

Sentencia T-014/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional especial

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamentos y elementos esenciales para sobrellevar un padecimiento o enfermedad que afecte la calidad y la dignidad de la vida

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

AUTORIZACION DE SERVICIOS E INSUMOS RECLAMADOS SIN ORDENES MEDICAS-Cuando se configura un hecho notorio

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorizar y entregar a accionante pañales desechables

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS hacer una valoración de la necesidad del servicio de enfermera, silla de ruedas tipo cama, crema, colchoneta antiescaras y suplemento vitamínico

Referencia: Expedientes acumulados T-5.721.594, T-5.725.958, T-5.732.481, T-5.746.142

Demandantes: Diana Margarita Trilleras Méndez como agente oficioso de Eliud Méndez Amezcuita, Esther Lucía Bejarano como agente oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán, Sirley Cubides Abella como agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos y Teresita del Carmen Cano Gómez como agente oficioso de Marina Gómez Nigrinis.

Demandados: Nueva EPS y Cafesalud EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido (i) el 26 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué; en el trámite iniciado por Diana Margarita Trilleras Méndez como agente oficioso de Eliud Méndez Amezcuita contra la Nueva EPS dentro, del expediente T-5.721.594 (ii) el 26 de mayo de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que a su vez, confirmó el dictado el 8 de abril de la misma anualidad por el Juzgado Quinto de Ejecución de

Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué, en el trámite iniciado por Esther Lucía Bejarano como agente oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán contra la Nueva EPS, dentro del expediente T-5.725.958; (iii) el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías –Conocimiento y Adolescencia- de La Plata-Huila, en el trámite iniciado por Sirley Cubides Abella como agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos contra Cafesalud EPS, dentro del expediente T-5.732.481 y (iv) el 21 de julio de 2016 por la Sala Primera Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que, a su vez, confirmó el dictado el 16 de junio de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite iniciado por Teresita del Carmen Cano Gómez como agente oficioso de Marina Gómez Nigrinis contra la Nueva EPS, dentro del expediente T-5.746.142.

## I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Nueve de la Corte Constitucional, mediante auto del diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-5.721.594, T-5.725.958 y T-5.732.481. En ese proveído, la Sala resolvió acumular estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma sentencia. Así mismo, a través del auto del 27 de septiembre de 2016, la Sala de Selección escogió y acumuló el expediente T-5.746.142 al compilado ya asignado a esta Sala de Revisión.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Expediente T-5.721.594

#### 1.1. La solicitud

La señora Diana Margarita Trilleras Méndez, en calidad de agente oficioso de Eliud Méndez Amezquita, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciado, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS, al no autorizarle la entrega de pañales “Tena Pants talla L”.

#### 1.2. Hechos

\* El señor Eliud Méndez Amezcuita tiene, a la fecha, 86 años de edad. Se encuentra afiliado a la Nueva EPS en calidad de cotizante.

\* Le fue diagnosticado “hipertrofia de la próstata”. No obstante, el criterio médico es no operarlo pues, debido a su avanzada edad, las complicaciones pueden ser mayores que los beneficios.

\* Una de las consecuencias de este padecimiento, aduce la agenciante, es la incapacidad de controlar esfínteres, por esta razón, el señor Méndez Amezcuita, debe utilizar diariamente pañales desechables. Sin embargo, indica que, durante una de sus citas médicas, el profesional tratante, le advirtió que este insumo estaba excluido del Pos y que, por tal motivo, él debía correr con el gasto.

\* Refiere la agenciante que el señor Méndez Amezcuita es pensionado y recibe solo un salario mínimo con el cual debe solventar todos sus gastos, encontrándose así, en una situación económica gravosa que le impide adquirir, con sus propios recursos, los pañales que requiere.

### 1.3. Pretensión

La señora Diana Margarita Trilleras Méndez pide que se le amparen a su agenciado, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS que autorice la entrega de los pañales “Tena Pants talla L”, por el tiempo que sea necesario.

### 1.4. Pruebas que obran en el expediente

\* Copia de la cédula de ciudadanía del señor Eliud Méndez Amezcuita (folio 7).

- \* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Diana Margarita Trilleras Méndez (folio 8).
- \* Copia de la información de afiliación a salud del señor Eliud Méndez Amezquita, expedida por el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, en que se acredita que pertenece al régimen contributivo (folio 9).
- \* Copia de la historia clínica del señor Eliud Méndez Amezquita (folios 10 a 16).

#### 1.5. Oposición a la acción de tutela

El 11 de mayo de 2016, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. En ese mismo proveído, resolvió vincular a la causa pasiva a la Secretaría de Salud departamental de Tolima.

#### 1.6. Nueva EPS

El 16 de mayo del 2016, sin referirse a las particularidades del caso concreto, la entidad accionada solicitó que se declarara la improcedencia de la acción pues, de conformidad con el Artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, el suministro de pañales desechables no hace parte de Pos.

#### 1.7. Secretaría de Salud departamental de Tolima

El 5 mayo de 2016, la secretaria de salud del Tolima dio contestación a la acción de tutela, resaltando cuales son las funciones que desempeña dicha entidad, entre las que no se halla la entrega de insumos o medicamentos. Así, sin referirse al caso concreto, solicitó que se negara la solicitud elevada por la accionante, pues considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales que esta invoca.

#### 1.8. Decisión judicial que se revisa

El 26 de mayo de 2016, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad negó el amparo solicitado al considerar que no existe una prescripción médica expedida por un profesional de la salud adscrito a la entidad accionada que exponga el criterio médico por el cual el agenciado debe utilizar pañales desechables y, en ese sentido, la solicitud carece

de fundamento.

## 2. Expediente T-5.725.958

### 2.1. La solicitud

La señora Esther Lucía Bejarano, en calidad de agente oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciado, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS, al no autorizarle los servicios de enfermera 12 horas, silla de ruedas tipo cama, crema y colchoneta antiescaras, suplemento vitamínico tipo Ensure y 120 pañales desechables Tena talla L.

### 2.2. Hechos

\* El señor Alfredo Alarcón Beltrán tiene, a la fecha, 77 años de edad. Pertenece al régimen subsidiado y es la Nueva EPS quien le provee los servicios de salud.

\* Tiene un diagnóstico de “Síndrome urinario obstructivo, hipertensión, artrosis degenerativa, herniorrafia inguinal derecha”, entre otras patologías. Asimismo, indica la agenciante, que padece de “hiperplasia de la próstata”, motivo por el cual no controla esfínteres.

\* Refiere la señora Esther Lucía Bejarano, hija y agenciante del tutelante, que su familia no cuenta con los recursos necesarios para adquirir los insumos que necesita su padre, pues su situación económica es precaria y gastan los pocos ingresos que tienen, en la manutención de su hogar.

### 2.3. Pretensión

La señora Esther Lucía Bejarano pretende que se le ampare a su agenciado, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS la

autorización y entrega de los servicios de enfermera 12 horas, silla de ruedas tipo cama, crema y colchoneta antiescaras, suplemento vitamínico tipo Ensure y 120 pañales desechables Tena talla L.

