter de autónomo y prevalente y que su protección puede ser exigida de forma directa por la vía de la acción de tutela.

Evidencia esta Sala que los accionantes se encuentran legitimados/as para actuar como agentes oficiosos, donde solicitan el amparo de los derechos de los pacientes, pues se constató el cumplimiento de las exigencias del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia constitucional: (i) que el titular derecho se encuentre en imposibilidad para promover su propia defensa, y (ii) que quien actúa en calidad de agente oficioso, lo manifieste de forma expresa.

Así, esta Sala puede concluir que en todos los casos la acción impetrada resulta procedente por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y por encontrarse acreditados los requisitos de la agencia oficiosa.

En los casos que se examinan, las entidades accionadas negaron el suministro de los insumos, medicamentos y procedimientos que solicitaron los/las accionantes aduciendo que los mismos no se encuentran incluidos en el plan obligatorio Salud y no cuentan con la

autorización del Comité Técnico Científico. Razones que la Corte ha valorado como vulneradoras del derecho a la salud en los casos en que se logren verificar los cuatro requisitos que fueron señalados en la jurisprudencia de esta Corporación, por los cuales se puede inaplicar el Plan de Beneficios.

Ahora bien, una vez establecida la procedencia del amparo, la Sala entrará a resolver si las Empresas Promotoras de Salud, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, vida digna, mínimo vital y seguridad social de los/las accionantes, al negar los insumos, medicamentos y procedimientos que demandan.

La Sala reiterará, por la similitud de los casos, los argumentos que permiten la procedencia de la acción de tutela, de conformidad con los insumos o prestaciones médicas solicitadas por los agentes oficiosos en cada una de las acciones incoadas.

Ahora bien, una vez establecida la procedencia del amparo, la Sala entrará a resolver si las Empresas promotoras de Salud, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, vida digna, mínimo vital y seguridad social de los/las accionantes, al negar los insumos, medicamentos y procedimientos que demandan.

1. EXPEDIENTE T-4.167.388 Lina María Pulgarín

En este caso Lina María Pulgarín, agente oficiosa de la señora Ernestina Uribe Roldán de 84 años de edad, instauró acción de tutela contra E.P.S Savia Salud, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, a la vida y la dignidad humana, presuntamente vulnerados por esta E.P.S.

La sobrina de la accionante informó que la señora Uribe padece de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica, con exacerbación aguda por lo que debe permanecer con oxígeno en forma continua, lo que le impide desplazarse fuera de la casa y le genera ahogo permanente. También indicó que el médico tratante le ordenó el suministro de 90 pañales desechables con el fin de brindarle una mejor calidad de vida a su tía, pero que la EPS negó el suministro por no estar incluidos en el POS (fl 5).

También indicó que ella vive con su tía Ernestina, una hermana de ésta que es pensionada, su hija y su esposo quien sufre cáncer de próstata, quien no tiene trabajo en este momento. Que todos viven de la pensión de su tía y de la ayuda de su familia, como lo manifestó en su declaración (fl. 18vto), la que fue confirmada por la señora María Victoria Gil de Pulgarín (fl.19 vto).

En primer lugar la Sala precisa si la accionante cumple con los requisitos que ha previsto la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios y conceder los pañales que requiere el accionante.

1) Si bien es cierto la agenciada padece de una enfermedad pulmonar que no está asociada con la incontinencia urinaria, se trata de una paciente mayor de edad que sufre de asfixia – ahogos continuos- y que tiene limitaciones de locomoción por su peso, lo que le impide valerse por sí misma-; condiciones éstas que le permiten al juez de tutela concluir que de no suministrarse los pañales a la Señora Roldán Uribe se pondría en riesgo no sólo su salud, pues una caída nocturna agravaría su condición física como lo afirmó su médico tratante, sino también el derecho que tiene a tener una vida digna, pues unas precarias condiciones de aseo afectarían no solo la higiene personal, sino también su forma de relacionarse con las demás personas.

2) Está claro que los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios.

3) La Sala avizora conforme a las pruebas aportadas al proceso, que según las declaraciones de la agente oficiosa y de su señora madre, la situación económica de la accionante es precaria, pues en el hogar de la señora Ernestina conviven la hermana de ésta quien tiene 82 años y es pensionada, la agente oficiosa, su esposo quien se encuentra desempleado y padece cáncer de próstata, así como su hija. Que la señora Roldán Uribe recibe 150.000 pesos mensuales (fl. 18) que le otorga el Sisben por concepto de adulto mayor y que todos se sirven de la pensión de la hermana de la agenciada, lo que no alcanza para su sostenimiento.

4) Existe una prescripción médica que autoriza expresamente el suministro de pañales desechables por parte de su médico tratante quien cuenta con el criterio necesario para evaluar la necesidad o no del suministro de pañales.

Finalmente, la Sala considera que se cumple con la totalidad de los requisitos jurisprudenciales que exige esta Corporación para inaplicar el

Plan de Beneficios y por ende esta Sala accederá al amparo solicitado y ordenará a E.P.S. Sabia Salud que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, se autorice el suministro de los pañales requeridos.

2. EXPEDIENTE T-3.161.053, Carlos Alberto Barajas

El señor Carlos Alberto Barajas, señaló que en el año 2006 sufrió un accidente que le ocasionó un trauma raquimedular fue hospitalizado por dos meses en la Unidad de Cuidados Intermedios de la IPS Santa Lucía por orden de Salud Total EPS, que posteriormente fue dado de alta con la promesa de que le iban a autorizar un Plan Domiciliario y que fue abandonado donde su hermana quien no tiene tiempo para cuidarle.