#### 2.4. Pruebas que obran en el expediente

\* Copia de la cédula de ciudadanía del señor Alfredo Alarcón Beltrán (folio 4).

\* Copia de la información de afiliación a Sisben del señor Alfredo Alarcón Beltrán, en el que se acredita un puntaje de 40.1 (folio 5).

\* Copia de la historia clínica del señor Alfredo Alarcón Beltrán (folios 6 y 7).

#### 2.5. Oposición a la acción de tutela

El 23 de marzo de 2016, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. En ese mismo proveído, resolvió vincular a la causa pasiva a la Secretaría de Salud departamental de Tolima y a Caprecom EPS en liquidación<sup>1</sup>.

#### 2.6. Nueva EPS

El 1º de abril de 2016, el gerente zonal del Tolima respondió a los hechos y las pretensiones del accionante de la siguiente manera:

El señor Alfredo Alarcón Beltrán se encuentra afiliado a esa entidad como consecuencia de la liquidación de la EPS Caprecom y que, por tanto, el accionante debía acercarse a las oficinas de atención al afiliado a radicar las ordenes que hubiera emitido la anterior EPS para así, poder generar la autorización de los servicios requeridos.

En consecuencia, solicitó se denegaran las pretensiones por cuanto la entidad, ha actuado dentro de la normativa aplicable al régimen en salud.

#### 2.7 Caprecom Eice en liquidación

La apoderada especial de Caprecom Eice, solicitó al juez constitucional abstenerse de emitir un fallo contra la entidad pues, a través del Decreto 2519 de 2015, esta fue suprimida y, para la prestación de los servicios de salud, todos los afiliados fueron trasladados a la Nueva EPS. Por tanto, en su sentir, existe falta de legitimación en la causa pasiva, pues conceder insumos de carácter médico al señor Alfredo Méndez Amezcuita, excede la esfera de sus obligaciones como entidad en liquidación.

## 2.8 Secretaría de Salud departamental del Tolima

La secretaria de salud del departamento, dio respuesta a la acción de tutela solicitando ser desvinculada de la acción judicial, por cuanto es la Nueva EPS quien está llamada a responder por las solicitudes elevadas por el accionante.

Asimismo, expuso la normativa aplicable a cada uno de sus pedimentos, para llegar a la conclusión de que todos ellos se encuentran por fuera del POS.

Finalmente, indicó que la secretaría carece de la competencia para autorizar y suministrar los insumos requeridos por el actor.

## 2.9 Decisión judicial que se revisa

### 2.9.1 Primera instancia

El 8 de abril de 2016, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, al considerar que el accionante no probó la necesidad de los insumos que estaba necesitando, pues no se adjuntaron las órdenes médicas que los justificaran. Para ello, sostuvo que la Resolución 5521 de 2013, en su artículo 12, señala que “para acceder a los servicios especializados de salud es indispensable la remisión por medicina general, odontología general o por cualquiera de las especialidades definidas como puerta de entrada al sistema [...]”.

Así pues, al no existir una orden médica que soportara la necesidad de los suministros requeridos, como tampoco alguna prueba de que el accionante o su agenciante, hubieren



acudido ante la EPS a solicitarlos, el despacho judicial, resolvió denegar el amparo constitucional. No obstante, ordenó a Caprecom EPS que enviara a la Nueva EPS la historia clínica y las solicitudes de servicios médicos.

### 2.9.2 Impugnación

Inconforme con la decisión, la apoderada especial de Caprecom impugnó el fallo de primera instancia al considerar que el ordenado traslado de la historia clínica del tutelante corresponde a las IPS que atiende las diferentes especialidades a las que asiste el señor Alfredo Alarcón Beltrán.

### 2.9.3 Segunda instancia

En fallo del 26 de mayo de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, decidió confirmar la sentencia del a quo, bajo la consideración de que es obligación de la entidad prestadora de salud tener una relación de los servicios médicos prestados y aquellos pendientes de autorizar, en la medida en que ello garantiza el cumplimiento del principio de continuidad en el servicio de salud.

## 3. Expediente T-5.732.481

### 3.1. La solicitud

La señora Sirley Cubides Abella, en calidad de agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciado, los cuales considera vulnerados por Cafesalud EPS, al no autorizarle la entrega de pañales desechables talla L.

### 3.2. Hechos

\* El señor Edusmildo Cubides Ceballos tiene, a la fecha, 81 años de edad. Pertenece al régimen contributivo en calidad de beneficiario y es Cafesalud EPS quien le provee los servicios de salud.

\* Como consecuencia de un “accidente cerebro-vascular” padece de incontinencia urinaria, hipertensión arterial, marcha atáxica, entre otras patologías.

\* El 6 de abril de 2016, el médico tratante adscrito a la entidad accionada, ordenó y, seguidamente, diligenció el formato de solicitud y justificación de insumos y procedimientos no Pos, indicando que el paciente sufría de incontinencia urinaria y debía utilizar 150 pañales desechables talla L durante 3 meses.

\* En respuesta a esa petición, el 13 de abril de la misma anualidad, la entidad negó la solicitud aduciendo que (i) no existía riesgo inminente para la vida del señor Cubides Ceballos y que (ii) el servicio solicitado correspondía a prestaciones de servicio no clasificadas como medicamento o procedimiento.

\* Indica la señora Sirley Cubides Abella, quien es hija del agenciado, que su padre no cuenta con los recursos suficientes para sufragar el costo de los pañales desechables ya que, ni él ni la esposa, tienen ingresos fijos, pues dependen económicamente de sus hijas.

### 3.3. Pretensión

La señora Sirley Cubides Abella pretende que se le ampare a su agenciado, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Cafesalud EPS la autorización y entrega 150 pañales desechables talla L mensualmente.

### 3.4. Pruebas que obran en el expediente

\* Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, diligenciado a favor del señor Edusmildo Cubides Ceballos, expedido por Cafesalud EPS y adiado el 13 de mayo de 2016 (folio 4).

\* Copia de la fórmula médica expedida por el médico tratante adscrito a Cafesalud EPS al señor Edusmildo Cubides Ceballos, en la que se le ordena 150 pañales desechables talla L

fechada el 16 de mayo 2016

(folio 5).

\* Copia de la solicitud y justificación de insumos y procedimientos no Pos contentiva de la petición de los pañales desechables del señor Edusmildo Cubides Ceballos fechada el 6 de mayo de 2016 (folios 6 y 7).

\* Copia de la historia clínica del señor Edusmildo Cubides Ceballos, expedida por la IPS Corporación (folios 8 a10).

### 3.5 Oposición a la acción de tutela

El 3 de mayo de 2016, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, Conocimiento y Adolescentes de La Plata-Huila, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. No obstante, esta no se pronunció.

En ese mismo proveído, preguntó a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, a la Secretaría de Tránsito y Transporte y a la Cámara de Comercio de La Plata-Huila, si la señora Sisley Cubides Abella o su padre tenían a su nombre automóviles, bienes inmuebles o establecimientos de comercio.