Dentro de las pruebas obrantes en el proceso se advirtió que el señor Barajas no aceptó el Plan domiciliario que ordenó el médico tratante el 17 de septiembre de 2013, pues de se puño y letra aparece que se negó a aceptarla (fl 23 a 24 vto) y que a folio 30, se encuentra el original de las ordenes de servicios domiciliarios.

El Magistrado sustanciador ordenó establecer contacto con la IPS Santa Lucía para indagar si el señor Carlos Alberto Barajas aún se encontraba en la Unidad de Cuidados Intermedios de la IPS Santa Lucía, allí se comunicó con la persona que supervisa el caso del accionante, el señor Edwin Cárdenas, Coordinador en Jefe de Enfermería quien informó que desde el 3 de enero de 2013 no se ha autorizado egreso del paciente ni la prestación de servicios domiciliarios, toda vez que la hermana del mismo, quien eventualmente podría hacerse cargo de él, vive en un tercer piso y la cama de que dispone no se adecua a los requerimientos clínicos de su patología, finalmente manifestó que su estado es estable y sus acudientes los visitan ocasionalmente.

Por las anteriores consideraciones la Sala que en el presente caso advierte a pesar de haberse ordenado un plan de atención en casa y servicios domiciliarios el mismo no fue llevado a cabo por las razones expuestas, y que en la actualidad el señor Carlos Alberto Barajas, recibe la atención y cuidados necesarios por personal profesional en la IPS Santa Lucía para garantizar su derecho a la salud y a tener una vida digna, razón éstas que llevan al Despacho a determinar que en el presente caso existe carencia actual de objeto por hecho superado, pero que dadas las condiciones de salud del señor Carlos Alberto Barajas previene a la EPS Salud Total

para que en adelante se garantice la continuidad y permanencia del cuidado intermedio que requiere el señor Barajas por encontrarse en condiciones de discapacidad, lo que exige una especial protección por parte del Estado, pues su familia no está en condiciones de brindarle el apoyo y los cuidados necesarios para garantizarle una vida digna.

3. EXPEDIENTE T-4.168.238, Jesús María Escobar Ríos

En este caso, la señora María de Jesús Escobar Ríos, en calidad de agente oficioso de su progenitor José Efraín Escobar Cardona, de 93 años de edad, presentó acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y la igualdad, en consecuencia solicitó que Saludcoop E.P.S. cubra los insumos de pañales que se sugiere en la historia clínica pues su padre adulto mayor a quien le amputaron sus miembros inferiores se encuentra en situación de discapacidad, indicó que hay un hijo al cuidado de su padre y que los demás insumos para su cuidado son suministrados por sus hijos. También añadió, que le fueron negados el transporte en ambulancia para las visitas al especialista las que debe realizar dos veces al mes.

La situación económica del accionante y su núcleo familiar no fueron cuestionada por la EPS Saludcoop.

1) Es indudable que la amputación de los miembros inferiores del agenciado le impide valerse por sí mismo y controlar así sus esfínteres, lo que le exige el uso de pañales desechables. Claramente el no suministro de dichos insumos, conlleva no sólo una afectación de su salud y su higiene, sino también de su vida en condiciones dignas.

2) Como ya se manifestó en casos precedentes, los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios.

De otro lado, es un hecho evidente conforme lo refiere la historia clínica que el señor José Efraín Cardona se encuentra inmóvil lo que le impide ir al baño por sus propios medios. Por estas razones, requiere del uso de pañales con el fin de mejorar la calidad de vida del paciente; no solo desde una perspectiva física sino anímica que permita restituirle en el algo una condición digna de vida.

Como lo ha reiterado la Corporación, las personas de la tercera edad son

sujetos que deben contar un con protección reforzada por parte del Estado, que por su situación de vulnerabilidad, aunada a un precario estado de salud, hacen que el margen de protección y consideración sea mayor más aún si se encuentra discapacitado, por lo que es apenas obvio autorizar no sólo los pañales ordenados por su médico tratante en la calidad y cantidad que él considere, sino también los gastos de transporte que en adelante requiera el accionante para llevar a cabo los controles médicos necesarios, más no así el traslado en ambulancia debido a que en la actualidad no se encuentran afectados sus signos vitales.

A la luz de las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá el día 21 de agosto de 2013, y en su lugar, concederá el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor María de Jesús escobar Ríos.

4. EXPEDIENTE T-4.168.015, Claudia Patricia Ramírez

En este caso Claudia Patricia Ramírez, agente oficiosa del señora Leonor León Ramírez de 75 años de edad, quien instauró acción de tutela contra Salud Total E.P.S, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la salud la salud presuntamente vulnerados por esta E.P.S.

La señora Leonor León Ramírez fue diagnosticada con diabetes Mellitus tipo II, Neofropatia Diabética, Dislipidemia y Accidente Cerebro Vascular isquémico lo que le impide realizar cualquier tipo de actividad, y lo que motivó que su médico tratante la valore mediante visita domiciliaria, debiendo ser movilizada con dificultad en una cama ortopédica para recibir atención terapéutica. Señaló que la EPS le ha negado el suministro de pañales, el servicio de asistencia de una enfermera domiciliaria, servicio de ambulancia y el tratamiento integral necesaria para atender los padecimientos que le genera su patología

En primer lugar, la Sala precisará si el accionante cumple con los requisitos que ha previsto la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios y conceder los pañales que requiere el accionante.

1) Es indudable que la patología de la Señora Leonor león Ramírez le impide valerse por sí misma y así como que controle sus esfínteres, lo que le exige el uso de pañales desechables. Claramente, el no suministro

de dichos insumos, conlleva no sólo un deterioro en su salud y su higiene, sino también de su vida en condiciones dignas, así como al desarrollo de la misma en condiciones de normalidad.

2) Como ya se manifestó en casos precedentes, los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios.

3) La Sala avizora conforme a las pruebas aportadas al proceso, que la Señora Ramírez tiene 8 hijos como constan en el Acta de Comunicación suscrita por el Magistrado Sustanciador, quien ordenó constatar las condiciones de salud de la accionada, y quien al ponerse en contacto telefónico con la señora Claudia Patricia Ramírez, informó que los insumos y servicios solicitados a la EPS no han sido autorizados, también manifestó que tiene 8 hermanos pero que solo 4 de ellos ayudan con el sostenimiento de la accionante y que son personas que no alcanzan el mínimo mensual.

Por su parte la EPS, Salud Total informó que la Agente oficiosa de la señora Leonor León Ramírez no era la única persona que cuidaba de ella; pues advirtió que la misma se encuentra afiliada mediante pago de una UPC adicional y es cotizante del grupo familiar, con un IBC mensual promedio de 2.000.000 de acuerdo al salario que devenga como empleada del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga. Así mismo mencionó que el núcleo familiar cuenta con un plan de medicina complementario con Allianz Colseguros y del cual es beneficiaria, de todo lo cual obra prueba documental en el expediente.

Ante la necesidad de los insumos solicitados y como quiera que la incapacidad absoluta de proveerlos por parte de los descendientes de la señora Leonor León, fue desvirtuada, pero igualmente corresponde amparar sus derechos como adulto mayor, sujeto de especial protección, la Sala ordenará que el pago de los pañales solicitados en la acción de tutela, sea compartido por partes iguales entre Salud Total E.P.S. y el núcleo familiar de la agenciada con el fin de contribuir no solo con el equilibrio financiero y la sostenibilidad del sistema de salud, sino también para evitar la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la paciente.

Bajo las circunstancias fácticas enunciadas, considera que no es posible imponer al Estado la carga de sufragar el ciento por ciento (100%) de los pañales solicitados en el caso sub examine, máxime cuando se advierte

que en el núcleo familiar existen personas con cierta con capacidad económica, razón ésta que lleva a este despacho a autorizar el pago del 50% de los pañales desechables que requiera la agenciada y su entrega dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, así como autorizar su suministro dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

4) Aunque no existe una prescripción médica sobre el suministro de pañales desechables por parte de un médico tratante, es notoria la necesidad que tiene la señora Leonor León Ramírez de su uso, en tanto que su estado patológico no le permite controlar esfínteres.

Respecto de los demás requerimientos como son el servicio de asistencia de una enfermera domiciliaria, hay que señalar que de acuerdo con lo manifestado por la agente oficiosa, una de las hijas de la señora Leonor está encargada de su cuidado, por lo cual no es manifiesta la necesidad de un tercero que se encargue de ello, a lo cual cabe resaltar que el núcleo familiar en estos casos está llamado no solo a ser solidarios con sus miembros y sino también obligado a brindarles todo el cuidado y atención cuando alguno de ellos lo requieran. En relación con el servicio de ambulancia se autorizará su prestación cuando la paciente lo requiera, previa autorización médica, y se continuará con la prestación de servicio de atención domiciliaria, lo anterior, con el fin de garantizar la atención y tratamiento integral de los padecimientos que originan su patología, por parte de la EPS.

5. EXPEDIENTE T-4.168.281 - Enrique Wilches

El señor **Enrique Wilches** paciente de 71 años de edad, quien padece dependencia funcional severa con ausencia de marcha independiente Sánchez solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social presuntamente vulnerados por Sanitas E.P.S, entidad que no respondió a su solicitud en la que requería suministro de pañales y servicio de transporte para ir a sus terapias, a las que debe asistir todos los días de 2:00 a 6:00 pm y que le generan por concepto de gastos de transporte un valor diario de 40.000 pesos, suma que supera sus posibilidades económicas, bajo el riesgo de suspender el tratamiento lo que le según su médico tratante le podría ocasionar una atrofia muscular y el progreso logrado.

Ante la negativa de la Sanitas EPS de responder a los requerimientos del accionante, los Jueces de Tutela de primera y segunda instancia ampararon el derecho de petición y negaron la protección de los derechos vulnerados que buscaban el actor fueran protegidos mediante este recurso; sin embargo y a pesar de advertir esta Corporación que fue negado el citado derecho, no puede ignorar que subsiste una vulneración por parte de la EPS, quien bajo el pretexto de no estar incluidos en el POS, negó el suministro de pañales y la prestación de los gastos de transporte.

El Magistrado sustanciador ordenó contactar al accionante, sobre sus actuales condiciones su hijo Enrique Wilches informó que su padre había presentado una leve mejoría lo que le permitía con ayuda ir al baño y que por tanto ya no eran necesarios los pañales, sin embargo dijo que las peticiones elevadas a Sanitas EPS no había sido resueltas, que el traslado a las terapias le representaban \$40.000 diarios y que el tan sólo devengaba dos salarios mínimos lo que superaba sus posibilidades.