En respuesta a ello, el 5 de mayo 2016, la Cámara de Comercio de Neiva, indicó que la señora Cubillos Abella, es propietaria de un establecimiento de comercio en la ciudad de Neiva-Huila, mientras que el señor Edusmildo Cubides Ceballos no figuraba como propietario de ninguno. Posteriormente, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, allegó el certificado de libertad y tradición de dos bienes inmuebles de propiedad de la señora Sirley Cubides Abella.

El 6 de mayo de 2016, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, Conocimiento y Adolescencia, recibió la declaración juramentada de la agenciante, en la cual indicó que su padre es beneficiario en salud de su madre que cotiza a salud como independiente; que sus padres no tienen ingresos económicos fijos pues dependen del auxilio económico que le brinda ella y sus tres hermanas y, por último, que su madre también es una persona de la tercera edad, que tiene sus propios padecimientos en salud y aun así, se encarga del señor Cubides Ceballos.

### 3.6 Decisión Judicial que se revisa

El 16 de mayo de 2016, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, Conocimiento y Adolescencia, negó el amparo al considerar que, si bien la situación del señor Cubides Ceballos se correspondía con los lineamientos de la Corte Constitucional acerca del suministro de elementos no Pos, se encontraba ampliamente comprobado que sus hijas tienen cierta estabilidad económica que les permite, bajo el principio de la solidaridad familiar, solventar las necesidades de su padre.

## 4. Expediente T-5.746.142

### 4.1. La solicitud

La señora Teresita del Carmen Cano Gómez, en calidad de agente oficioso de Marina Gómez Nigrinis, quien es su sobrina-nieta, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciado, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS, al no autorizarle la entrega de pañales desechables “Tena Slip talla M”.

### 4.2. Hechos

\* La señora Marina Gómez Nigrinis tiene, a la fecha, 93 años de edad. Pertenece al régimen contributivo en calidad de cotizante y es la Nueva EPS quien le provee los servicios de salud.

\* Padece de “Insuficiencia cardíaca congestiva, poliartritis, gonoartrosis bilateral, hipertensión arterial, falla cardíaca”, entre otras patologías. Aduce su agenciante, que a la señora Gómez Nigrinis, como consecuencia de sus múltiples afecciones, se le dificulta ponerse en pie, por lo que se encuentra en silla de ruedas, además de no controlar esfínteres.

\* El 25 de febrero de 2016, la señora Teresita del Carmen Cano Gómez, elevó ante la Nueva EPS la solicitud de pañales desechables “Tena Slip talla M”. En el momento de radicar su petición, se le indicó verbalmente que debía anexar la orden del médico tratante. Como carecía de dicho documento, no continuó el trámite.

#### 4.3. Pretensión

La señora Teresita del Carmen Cano Gómez pretende que se le ampare a su agenciada, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS, le autorice y entregue los pañales desechables “Tena Slip talla M”.

#### 4.4. Pruebas que obran en el expediente

\* Copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación en salud a la Nueva EPS de la señora Teresita del Carmen Cano Gómez (folio 1).

\* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Marina Gómez Nigrinis (folio 2).

\* Copia de la historia clínica de la señora Marina Gómez Nigrinis, expedida por la entidad Fundasalud Bosa (folios 3 a 9).

\* Copia de la solicitud de medicamento no Pos, en la que se solicita la entrega de alimento para el diagnóstico de “desnutrición proteico calórica” del 5 de febrero de 2016, expedida por la IPS Cuidarte tu salud SAS (folios 10 y 12).

#### 4.5 Oposición a la acción de tutela

El 7 de junio de 2016, el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, admitió la acción de tutela y vinculó a la causa pasiva al Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga y a la IPS Cuidarte tu salud SAS, quien no allegó su contestación. Seguidamente, les corrió traslado a las entidades para que ejercieran su derecho de defensa.

#### 4.6 Nueva EPS

El coordinador de tutelas de la entidad, respondió la demanda en los siguientes términos:

La señora Marina Gómez Nigrinis, se encuentra afiliada a la Nueva EPS en el régimen contributivo, en calidad de cotizante, en estado activo y categoría A.

Indica que, en el sistema, se evidencia una solicitud de pañales desechables en la que se informó que dicha petición debía estar acompañada de la prescripción médica de un profesional adscrito a la red de la Nueva EPS y como dicho documento no se anexó, no se dio trámite a la solicitud.

De igual forma, informa que los pañales desechables no hacen parte de plan obligatorio de salud y que corresponde al paciente proveerse, con sus propios medios, esa necesidad.

Por último, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción tuitiva, por estar encaminada al reconocimiento de insumos que expresamente están excluidos de las obligaciones del sistema de salud.

#### 4.6 Ministerio de Salud-Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-

Sin referirse a las particularidades del caso concreto, la entidad hizo un acercamiento normativo a las resoluciones que rigen lo relativo a la entrega de insumos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Seguidamente, solicitó al juez constitucional, abstenerse condenar a esa entidad al pago del insumo solicitado por la accionante.

#### 4.7 Decisión Judicial que se revisa

##### 4.7.1 Primera instancia

El 16 de junio de 2016, el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, negó la solicitud de amparo al considerar que la accionante, además de carecer de la prescripción médica que sirva como el soporte científico para justificar la necesidad de los pañales desechables, no demostró la incapacidad económica para adquirir los insumos por sus propios medios.

##### 4.7.2 Impugnación

Dentro del término dispuesto, la agenciante impugnó la decisión del a quo considerando que

las patologías que presenta la señora Gómez Nigrinis, son pruebas suficiente para entender que requiere con urgencia los pañales desechables. Además, expuso que el juez no tuvo en cuenta que la señora Marina es un adulto mayor que requiere diferentes medicamentos que no cubre el plan obligatorio y que tiene que solventar por sus propios medios. Para ilustrar la situación económica de la señora Marina Gómez Nigrinis, anexó los recibos de pago del hogar geriátrico “Acogiendo la sabiduría”, en el que se evidencia que paga, mensualmente, 750 mil pesos, como también diferentes recibos de medicamentos y pañales que debe comprar con frecuencia.

#### 4.7.3 Segunda instancia

El 21 de julio de 2016, la Sala Primera Civil del Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la decisión del juez de primer grado al considerar que, de conformidad con el Artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, los pañales desechables se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud y, aunque reconoció que en diferentes oportunidades la Corte Constitucional ha concedido la entrega de pañales desechables en aras de proteger el derecho fundamental a la vida digna, indica que “lo ha hecho sobre la base de una prescripción del médico tratante en atención a una necesidad vinculada a la correspondiente enfermedad”. A esta consideración aunó el hecho de que la accionante no hubiera demostrado que, de las enfermedades que manifiesta padecer, se derive la falta de control de esfínteres.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 19912.

#### 2. Procedibilidad de la acción de tutela

##### 2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo

de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 19913, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

En esta oportunidad, las acciones de tutela fueron presentadas por Diana Margarita Trilleras Méndez, Esther Lucía Bejarano, Sirley Cubides Abella y Teresita del Carmen Cano Gómez, actuando como agentes oficiosos de sus respectivos familiares, dado que aquellos no están en condiciones de promover su propia defensa<sup>4</sup>, razón por la cual los actores se encuentran legitimados en la causa por activa.

## 2.2. Legitimación pasiva

La Nueva EPS y Cafesalud EPS están legitimadas en la causa como parte pasiva, en la medida en que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Por tratarse de entidades de carácter privado encargadas de la prestación del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 19915, esta acción es procedente en su contra.

## 3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, invocados por las peticionarias, al no suministrarle a las personas agenciadas los insumos que reclaman para



mejorar su calidad de vida, consistentes, en su mayoría, a pañales desechables.

Con el fin de resolver el anterior asunto, la Sala abordará, desde la jurisprudencia de esta corporación, los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional; (ii) la subsidiariedad por reclamo previo ante la Superintendencia Nacional de Salud; (iii) los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (iv) los requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (v) autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica cuya necesidad configura un hecho notorio, para luego resolver los casos concretos.

#### 4. Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”<sup>6</sup>.

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“[E]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”<sup>7</sup>, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran<sup>8</sup>.

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”<sup>9</sup>.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.<sup>10</sup>

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios<sup>11</sup>”.

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

#### 5. Subsidiariedad por reclamo previo ante la Superintendencia Nacional de Salud. Reiteración de jurisprudencia

A través de la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador le confirió potestades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios.

En un primer momento<sup>12</sup>, dicha competencia cobijó inicialmente las controversias relativas a (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por la EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) los problemas de multifiliación; y (iv) los conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Más adelante, mediante Sentencia C-119 de 2008<sup>13</sup>, este Tribunal Constitucional analizó un cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, referente a la presunta vulneración del debido proceso, en razón a la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS. En esa oportunidad, se resolvió declarar la exequibilidad de la citada disposición, al considerar:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez,

asuntos referentes a la '(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario', en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder 'como mecanismo transitorio', en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que 'la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas'."(Negrilla fuera del texto).

En ese orden de ideas, el juez constitucional debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección.

A través del análisis de varios casos particulares, la Corte Constitucional ha advertido que, pese a que la Superintendencia Nacional de Salud tiene una competencia preferente para conocer de la protección de garantías en relación con el acceso al derecho fundamental a la salud, este recurso judicial carece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

Finalmente, en sentencia T-206 de 2013<sup>14</sup> esta Corporación determinó que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como "preferente y sumario", existen vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto, precisó:

“Queda claro que el plazo para decidir es de 10 días hábiles<sup>15</sup> en primera medida, bajo el entendido que esta determinación puede no ser definitiva, si se hiciera uso del recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. Empero, no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles.

Lo anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales.

Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”

De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013<sup>16</sup>, se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia, señalando:

“En principio, la accionante, una mujer de 72 años con una prescripción médica POS de más de un año sin autorizar, debió acudir ante la Superintendencia para que su queja fuera escuchada y resuelta, como quiera que ésta al estar investida con facultades jurisdiccionales se encontraba habilitada para emitir una decisión de carácter judicial que procurara garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de la paciente.

Sin embargo, el recurso judicial ante la Superintendencia, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, procede siempre que haya habido “una negativa por parte de las entidades promotoras de salud”. Situación que no ocurre en el caso concreto, pues de parte de ASMET SALUD EPS ESS no existe negación en sentido estricto de la práctica del procedimiento, en tanto que solo existe una omisión de la autorización, un silencio. Este tipo de conducta en la demandada, atípico a la norma que regula el mecanismo ante la Superintendencia, afectaría la idoneidad de este medio en tanto que no resulta apto para solucionar la inconformidad de la accionante, como quiera que la competencia de este ente de control se restringe a las negativas de las EPS, y no a sus conductas puramente omisivas.” (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo expuesto, con el fin de determinar la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, el juez de tutela deberá estudiar, si efectivamente el trámite es idóneo y eficaz para la urgente protección de las garantías constitucionales y, si el fundamento de la solicitud de amparo se refiere a una negativa por parte de la entidad prestadora de salud, o si, por el contrario, se desprende de una conducta puramente omisiva que vulnera directamente el derecho iusfundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez constitucional inexorablemente conserva la competencia principal.

6. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000<sup>17</sup>, esta Corporación manifestó:

“En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas” (Negrilla por fuera del texto).

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997<sup>18</sup>, reiteró que: “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad” (Negrilla por fuera del texto).

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propugnar, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Precisamente, en la Sentencia T-899 de 2002<sup>19</sup>, la Corte señaló:

“(…) En segundo lugar, porque el derecho a la vida, como lo ha establecido esta Corporación implica el reconocimiento de la dignidad humana, es decir, no se trata de la mera existencia, sino de una existencia digna, en la cual se garanticen las condiciones que le permitan al ser humano desarrollar en la medida de lo posible sus facultades.”

Así las cosas, si a las personas que tienen aminoradas sus condiciones de salud no se les salvaguarda su estado bajo unas condiciones tolerables que permitan su subsistencia en forma digna, entonces se les vulneran sus derechos fundamentales, pues no basta que se asuma y se les brinde una prestación de manera simple, sino que esta debe estar encaminada a asegurar, en todo momento, la dignidad de la persona, razón por la cual no es válido que una empresa prestadora del servicio de salud niegue la autorización y el acceso a un tratamiento, procedimiento, servicio, terapia o cualquier otra prestación requerida para, por lo menos, paliar los efectos de la enfermedad<sup>20</sup>.

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica



brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

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

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

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

8. Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Reiteración de jurisprudencia

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos<sup>21</sup>. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la

inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, ‘es un hecho notorio’<sup>22</sup> que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”<sup>23</sup>.

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

Además, acerca de la protección de derechos fundamentales como la vida digna, que ampliamente se relaciona con la necesidad del insumo en comento, esta corporación ha sido enfática en resaltar que “el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”<sup>24</sup>.

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de

posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad- o de cualquier otro factor-, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una adecuada calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos.

## 9. Casos concretos

9.1 Requisitos de procedibilidad de los expedientes acumulados T-5.721.594, T-5.725.958, T-5.732.481 y T-5.746.142

Esta Sala observa que los accionantes pretenden que, a través de esta acción tuitiva, se le ordene a la Nueva EPS y a Cafesalud EPS la entrega de los pañales desechables que dicen necesitar. En la parte general de esta providencia, se reconoció que este mecanismo de amparo es el instrumento procedente para realizar este tipo de pedimentos, no obstante, también se indicó que el legislador, a través de la Ley 1122 de 2007, revistió a la Superintendencia de Salud, de poderes jurisdiccionales para resolver situaciones como las aquí dilucidada.