De dicha comunicación este Despacho puede inferir dos hechos: el primero que existe respecto del suministro de pañales carencia actual de objeto por hecho superado y ii) que las terapias se consideran indispensables para garantizar el derecho a la salud del paciente; que los familiares del accionante quienes están a su a cargo no poseen recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado a las terapias - hecho que no fue cuestionado por la accionada - y que de no efectuarse podrían poner en riesgo la salud del paciente.

Por tanto, la Sala en el presente caso advierte que existió vulneración del derecho de petición por parte Sanitas EPS; que con relación al suministro de pañales existe carencia actual de objeto por hecho superado; y que es necesario garantizar el derecho a la salud y a una atención integral por lo cual este Despacho ordenará que se garantice el suministro de transporte del lugar de su residencia hasta el sitio donde se adelanten las terapias, con el objetivo de facilitar el desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico de rehabilitación requerido para la atención de la patología del señor Enrique Wilches.

En este último punto debe tenerse en cuenta que se trata de un adulto mayor, que presenta dependencia funcional severa con ausencia de marcha independiente, que su núcleo familiar es de escasos recursos

económicos y que como lo menciona la misma EPS en su respuesta, la patología del paciente demandó su ingreso a un programa de rehabilitación integral – plan intensivo- que exige terapia física cinco días a la semana, razón por la cual mediante derecho de petición el tutelante solicitó el suministro de transporte, sin que hasta la fecha la accionada haya dado respuesta a su solicitud.

6. EXPEDIENTE T-4.170.490 - Mariana Quintana

Aseguró María Doris Garzón Quintana agente oficiosa de la señora Mariana Quintana de 91 años de edad, afiliada a la EPS-S Comfamiliar del Huila, que su madre padecía desde hacía 28 años *Síndrome Piramidal Motor Derecho, Secuelas de Accidente Cerebro Vascular y Diabetes Mellitus tipo II*, y que dicha entidad a pesar de las condiciones de salud de su señora madre no le había suministrado la silla de ruedas y los pañales desechables necesarios en su momento para garantizarle una vida en condiciones dignas.

El Magistrado sustanciador ordenó contactar a la accionante, sobre las actuales condiciones de la señora Mariana Quintana. Su hija María Doris Garzón Quintana informó telefónicamente a este Despacho el 26 de marzo del año que avanza, que su señora madre había fallecido hacía cinco meses.

En primer lugar, es pertinente que la Corporación entre a establecer en este caso en concreto si se produjo una carencia actual del objeto por daño consumado o por otra razón que genera que la orden del juez de tutela carezca de efectos jurídicos prácticos, ya que la decisión judicial objeto de debate no salvaguardaría derecho fundamental alguno. Así, en el presente asunto, el fallecimiento de la señora Mariana Quintana durante el trámite en sede de revisión, ocasionó una carencia actual de objeto dado que cualquier orden judicial al respecto, caería en un limbo jurídico por su falta de aplicación.

En ese sentido, para la Sala de Revisión es claro que en este caso se presentó una carencia de objeto por daño consumado, ya que durante el transcurso del trámite de revisión llevado a cabo en la Corporación, se produjo la muerte de la señora Quintana y se consumó el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación.

7. EXPEDIENTE T-4.175.046 - Lucía Valencia

En este caso Fabiola Cano Valencia, agente oficiosa de la señora Lucía Valencia de Cano de 82 años de edad, instauró acción de tutela contra Nueva E.P.S, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, la vida, a la dignidad humana, y al desarrollo de la personalidad presuntamente vulnerados por esta E.P.S.

La agenciada tiene antecedente de demencia senil, con limitación para la marcha por artrosis de rodilla, quien además se encuentra en cama con limitación para la comunicación y hemiplejía derecha. Según la médica tratante padece síndrome de Barthel con dependencia total y además requiere atención domiciliaria. Adicionalmente, se dijo que requería debido a su condición pañales desechables Tena Slip, talla M, al mes de 160 a 170, crema antiescaras, cama hospitalaria, atención médica en casa, tratamiento integral y exoneración de copagos.

El Magistrado sustanciador ordenó contactar al accionante, sobre sus actuales condiciones su hija Fabiola Cano informó que su madre continuaba en un delicado estado de salud, que se encontraba reducida a una cama y que no controlaba esfínteres. Que los insumos y servicios requeridos no habían sido entregados. Que sus hijos estaban al cuidado de ella pero que ninguno tenía devengaba más de dos salarios mínimos, que además tenían otras obligaciones.

En primer lugar la Sala precisa si la accionante cumple con los requisitos que ha previsto la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios y conceder los pañales, que requiere el accionante crema antiescaras, cama hospitalaria, atención médica domiciliaria, tratamiento integral y exoneración de copagos.

1) Es indudable que una persona que tiene limitaciones para la marcha, para la comunicación y se encuentre reducida a una cama dependa de otros y difícilmente controle esfínteres, lo que hace suponer al Despacho que requiera pañales desechables, crema antiescaras y cama hospitalaria debido a sus restricciones motoras. Por tanto, el no suministro de dichos insumos, conllevaría no sólo a un deterioro en su salud y su higiene, sino también a la posibilidad de tener una vida digna, así como al desarrollo de la misma en condiciones de normalidad.

2) Como ya se manifestó en casos precedentes, no cuentan con unos insumos sustitutos dentro del Plan de Beneficios.