Sin embargo, en basta jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que dicho procedimiento ordinario, en muchos casos, no es el apropiado para salvaguardar los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud pues, aunque se le dio la condición de mecanismo preferente y sumario, se descuidó cierta precisión acerca de los términos de solución de la herramienta, especialmente en lo que toca con el trámite de los recursos. Por tanto, el que ninguno de los aquí tutelantes haya acudido al enunciado trámite orgánicamente administrativo, pero con efectos jurisdiccionales, no hace que la acción de tutela devenga en improcedente, pues la jurisprudencia constitucional resulta pacífica en

destacar lo relativo a la idoneidad de este instrumento constitucional para reclamar el amparo del derecho fundamental a la salud.

Ahora, para poder superar el estudio de subsidiariedad, se debe establecer que, (i) dentro de la exposición fáctica realizada por la accionante en el expediente T-5.721.594, se entiende que la solicitud de los pañales desechables se hizo verbalmente durante una de las múltiples citas médicas a las que asiste el señor Eliud Méndez Amézquita, pero que, fueron informados de que el suministro de tal insumo no era parte del Pos y debía ser costeado por él; (ii) sobre el expediente T-5.725.958, la agenciante indica sucintamente que durante el tiempo en que el señor Alfredo Alarcón Beltrán estuvo afiliado a Caprecom, se concedió a su favor un fallo de tutela en el que se ordenó a esa entidad entregar los pañales desechables al paciente. La Nueva EPS, durante el trámite de contestación, no tacha de inexistente dicha providencia judicial. Así pues, se puede extraer de ello, que esta nueva solicitud responde a que, durante el tránsito de la afiliación del señor Alarcón de Caprecom a la Nueva EPS, la orden de dicha entrega se diluyó y requiere de un nuevo pronunciamiento que resulte vinculante ante la entidad que ahora presta los servicios de salud; (iii) en tercer lugar, dentro del expediente T-5.732.481, la agenciante del señor Edusmildo Cubides Ceballos dejó demostrado que el médico tratante prescribió y diligenció el formato de solicitud de medicamento o insumo no Pos pero que, por decisión administrativa, se negó el requerimiento; (iv) por último, en el recuento de los hechos contenido en el expediente T- 5.746.142, la señora Teresita del Carmen Cano indicó que, mientras radicaba la solicitud de los pañales desechables para la señora Marina Gómez Nigrinis, un funcionario de la entidad le informó que debía adjuntar la orden médica y, como carecía de ello, desistió de la solicitud.

Cada una de estas situaciones supone que, todos los accionantes desplegaron un mínimo de diligencia para que la entidad contra la que dirigieron la acción de tutela, accediera a sus pretensiones. Es por ello que, los contextos antes descritos, sumados a lo establecido acerca del procedimiento ante la Superintendencia de Salud, hacen entender que el requisito de subsidiariedad se encuentra superado en todos los casos.

Respecto del requisito de inmediatez, se debe resaltar que solo en el expediente T-5.732.481, contentivo de la acción tuitiva del señor Edusmildo Cubides Ceballos, se tiene certeza de la fecha de la última actuación encaminada a lograr la autorización de los pañales desechables, fue la producida el 13 de abril de 2016, cuando se negó la solicitud elevada por

el médico tratante, mientras que este recurso se invocó ante los jueces constitucionales de La Plata-Huila el 2 de mayo de la misma anualidad. Ahora, sobre este particular, ninguno de los otros agenciantes se pronunció. No obstante, como quiera que estos pusieron de presente que la necesidad de los pañales desechables es periódica y, que en la totalidad de los casos, los beneficiados son sujetos de especial protección, la valoración de este requisito, debe presumirse superado.

Procede entonces esta sala a realizar la valoración de fondo de cada uno de los casos.

El señor Eluid Méndez Amezcuita está afiliado en calidad de cotizante a la Nueva EPS. Aduce que debido a la “hipertrófia de la próstata” que lo aqueja, no le es posible controlar esfínteres. Con fundamento en ello, interpuso acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas por parte de la entidad prestadora de salud al no proveerle los pañales desechables que requiere, por considerar que se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud. Indica su agenciante, que los pañales desechables resultan necesarios para el señor Méndez Amézquita, en la medida en que, aun cuando su patología puede ser operada, su avanzada edad y delicado estado de salud, se lo impiden. No obstante, lo anterior, cuando solicitó ante el médico tratante la prescripción del insumo en comento, el profesional le indicó que estos estaban fuera del plan obligatorio de salud y que debían ser costeados por sus propios medios.

Acerca de la protección constitucional de los derechos fundamentales que el accionante considera vulnerados, debe exponer esta Sala que, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien con fundamento en la sostenibilidad del sistema existen unos procedimientos, tratamientos o insumos que se encuentran excluidos de los planes médicos, no puede ello ser un obstáculo para amparar la aludida garantía constitucional.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha establecido unos requisitos que deben ser observados para que proceda la prestación de servicios que las EPS niegan con fundamento en las exclusiones del POS.

En primer lugar, se debe resaltar que el accionante acudió a la acción de tutela en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales, pues los pañales desechables se convirtieron en una prioridad desde que la enfermedad que lo aqueja le impidió controlar sus naturales necesidades fisiológicas, además, teniendo en cuenta que, debido a las circunstancias

particulares del accionante, es preferible, no someterlo a una operación motivo por el cual el insumo se torna ineludible para sobrellevar su enfermedad. Es por ello que, la solicitud de amparo, se encuentra ampliamente fundamentada.

Luego de lo anterior, se debe establecer que el insumo solicitado no pueda ser reemplazado con uno que sí se encuentre en el plan de salud del afiliado. En este sentido, se evidencia que de acuerdo a lo señalado en la Resolución 5521 de 2013, el suministro de estos insumos no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud. De igual manera, si bien la entidad accionada tiene la experticia para conocer si entre de los insumos contenidos en ese plan, hay alguno que pueda sustituirlo, lo cierto es que no se refirió a esa situación. Así pues, se evidencia que todo lo relativo al cuidado y aseo personal se encuentra excluido in extenso y, comoquiera que el insumo que requiere el accionante tiene como fin, sobrellevar en condiciones dignas su padecimiento, un sustituto de esas características no existe en el servicio de salud.

Ahora, respecto de que la orden del requerimiento no POS haya sido emitida por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora del afiliado, se tiene que, en los hechos del escrito de tutela, la accionante narra que en una cita de control realizó la solicitud de los pañales desechables, pero esta fue rechazada.

No obstante lo anterior, la negación de la entidad no se basó en la inocuidad médica de la petición, sino, en la exclusión de la que se habló en el párrafo anterior. En este sentido, en diferentes oportunidades, esta Corporación ha ordenado la entrega del medicamento, procedimiento o servicio requerido aun cuando la orden objeto de súplica no cumple este requisito. En este caso particular, aun cuando no existe un concepto del médico tratante, ni durante la solicitud elevada en la consulta, ni en la contestación de la acción de tutela, se contradijo la necesidad de ellos. Por tanto, este requisito se estima superado.

Por último, la agenciante indicó en el escrito de tutela que su auspiciada no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo del insumo que requiere pues solo devenga un salario mínimo como pensión y, con ella, debe proveerse su subsistencia.

Así pues, luego de realizado el análisis de los requerimientos establecidos por esta

Corporación para inaplicar las reglas de exclusiones del POS, se evidencia que la situación del accionante satisface completamente aquellos supuestos.

En conclusión, considera la Sala que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Eliud Méndez Amezcuita al no autorizarle y entregarle los pañales desechables que requiere para sobrellevar la enfermedad que lo aqueja, es por eso que, se ampararán los derechos fundamentales enunciados. Para ello, la Sala revocará lo dispuesto el 26 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué; en el trámite iniciado por Diana Margarita Trilleras Méndez como agente oficioso de Eliud Méndez Amezcuita contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.721.594, para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante y ordenar a la Nueva EPS que autorice y entregue los pañales desechables que requiere, durante el tiempo que sea necesario.

### 9.3. Expediente T-5.725.958

El señor Alfredo Alarcón Beltrán tiene 77 años de edad y está afiliado al régimen subsidiado la Nueva EPS. Indica su agenciante que padece de “síndrome urinario obstructivo, hipertensión, artrosis degenerativa, herniorrafia inguinal derecha” además, tiene un diagnóstico de “hiperplasia de la próstata” motivo por el que no controla esfínteres. Con fundamento en ello, interpuso acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas por parte de la entidad prestadora de salud al no proveerle los pañales desechables que requiere. Afirmar la señora Esther Lucía Bejarano, que su padre no posee los ingresos suficientes para sufragar, por sus propios medios, los pañales desechables que diariamente requiere.

Es por esa razón, que esta Sala considera que se debe dar trámite a la solicitud del accionante sin necesidad de pronunciarse sobre una posible temeridad pues, iniciar un incidente de desacato carecería de fundamento, por el hecho de que la empresa Caprecom EPS ya no está encargada de la prestación de servicios de salud. En ese sentido, esta Corporación ha indicado que proponer dicha herramienta de cumplimiento, contra una entidad que no estuvo vinculada al trámite de tutela, como sería la Nueva EPS, podría resultar en la violación del derecho fundamental del debido proceso de esa entidad, desencadenada a través de un defecto sustantivo<sup>25</sup>.

Así las cosas, para realizar el análisis constitucional de la solicitud del accionante, se debe empezar por indicar que, de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que el señor Alarcón Beltrán, padece de diferentes patologías que han deteriorado su calidad de vida por lo que, en su sentir, el uso de los pañales desechables podría aminorar las difíciles consecuencias que le han desatado sus enfermedades, para ello, invoca la protección del derecho fundamental a la salud y a la vida digna. Es por ello que el primero de los requisitos, se encuentra cumplido.

Ahora, se debe establecer si el elemento solicitado puede ser reemplazado con uno que sí haga parte del plan de salud del afiliado. Entonces, se evidencia que de acuerdo a lo señalado en la Resolución 5521 de 2013, el suministro de estos insumos no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud. De igual manera, si bien la entidad accionada tiene la experticia para conocer si en el POS existe alguno que pueda sustituirlo, decidió no pronunciarse al respecto. Así pues, se evidencia que, todo lo relativo al cuidado y aseo personal se encuentra excluido in extenso y, como quiera que el insumo que requiere el accionante tiene como fin, mantener en condiciones dignas un padecimiento, un sustituto de esas características no existe en el servicio de salud.

Por otra parte, respecto de que la orden del requerimiento no POS haya sido emitida por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora del afiliado, se tiene que, en los hechos del escrito de tutela, la accionante no allega prueba alguna de que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante de la Nueva EPS. Sin embargo, sí se evidencia que entre los padecimientos del agenciado se encuentra “síndrome urinario obstructivo bajo con disminución del calibre y fuerza...con goteo postmiccional”<sup>26</sup> por la que indica padecer la incontinencia. En este caso particular, se deben tener en cuenta varias situaciones, la primera de ellas, que en una anterior oportunidad ya se había amparado el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, al concedérsele una acción de tutela contra Caprecom, entidad a la que se encontraba afiliado anteriormente y, segundo, que de la historia clínica del paciente se puede inferir que existen diferentes problemas asociados a esfínteres, como anteriormente se señaló.

En este sentido, en no pocos eventos, esta Corporación ha ordenado la entrega del medicamento, procedimiento o servicio requerido aun cuando la solicitud de amparo no cumple este requisito. En este caso particular, aun cuando no existe un concepto del médico



tratante, en la contestación de la acción de tutela, no se contradijo la necesidad de los pañales desechables para el señor Alarcón Beltrán, ni siquiera cuando se reconoció que en un fallo de tutela anterior, habían sido entregados. Por tanto, este requisito se encuentra superado.

Por último, la agenciante indicó en el escrito de tutela que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo del insumo que requiere su agenciado pues no tiene ingresos económicos estables, ello encuentra sustento probatorio en que el señor Alfredo, se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud.

Así pues, luego de realizado el análisis de los requerimientos establecidos por esta Corporación para inaplicar las reglas de exclusiones del POS, se evidencia que la situación del accionante satisface completamente aquellos supuestos.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la presente acción de tutela también se encaminaba a obtener el suministro de otros servicios e insumos que no están contenidos en el POS tales como enfermera 12 horas, silla de ruedas tipo cama, crema y colchoneta antiescaras, suplemento vitamínico tipo Ensure y, nada se habla a través de este recurso acerca de la necesidad de los mismos, la Sala optará por conminar a la Nueva EPS a que haga una valoración de la necesidad de los otros elementos. Estos, solo podrán ser negados si se evidencia que, para las circunstancias actuales de salud del paciente, esos pedimentos resultan abiertamente innecesarios para mejorar o mantener su condición de salud.

En conclusión, considera la Sala que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Alfredo Alarcón Beltrán, al no autorizarle y entregarle los pañales desechables que requiere para sobrellevar la enfermedad que lo aqueja, es por eso que, para amparar los derechos fundamentales enunciados, la Sala revocará lo dispuesto el 26 de mayo de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que a su vez, confirmó el dictado el 8 de abril de la misma anualidad por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué, en el trámite iniciado por Esther Lucía Bejarano como agente oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.725.958, para ordenar la entrega de los insumos requeridos, durante el tiempo que sea necesario. Asimismo, ordenará a la Nueva EPS realizar una valoración del estado de salud del señor Alarcón Beltrán, con miras a

determinar la necesidad del servicio de enfermera 12 horas, la silla de ruedas tipo cama, la crema y colchoneta antiescaras y suplemento vitamínico tipo Ensure. Estos elementos solo podrán ser negados si se evidencia que resultan abiertamente innecesarios para mantener y mejorar el estado de salud del señor Alarcón Betrán.