Respecto de la atención domiciliaria y el tratamiento integral es claro que no existe sustento en una orden médica, pero su necesidad si puede inferirse de la patología que presenta la agenciada y que se evidencia en su Historia Clínica.

3) La Sala avizora que como lo dijo la agente aficiosa que su núcleo familiar no posee recursos económicos para sumir los costos de la enfermedad de la agenciada, hecho que no fue desvirtuado por la EPS.

4) Aunque no existe una prescripción médica que autorice expresamente el suministro de pañales desechables, la crema antiescaras, la cama hospitalaria por parte de un médico tratante si es notoria la necesidad que tiene la señora Lucía Valencia de Cano del suministro de los mismos, en tanto que su estado patológico no le permite valerse por sí misma, lo que restringe la posibilidad de tener un control adecuado de esfínteres.

A la luz de las anteriores consideraciones la Sala, tutelaré los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la agenciada y, en consecuencia, ordenará a la Nueva E.P.S que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministren pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante, a la señora Lucía Valencia de Cano los implementos de aseo consistentes en pañales desechables, crema antiescaras y cama hospitalaria. En cuanto a la solicitud de cuidado en casa deberá la entidad demandada, dentro del mismo término, proveer este servicio, cuya necesidad es evidente para la agenciada, así como la continuidad de un tratamiento integral adecuado a su patología.

Por último, la accionante solicita la exoneración de los copagos debido a su situación económica, con el propósito de garantizar el tratamiento médico para su progenitora, Lucía Cano de Valencia, cuyo precario estado de salud es permanente. Al respecto, la Corte en sentencia T-158 de 2008³³, sostuvo:

(...)

³³ MP. Rodrigo Escobar Gil. y T-111 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“De lo precedente es posible concluir que en materia de copagos y cuotas moderadoras, es indispensable atender a la capacidad económica de los afiliados y al tipo de tratamiento, medicamento o procedimiento sobre el cual se pretende aplicar el pago moderador, puesto que, en ocasiones, además de estar de por medio el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, también puede afectarse el mínimo vital del afiliado o de su familia, toda vez que, aun cuando el servicio sea prestado, exigir con posterioridad la cancelación de un copago cuando éste supera el nivel de ingresos del usuario, trae como consecuencia un detrimento grave del patrimonio económico de quien está obligado a pagar.”

La Sala reitera que el accionante y su progenitora son personas de escasos recursos, aspecto que las limita económicamente a lo que puedan brindarles sus familiares. Para la Sala es claro que la señora Lucía Cano de Valencia, tiene el derecho constitucional a no ser excluida de ningún servicio de salud que requiera, y mucho menos condicionar la prestación de ese servicio al pago previo de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. Por lo tanto, la Sala procederá a ordenar su exclusión del pago de las cuotas moderadoras en razón del servicio de salud que requiera, además porque este hecho no fue desvirtuado por su EPS.

8. EXPEDIENTE T-4.183.026 - Hugo Tique Martínez

Mencionó Betulia Martínez en calidad de agente oficiosa de su hijo Hugo Tique Martínez, quien se encuentra afiliado a la Secretaría de Salud por hallarse dentro de la población habitante de la calle, que este en la actualidad sufre de Trauma Raquimedular –Paraplegia- por lo que requiere el suministro de pañales desechables marca Slim, Talla L en una cantidad de 120 mensuales, pañitos húmedos y crema antiescaras, insumos que han sido negados por parte de la Secretaría Distrital de Salud por no contar con una orden médica.

El agenciado no presenta movilidad alguna, por lo que requiere los insumos que se mencionaron, dice su madre - quien ahora se hace cargo de su hijo- que ahora él depende de otras personas y que se encuentra postrado en una cama por lo que requiere cambio de posición cada hora para evitar escaras, que ella es una persona de la tercera edad.

El Magistrado sustanciador ordenó contactar a la accionante para indagar sobre sus actuales condiciones de su hijo Hugo Tique Martínez, quien informó que tan solo hace un mes se autorizó el suministro de pañales, pero que los demás insumos siguen a su cargo, que ella es una persona de la tercera edad que no recibe ingresos superiores a \$80.000 y que debe de pagar incluso para que le ayuden a transportar a su hijo.

De dicha comunicación este Despacho puede inferir que existe respecto del suministro de pañales carencia actual de objeto por hecho superado pero que respecto de los pañitos y la crema antiescaras subsiste la necesidad del suministro; que la madre del accionante es quien está a su cargo de él y no poseen recursos económicos suficientes para sufragar estos gastos.

Por tanto, la Sala advierte que en el presente caso si existió vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la vida, y a la seguridad social del agenciado, pero que con relación al suministro de pañales existe carencia actual de objeto por hecho superado.

La Sala debe precisar si el accionante cumple con los requisitos que ha previsto la jurisprudencia de la Corte Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios, respecto de los insumos que requiere el agenciado y que aún no se suministran como son la crema antiescaras y los pañitos húmedos.

1) Es indudable que el Tique Martínez es una persona que sufre dependencia total, por lo que se hace indispensable el suministro de crema antiescaras y pañitos húmedos debido a las restricciones motoras que padece. Por tanto el no suministro de los mismos, conlleva no sólo un deterioro en su salud y su higiene, sino también de su vida en condiciones dignas, así como al desarrollo de la misma en condiciones de normalidad.

2) Como ya se manifestó en casos precedentes, no cuentan con unos insumos sustitutos dentro del Plan de Beneficios.