#### 9.4. Expediente T-5.732.481

El señor Edusmildo Cubides Ceballos, de 81 años, es beneficiario en el régimen contributivo del Sistema General de Salud y es Cafesalud EPS quien le presta el servicio. Su agenciante, indica que sufrió un “accidente cerebro-vascular”, motivo por el cual padece de incontinencia urinaria, hipertensión arterial y marcha atáxica, entre otras patologías. Su médico tratante le ordenó y gestionó el trámite para la autorización de los pañales desechables que indica, según su criterio médico, debe utilizar. No obstante, la EPS accionada negó la solicitud del médico tratante al considerar que la negación de dicho insumo, no ponía en riesgo la vida del paciente, ni pertenecía a una prestación de medicamento o procedimiento. Así mismo, la señora Sirley Cubides Abella, indica que su padre no tiene los recursos necesarios para sufragar, por sus propios medios, los pañales desechables que requiere a causa de la enfermedad que lo aqueja.

Entonces, para realizar el análisis constitucional de la solicitud del accionante, se debe empezar por indicar que el señor Cubides es un adulto mayor, por tanto, un sujeto de especial protección que padeció de una enfermedad que le dejó como secuela la incontinencia urinaria y que, por tal motivo, considera que afrontar esa situación sin pañales desechables atenta contra su derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas. Es por ello que, en aras de proteger las aludidas garantías constitucionales, la agenciante acudió a la acción de tutela. Así pues, la solicitud de amparo, se encuentra sustentada.

Seguidamente, debe estudiarse si los pañales desechables pueden ser reemplazados con un elemento que sí haga parte del plan obligatorio de salud. En este punto, se evidencia que de acuerdo a lo señalado en el Artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, el suministro de estos insumos no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud. De igual manera, si bien la entidad accionada tiene la experticia para conocer si en el POS existe alguno que pueda sustituirlo, decidió no pronunciarse al respecto.

Así pues, se evidencia que, todo lo relativo al cuidado y aseo personal se encuentra excluido in extenso y, como el insumo que requiere el accionante tiene como fin, mantener en condiciones dignas un padecimiento, un sustituto de esas características no existe en el servicio de salud.

En tercer lugar, respecto de que la orden del requerimiento no POS haya sido emitida por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora del afiliado, se evidencia que el 6 de abril del 2016, durante una cita médica, el galeno le indico al accionante que debía utilizar pañales desechables pues, como consecuencia del “accidente cerebro-vascular” padecía de una diagnosticada incontinencia y, aun cuando prescribió la orden y diligenció los documentos necesarios para que se le concedieran los insumos, la EPS los negó bajo la consideración de que la ausencia de ellos no ponía en riesgo la vida del paciente. Así pues, el concepto favorable acerca de la necesidad médica de los pañales, se encuentra probada.

Por último, la agenciante indicó, en una declaración rendida ante el juez constitucional, que su padre no tiene ingresos económicos y que él y su madre, dependen del aporte económico que ella les brinda, junto con sus hermanas que, por demás, deben cubrir todos los gastos en que sus padres incurren.

“un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”<sup>27</sup>.

En relación con lo anterior, la Corte ha destacado que la familia está encargada de brindar a sus miembros más cercanos la atención que necesite, ello, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a proteger los derechos fundamentales de los asociados<sup>28</sup>. Fundada en esto, la Corte ha dicho:

“La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros

derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13).”<sup>29</sup>

En conclusión, nada obsta para que el demandante acuda al auxilio familiar y sean ellos los que, en virtud del deber de solidaridad que les asiste, brinden el apoyo económico que se necesita para sufragar el costo de los pañales desechables.

Consecuentemente, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías -Conocimiento y Adolescencia- de La Plata-Huila, en el trámite iniciado por Sirley Cubides Abella como agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos contra Cafesalud EPS dentro del expediente T-5.732.481.

#### 9.5. Expediente T-5.746.142

La señora Teresita del Carmen Cano Gómez inició acción de tutela en aras de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Marina Gómez Nigrinis, los cuales considera vulnerados por parte de la Nueva EPS al negarle el suministro de los pañales desechables que dice necesitar.

La agenciada tienen a la fecha, 93 años de edad, pertenece al régimen contributivo en calidad de cotizante, a través de la Nueva EPS. Padece de “Insuficiencia cardiaca congestiva, poliartrosis, gonoartrosis bilateral, hipertensión arterial, falla cardiaca”, entre otras patologías. Por tal razón, indica la agenciante, que no puede caminar por sí sola y no controla esfínteres,

Explica la agenciante, que el 25 de febrero del 2016, se acercó a las oficinas de la Nueva EPS con el fin de buscar la autorización de los pañales desechables. En ese momento, un funcionario de la entidad le informó que a dicha solicitud se le debía anexar la orden médica proferida por el profesional adscrito a la red prestadora de salud de esa misma EPS. Como la agenciante no poseía dicho documento, desistió de la solicitud. Asimismo, informó la accionante que la señora Gómez Nigrinis, es una persona de la tercera edad que devenga un salario mínimo como pensión y que, con ese monto, debe pagar la mensualidad del hogar geriátrico en el que reside.

Entonces, esta Sala debe reconocer, en principio, que la accionante es un sujeto de especial protección, que tiene diferentes afecciones en salud propias de su avanzada edad y que, por lo que informa su agenciante, requiere los pañales desechables pues, como consecuencia de su estado de salud, no controla esfínteres. Se procede así a realizar el estudio de la situación fáctica concreta.

En primer lugar, se debe resaltar que el accionante acudió a la acción de tutela en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales pues, los pañales desechables se convirtieron en una necesidad desde que su estado de salud empezó a complicarse, al punto de no poder controlar sus necesidades fisiológicas. Es por ello que, la solicitud de amparo, se encuentra ampliamente fundamentada.

En tercer lugar, respecto de que la orden médica del requerimiento no POS la haya expedido un médico adscrito a la Nueva EPS se tiene que en los hechos del escrito de tutela, la agenciante no allega prueba alguna de que el insumo haya sido ordenado por el médico tratante de la Nueva EPS. Sin embargo, sí se evidencia que en el recuento de las afecciones que padece la señor Gómez Nigrinis, el médico tratante indicó, durante una consulta médica, que la paciente se encuentra en silla de ruedas, pues no se puede sostener por sí misma<sup>30</sup>, lo que, aunado a la multiplicidad de afecciones que padece, sustenta la petición de los pañales desechables. Así las cosas, de conformidad con diferentes pronunciamientos de esta Corporación en los que ha ordenado la entrega del medicamento, procedimiento o servicio requerido aun cuando carezca de la orden del médico tratante, en este caso particular, debido al delicado estado de salud que presenta la señora Marina Gómez Nigrinis, este requisito se entiende superado.

Por último, el agenciante indicó en el escrito de tutela que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo del insumo solicitado, pues solo devenga un salario mínimo como pensión y, con ese monto debe pagar la mensualidad del hogar geriátrico en el que reside, además de proveerse los medicamentos que necesita para mejorar su estado de salud. Todo ello, sumado al hecho de que la señora Gómez Nigrinis no tiene pareja ni hijos de las que se pueda entender que existen redes de apoyo que le ayuden a sufragar el valor de los elementos de aseo que requiere.

Así pues, luego de realizado el análisis de los presupuestos establecidos por esta Corporación

para inaplicar las reglas de exclusiones del POS, se evidencia que la situación de la accionante los satisface completamente.

En conclusión, considera la Sala que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Marina Gómez Nigrinis, al no autorizarle y entregarle los pañales desechables que requiere para sobrellevar las múltiples enfermedades que la aquejan. Es por eso que, para amparar los derechos fundamentales enunciados, la Sala revocará lo dispuesto el 21 de julio de 2016 por la Sala Primera Civil del Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que, a su vez, confirmó el dictado el 16 de junio de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite iniciado por Teresita del Carmen Cano Gómez como agente oficioso de Marina Gómez Nigrinis contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.746.142, para en su lugar, ordenar la entrega del insumo requerido.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 26 de mayo de 2016, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué; en el trámite iniciado por Diana Margarita Trilleras Méndez como agente oficioso de contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.721.594.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y entregue al señor Eliud Méndez Amezcua los pañales desechables que requiere, durante el tiempo que sea necesario de conformidad con la valoración médica que al efecto se realice, para precisar el número y la periodicidad.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido el 26 de mayo de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que a su vez, confirmó el dictado el 8 de abril de la misma anualidad por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué, en el trámite iniciado por Esther Lucía Bejarano como agente

oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.725.958.

CUARTO.- ORDENAR a Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y entregue al señor Alfredo Alarcón Beltrán los pañales desechables que requiere, durante el tiempo que sea necesario de conformidad con la valoración médica que al efecto se realice, para precisar el número y la periodicidad

QUINTO.- ORDENAR a la Nueva EPS a que haga una valoración de la necesidad del servicio de enfermera 12 horas, la silla de ruedas tipo cama, la crema y colchoneta antiescaras y suplemento vitamínico tipo Ensure. Estos servicios y elementos solo podrán ser negados si se evidencia que, para las circunstancias actuales de salud del paciente, los pedimentos resultan abiertamente innecesarios para mantener o mejorar su condición de salud.

SEXTO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías –Conocimiento y Adolescencia- de La Plata-Huila, en el trámite iniciado por Sirley Cubides Abella como agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos contra Cafesalud EPS dentro del expediente T-5.732.481.

SÉPTIMO.- REVOCAR el fallo proferido el 21 de julio de 2016, por la Sala Primera Civil del Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que, a su vez, confirmó el dictado el 16 de junio de 2016, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite iniciado por Teresita del Carmen Cano Gómez como agente oficioso de Marina Gómez Nigrinis contra la Nueva EPS dentro del expediente T-5.746.142.

OCTAVO.- ORDENAR a Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y entregue a la señora Marina Gómez Nigrinis los pañales desechables que requiere, durante el tiempo que sea necesario de conformidad con la valoración médica que al efecto se realice, para precisar el número y la periodicidad.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-014/17

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Improcedencia de tutela por cuanto mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es idóneo para la solución de controversias relacionadas con la prestación de servicios de salud (Salvamento parcial de voto)

Acciones de tutela presentadas por Diana Margarita Trilleras Méndez como agente oficioso de Eliud Méndez Amézquita; Esther Lucía Bejarano como agente oficioso de Alfredo Alarcón Beltrán; Sirley Cubides Abella como agente oficioso de Edusmildo Cubides Ceballos; y Tereista del Carmen Cano Gómez como agente oficio de Marina Gómez Nigrinis c. Nueva EPS y Cafesalud EPS.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala de Revisión, me permito presentar el siguiente salvamento de voto a la sentencia T-014 de 2017. En dicha providencia, la Sala conoció el caso de cuatro tutelas interpuestas contra la Nueva EPS y Cafesalud EPS. Los peticionarios solicitaron a las respectivas empresas el suministro de pañales pero éstas se negaron argumentando que dichos insumos se encontraban excluidos del plan de beneficios. Por esta razón, los actores consideraron que la actuaciones de las EPS vulneraron sus



derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

En la decisión, de la cual me separo parcialmente, la mayoría de la Sala optó por reconocer la protección constitucional en todos los casos, conclusión que comparto parcialmente ya que como lo he venido advirtiendo en anteriores casos<sup>31</sup>, cuando se trata de controversias que tienen como fundamento el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de una E.P.S. que se ha abstenido de prestar servicios incluidos y excluidos del P.O.S. -que no cuentan con prescripción médica, las mismas se deben resolver a través de las competencias que artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud.

En ese sentido, he señalado que dicho mecanismo resulta idóneo ya que: (i) los principios que rigen dicho trámite garantizan su brevedad, publicidad y eficacia así como la prevalencia del derecho sustancial; (ii) es un proceso sencillo que puede ser iniciado sin ningún tipo de formalidad procesal; y (iii) la Superintendencia de Salud, por sus competencias legales, es un juez idóneo y especializado en la materia.

Así, considero que en los casos referidos a los expedientes T-5.721.594; T-5.725.958; y T-5.746.142 la decisión debió ser la de negar el amparo deprecado, toda vez que los actores podían acudir a las oficinas de la Superintendencia de Salud ubicadas en Ibagué y Bogotá para resolver la controversia alrededor de los servicios de salud requeridos. En estos casos no se evidenció un perjuicio irremediable o urgente, razón por la cual el medio ordinario antes señalado resultaba idóneo y eficaz. Lo anterior, además, teniendo en cuenta que la Sala Plena todavía no ha fijado un precedente unificado sobre las peticiones que involucran pañales.

En los anteriores términos, dejo resumidos los argumentos que sustentan la razón de mi salvamento parcial de voto en los aspectos relacionados.

Fecha ut supra.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 En la exposición de los hechos que motivan a interponer la acción de tutela, la señora Esther Lucía Bejarano, indica que anteriormente se concedió una acción de tutela a favor de

su padre pero que, en esa oportunidad, el demandado era Caprecom EPS y, con la liquidación de esta y el tránsito hacia la Nueva EPS, no respondieron por dicho fallo. Debe resaltarse, que no se indican mayores datos sobre la existencia de dicho fallo de tutela (folio 1).

2Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución.

3Ibídem.

4 Aunque ello no se manifieste en las correspondientes solicitudes, de la exposición de los hechos resulta evidente. Ver Sentencia T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

6Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

7Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

8Constitución Política, artículo 46.

9Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

11 Corte Constitucional, Sentencias T-165 del 17 de marzo de 2009 y T-050 del 2 de febrero de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

12 La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la respectiva Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados e instituyó, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario” el cual se debe llevar a cabo

“con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”. Sentencia T-804 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

13 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

14 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

15 “Entendidos como hábiles según lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal.”

16 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

17 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

19 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

20 Ver por ejemplo, las Sentencias T-949 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-202 de 2008, M. P. Nilson Elías Pinilla Pinilla, T-899 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

21 Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

22 “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones (...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’ (...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

23 Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

24 Sentencia T-073 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Corte Constitucional T-171 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 Folio 6.

27 Ver Sentencia T-550 de 1994.

28 En sentencia C-174 de 1996, se dejó claro que: “El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares”.

29 Sentencia T-533 de 1992.

30 Folio 6. Expediente T-5.746.142

31 Corte Constitucional. Sentencia T-603 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.