3) La Sala avizora que como lo dijo la agenciada su núcleo familiar no posee recursos económicos para cubrir los costos de la enfermedad de la agenciada, hecho que no fue desvirtuado por Secretaría Distrital de Salud.

4) Aunque no existe una prescripción médica que autorice expresamente el suministro de pañales desechables por parte de un médico tratante si es notoria la necesidad que tiene el señor Hugo Tique Martínez del suministro de los mismos, en tanto que su estado patológico le impide movilizarse.

A la luz de las anteriores consideraciones la Sala, declarará la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del suministrar de pañales pero prevendrá la necesidad de su suministro en forma continua, pero tutelaré los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del agenciada respecto de la crema antiescaras y los pañitos húmedos y, en consecuencia, ordenará a la EPS-S Capital Salud, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, suministrar al señor Hugo Tique Martínez de los implementos de aseo consistentes en crema antiescaras y pañitos húmedos; así como el tratamiento integral que en adelante requiera el agenciado de acuerdo a su patología. Así mismo ordenará a la Secretaria de Integración Social, vincular al señor Hugo Tique Culma a todos aquellos programas sociales que se ayuden a superar su condición de discapacidad.

9. EXPEDIENTE T-4.185.614 – Leidy Natalia Mendoza-

En el escrito de tutela la señora Lucía Orfilia Ospina Quintero como agente oficiosa de su hija **Leidy Natalia Mendoza** quien padece Parálisis Cerebral Cuadriparesia Espástica Secundaria a Hipoxia neonatal con Dependencia Completa y retardo mental Epilepsia y que pese al cuadro clínico que padece su hija la EPS Sanitas, no solo ha negado el suministro de pañales, servicios de enfermera, crema dental sin flúor, crema antiescaras, cama antiescaras sino que además no dado respuesta al derecho de petición interpuesto el 12 de julio de 2013.

Finalmente sostuvo la accionante que la EPS ha vulnerado su derecho fundamental de petición con lo cual se le ha causado un grave perjuicio pues le ha resultado imposible obtener la protección efectiva del derecho fundamental a la salud de su hija.

Sobre el primer cargo relativo a que la mencionada EPS no dio respuesta al derecho de petición interpuesta por la agenciada, debe tenerse en cuenta que según las pruebas obrantes en el proceso se encuentra probado que la EPS el 3 de julio de 2013 la Supervisora de Servicios

Médicos de esta entidad dio respuesta a la Señora Ospina Quintero, pero equivocó la ciudad de residencia y que sólo hasta el 30 de julio del mismo año adoptó las correcciones del caso, sin embargo, en los escritos sostuvo que la autorización sería negada en tanto los insumos y servicios allí requeridos no habían sido autorizados por el médico tratante y no estaban en el POS.

En este punto debe la Sala sostener que respecto de la violación del derecho fundamental que reclama la accionante, ha encontrado la sala que no existió trasgresión alguna, pues aunque tarde le fue otorgada una respuesta aunque negativa. En el presente caso si bien se interpuso la tutela por violación al derecho de petición de él se desprende la necesidad que tiene la accionante de garantizarle una vida digna a su hija, quien se encuentra en una condición de discapacidad, ante lo cual no puede el juez de tutela evadir la responsabilidad que le asiste de garantizar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la joven agenciada, máxime cuando existe prueba en el expediente de que la EPS Sanitas se ha negado a suministrar los suministros y servicios médicos que ella requiere a pesar y sus graves condiciones de salud. Sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia T-643 de 2005 señaló: *“la justicia iusfundamental no es justicia rogada. Por el contrario, en cada caso de tutela, toda sabiduría y poder del juez de tutela debe estar al servicio de la defensa de los derechos fundamentales eventualmente vulnerados”*, por tanto no debe olvidarse que *“El juez de tutela tiene una enorme responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales de quien acude a su despacho solicitando tal protección. En este sentido, cuando quiera que aparezca una probable vulneración de los derechos fundamentales de quien ha solicitado protección judicial, el juez debe desplegar todas sus facultades judiciales para identificar aquello que la persona que a él acude dejó de identificar o identificó erróneamente”*.

El Magistrado sustanciador ordenó contactar a la accionante, sobre sus actuales condiciones de su hija Leidy Natalia Mendoza Ospina informó que los elementos solicitados continúan negados, en tanto no existe orden médica que los prescriba expresamente. Advirtió que es ella quien cuida a la afectada, a pesar de padecer de una extraña patología, cristalización de líquidos biliares, lo cual ha reducido su movilidad y le ha generado constantes dolores de espalda. Finalmente manifestó que quien cubre los gastos en su totalidad es su esposo, vendedor, cuyos ingresos mensuales son variables, pues depende de la comisión que logre.

Por las anteriores consideraciones la Sala, revocará la decisión de única instancia y ordenará a la EPS Sanitas que autorice en el transcurso de las cuarenta y ocho horas (48) siguiente a la notificación de este fallo entregar durante los cinco (5) primeros días de cada mes a la joven Leidy Natalia Mendoza o a quien la represente, el suministro de pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante, así como servicio de enfermera, crema dental sin flúor, crema antiescaras, cama antiescaras, cama hospitalaria en forma permanente, así como transporte en ambulancia cuando el médico tratante así lo sugiera. Adicionalmente, se ordenará prestar el tratamiento integral que ella requiera para tratar su patología.

10. EXPEDIENTE T.4.189.770 - Julio César Mercado

En este caso, Oscar Mercado Sánchez, hijo del señor Julio César Mercado de 79 años de edad fue diagnosticado hace seis años de *Parkinson, HTA, Radiculopatía, Hernia Discal, Esofagitis, Ulcera Gástrica y Hernia Hiatal*. Según su historia Clínica (f. 5-35), instauró acción de tutela contra Sanitas E.P.S. invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida y mínimo vital los cuales estima vulnerados por la entidad accionada.

El agenciado no puede movilizarse por sí mismo, no controla esfínteres y a su cargo se encuentra su cónyuge quien es una persona también de la tercera edad, sus condiciones físicas por tanto le impiden actuar con independencia para realizar sus actividades cotidianas. Refiere que a pesar de su estado de salud, la EPS se ha negado a suministrarle pañales porque estos se encuentran excluidos del POS.

El señor Julio Cesar Mercado, depende de su hijo quien según Acta de Comunicación, es un trabajador independiente con ingresos mensuales variables.

Respecto a la autorización del insumo pañales desechables, la Sala analizará los requisitos que se han establecido jurisprudencialmente para inaplicar el Plan de Beneficios:

1) La Sala considera que las patologías que padece el agenciado, conforme a lo que evidencia en la Historia Clínica es *Parkinson y Hernia Discal* lo que le impide valerse por sí mismo. Por este motivo, el uso de

pañales, en su caso, trasciende la órbita de las necesidades higiénicas convirtiéndose en una necesidad de primer orden desde el punto de vista de la dignidad humana.

2) Es claro médicamente que los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios.

3) El solo hecho de que Sanitas E.P.S. no se haya pronunciado respecto de la situación económica actual del accionante, permite a la Sala presumir como cierto el hecho de que el agenciado y su núcleo familiar no cuentan con la capacidad económica suficiente para sufragar los gastos que demanda la compra de pañales.

4) Por último, la Sala advierte que si bien en el expediente no obra como prueba la prescripción médica suscrita por parte de su médico tratante, en la Historia Clínica si evidencia claramente las condiciones de salud del paciente y la necesidad de una especial protección, por tratarse además de una persona de la tercera edad en condiciones de debilidad, sujeto de especial protección constitucional, de quien se predica la prevalencia de sus derechos y debe gozar de una vida digna.

En consecuencia, la Sala tutelaré los derechos fundamentales del accionado y ordenará a Sanitas E.P.S que dentro del término de 48 horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, autorice dentro de los cinco (5) días siguientes de cada mes, el suministro continuo y permanente de pañales desechables de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante.

Consideraciones adicionales

Como quiera que se advierten posibles irregularidades en la prestación de los servicios de salud porque a pesar de las reiteradas decisiones de esta Corporación sobre la necesidad de cubrir la prestación de los servicios y suministro de medicamentos e insumos en casos como los que ahora se examinan y que tienen relación población vulnerable, las Eps continúan negándolos a personas –niños, personas con discapacidad y adultos mayores - que por mandato constitucional deben ser destinatarias de medidas especiales de protección, se remitirá copia de esta decisión a la Superintendencia de Salud a efectos de que se adelanten las investigaciones administrativas sancionatorias a que haya lugar contra las Entidades Prestadoras de Salud, de acuerdo con las competencias

asignadas por los artículos 35 a 42 de la Ley 1122 de 2007, cuyos resultados deberá informar a los Jueces de Tutela de Primera Instancia.

De igual forma, es necesario llamar la atención a los jueces constitucionales de instancia para que observen, con la disciplina y rigor que corresponde, la jurisprudencia de esta Corporación, cuyo desconocimiento en las decisiones revisadas desconcierta y preocupa en cuanto afecta la protección **real y oportuna** de los derechos de personas, que como en los casos examinados, son vulnerables ya sea por su condición física, mental, económica o por su edad. La defensa de los derechos fundamentales compromete a los administradores de justicia a profundizar en el conocimiento de las normas y la jurisprudencia aplicable en cada caso, a efectos de adoptar decisiones que se ajusten a la correcta interpretación y aplicación de las normas que inciden en su efectividad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo de instancia proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín el veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013), dentro de la acción de tutela **T-4.167.388** de **Lina María Pulgarín** como agente oficioso de **Ernestina Uribe Roldán** en el que se requiere la prestación de pañales desechables, y en su lugar **ORDENAR** a **E.P.S-S Savia Salud**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice para que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y por el tiempo necesario se le suministre a la señora Ernestina Uribe Roldán los pañales desechables que requiera.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido en primera instancia el treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013), por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela **T-3.161.053** del señor **Carlos Alberto Barajas** contra la **EPS Salud Total**, por violación de su derecho a la salud y haberse suspendido su atención en la Unidad de

Cuidados Intermedios -IPS Santa Lucía Ltda-, y en su lugar **DECLARAR** la carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado con relación a la prestación de los servicios e insumos médicos requeridos por el tutelante a través de la IPS mencionada y **PREVENIR a Salud Total EPS** para que en adelante se garantice la continuidad e integralidad del cuidado intermedio que exigen las condiciones de salud del accionante.

Tercero.- REVOCAR el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá el veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013) dentro de la acción de tutela **T-4.168.238** de la Señora **María de Jesús Escobar Ríos** agente oficiosa del señor **José Efraín Escobar Cardona contra SaludCoop EPS**, y en su lugar, **TUTELAR** los derechos a la seguridad social, a la igualdad, a la vida y a la salud del agenciado. En ese sentido **ORDENAR** a Saludcoop, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, autorice la entrega de pañales desechables y en adelante dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes le suministren al señor Escobar Cardona pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante por el tiempo que sea necesario dada su condición de discapacidad, así como los gastos de transporte para que realice las visitas de control al médico que el paciente requiera.

Cuarto.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada Leonor león de Ramírez y en consecuencia **REVOCAR** el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), dentro de la acción de tutela **T-4.168.015** de la señora Claudia Patricia Ramírez en favor de la señora **Leonor León de Ramírez**. Como consecuencia de lo anterior **MODIFICAR parcialmente** el numeral segundo de la parte resolutive del fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bucaramanga el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013) sólo en el sentido de ordenar a **Salud Total EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y por el tiempo requerido se le suministre a la señora Leonor León de Ramírez los pañales desechables que requiera cobrando al actor únicamente el 50% de su costo, y **CONFIRMAR** la decisión del Juzgado Décimo Civil Municipal

de Bucaramanga el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), en todo lo demás.

Quinto.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo 3 de octubre de 2012 del Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá, que amparó el derecho de petición dentro de la acción de tutela **T-4.168.281** presentada por el señor **Enrique Wilches** contra **Sanitas EPS**.

ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de octubre 2013 por el Juzgado Treinta y ocho Civil del Circuito de Bogotá, para **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del accionante. **ORDENAR** a Sanitas EPS que garantice el suministro de transporte para el traslado del agenciado del lugar su residencia hasta el sitio donde se adelanten las terapias que requiera para su tratamiento, así como su regreso. **DECLARAR** la carencia actual de objeto por presentarse hecho superado con relación al suministro de entrega de pañales al señor Enrique Wilches.

Sexto.- REVOCAR parcialmente el fallo de primera instancia proferido el nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), por el Juzgado Cuarto Civil de Neiva, dentro de la acción de tutela **T-4.170.490** que adelantó la Señora **María Doris Garzón Quintana** como agente oficiosa de la señora **Mariana Quintana** contra **EPS-S Confamiliar**, para en su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto por daño consumado pues durante el trámite de la presente acción se produjo el fallecimiento de la señora Mariana Quintana.

Séptimo.- REVOCAR el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, el veinticinco (25) de junio de dos mil trece (2013), dentro de la acción de tutela **T-4.175.046** de **Fabiola Cano Valencia** como agente oficiosa de **Lucía valencia de Cano** contra la **Nueva EPS** y en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, **ORDENAR** a la **Nueva E.P.S**, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión autorice la entrega de pañales dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, y se le suministre pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante, así como crema

antiescaras y una cama hospitalaria. Dentro del mismo término deberá autorizar la atención domiciliar, la exoneración de copagos y proveer el tratamiento integral que ella requiera.

Octavo.-REVOCAR la sentencia de tutela proferida en única instancia por el Juzgado Sesenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013) que negó el amparo deprecado dentro de la acción de tutela **T-4.183.026** de **Betulia Martínez** como agente oficiosa de **Hugo Tique Martínez** contra la **EPS-S Capital Salud** y en su lugar, **TUTELAR** los derechos a la Salud y a la vida en condiciones digna del agenciado. **DECLARAR** la carencia actual de objeto por presentarse un hecho superado con relación al suministro de entrega de pañales al señor Hugo Tique Martínez. **PREVENIR** a **Capital Salud** para que continúe con el suministro de pañales dentro de los cinco (5) primeros días de Cada mes. **ORDENAR** a **Capital Salud** para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, en forma continua suministre crema antiescaras y los pañitos húmedos, así como el tratamiento integral que el agenciado requiera.

Noveno.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida en única instancia por el Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá, el dos de (2) de octubre de dos mil trece (2013) que amará el derecho de petición dentro de la acción de tutela **T-4.185.614** de tutela de **Lucía Orfilia Quintero** como agente oficiosa de la joven **Leidy Natalia Mendoza** contra la **EPS Sanitas** y en su lugar, **TUTELAR** los derechos a la salud y a la vida en condiciones digna de la agenciada. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a Sanitas EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante. Así mismo, crema antiescaras, crema dental sin flúor, colchón antiescaras, cama hospitalaria, atención domiciliar y transporte en ambulancia cuando el médico tratante así prescriba. Sanitas EPS deberá prestar en forma continua e integral los servicios de atención en salud que requiera **Leidy Natalia Mendoza** en razón de su patología.

Décimo.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Santiago de Cali el 1° de noviembre

de 2013, que negó el amparo deprecado dentro de la acción de tutela **T.4.189.770** de Oscar Mercado como agente oficioso de **Julio César Mercado** contra **Sanitas EPS** y en su lugar, **TUTELAR** los derechos a la Salud y a la vida en condiciones digna del agenciado. En este sentido, **ORDENAR a la Sanitas E.P.S.** que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice que dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, se le suministre pañales desechables en forma continua y permanente de acuerdo a la cantidad y especificaciones ordenadas por el médico tratante.

Decimoprimer.- Remitir copia de esta decisión a la Superintendencia de Salud a efectos de que se adelanten las investigaciones administrativas sancionatorias correspondientes contra las Entidades Prestadoras de Salud, cuyos resultados deberá informar a los Jueces de Tutela de Primera Instancia.

Decimosegundo.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General