

T-061-19

Sentencia T-061/19

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA PROCESAL

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Agencia procesal no resulta idónea ni eficaz para la protección de personas de avanzada edad

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

Esta Corte ha determinado que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, resulta viable que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la Empresa Promotora de Salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea eventualmente provisto

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Pacientes están facultados para exigir que se realicen exámenes e indagaciones que sean necesarias para conocer sobre su estado de salud

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS realizar valoración médica en la que deberá participar el médico tratante, a fin de determinar los

medicamentos, insumos o servicios que requiere para su tratamiento

Referencia: Expediente T-6.600.715

Acción de tutela interpuesta por Cecilio Moreno Hipia en nombre de su madre Benilda Ipia de Moreno contra Asmet Salud E.P.S.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA[1]

1. El señor Cecilio Moreno Hipia, actuando en calidad de agente oficioso de su madre, Benilda Ipia de Moreno, solicitó que se tutelaran los derechos a la vida, a la igualdad, a la salud y a la integración de las personas de la tercera edad y en situación de discapacidad, ordenando a la accionada autorizarle las siguientes prestaciones: “médico domiciliario, auxiliar de enfermería domiciliarias (sic), pañales desechables, crema marly, Ensure, silla de ruedas, transporte desde el a (sic) casa hasta la IPS y viceversa, [...] medicamentos diarios, y silla de ruedas para el transporte diario”[2].

B. HECHOS RELEVANTES

3. La accionante se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado a través Asmet Salud E.P.S, el diecisiete (17) de febrero de dos mil quince (2015)[3].

4. El veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) la señora Ipia sufrió mareos y se cayó, golpeándose la cadera, siéndole imposible levantarse por sus propios medios[4].

5. La señora Ipia fue atendida por un centro médico de primer nivel y remitida al Hospital María Inmaculada E.S.E., el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Durante la atención, se encontró que había sufrido “fractura intertrocanterica sin soporte posteromedial de cadera izquierda”[5], por lo que se decidió hospitalizarla.

6. En la historia clínica se consignó como diagnóstico de la primera atención, que tuvo lugar el veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el siguiente:

“DX

–FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA INTERTROCANTERICA SIN SOPORTE POSTERIOMEDIAL

–HTA EN CONTROL

–HIPOACUSIA SENIL

–ARTROSIS EN AMBAS CADERAS

–OSTEOPOROSIS”[6]

7. En razón del diagnóstico anterior, en el hospital se determinó la necesidad de trasladarla a una unidad de cuidado intensivo por el riesgo de salud, razón por la cual se recomendó el traslado a la clínica Medilaser en ambulancia medicalizada[7].

8. En la epicrisis aportada por la parte accionante se menciona como medicamento provisto, no incluido en el entonces Plan Obligatorio de Salud (en adelante “POS”)[8], un “SUPLEMENTO NUTRICIONAL LÍQUIDO COMPLETO ADULTO X 8 ONZAS”[9], solicitándose exclusivamente quince (15) unidades del mismo, para ser suministrado dentro de los siguientes cinco (5) días, sin que se verificara la existencia de una orden o concepto de provisión extra hospitalaria posterior. En la historia clínica aportada no se hizo referencia a algún otro elemento de lo pretendido en sede de tutela.

9. Dentro de las pruebas obrantes en el expediente y de las manifestaciones de la parte accionante no se encuentra evidencia o indicio de que lo pretendido en sede de tutela, es

decir, la provisión de “médico domiciliario, auxiliar de enfermería domiciliarias (sic), pañales desechables, crema marly, Ensure, silla de ruedas, transporte desde el a (sic) casa hasta la IPS y viceversa, [...] medicamentos diarios, y silla de ruedas para el transporte diario”[10], hubiese sido solicitado de alguna manera a la parte accionada como encargada de la prestación del servicio de salud.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS O VINCULADAS AL TRÁMITE

ASMET SALUD E.P.S.

10. La Asociación Mutual La Esperanza, “ASMET SALUD” ESS E.P.S.[11], contestó la tutela[12] oponiéndose a la prosperidad de la acción y solicitando se declarara improcedente. Pidió también su desvinculación del trámite por no haber ocurrido vulneración alguna de los derechos de la solicitante, la vinculación de la Secretaría Departamental de Salud del Caquetá y la de Jorge Aurelio Bernal Ramírez, médico tratante de la solicitante.

11. Señaló que el accionante o su madre no habían pedido autorización de los implementos y servicios solicitados en sede constitucional, resaltando que tampoco existía orden médica que justificara su provisión. En este sentido, aclaró que lo mencionado no había sido solicitado por la paciente o sus familiares.

12. Especificó, respecto de lo pretendido en tutela, que algunos implementos están excluidos del POS[13], por lo que su costo debería ser cubierto por la Secretaría Departamental de Salud del Caquetá y no por dicha entidad. Igualmente, destacó que el procedimiento de eventual aprobación del suministro del suplemento nutricional no se agotó, ni obra radicado alguno en sus oficinas que sustente una solicitud en ese sentido.

Secretaría Departamental de Salud del Caquetá[14]

13. La Secretaría Departamental de Salud pidió su desvinculación del trámite de tutela, ya que sostiene que no desconoció ningún mandato legal o reglamentario respecto de la situación de la señora Ipia y solicitó que se ordenara a la E.P.S. accionada, la provisión de lo requerido por la agenciada. Al respecto, señaló que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, la posibilidad de endilgarle la prestación del servicio de

salud está expresamente prohibida; indicó que la atención médica de los usuarios corresponde a las E.P.S., según la misma ley en su artículo 14, al establecerla como una competencia indelegable para dichas entidades.

14. De otro lado, puso de presente que la Ley 1751 de 2015 garantiza el principio de autonomía médica, que impone una orden del profesional en medicina frente a las necesidades del paciente, al igual que el principio de continuidad en la prestación del servicio.

15. También, señaló que en el caso de tratamientos especializados, dentro de los cuales incluyó los pañales, el Ensure y la silla de ruedas, “en principio le corresponde asumir los costos al afiliado y a sus familiares de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos o excluidos del plan obligatorio de salud (servicios No POS)”[15], y que solo extraordinariamente le correspondería a la E.P.S., prestar el servicio o proveer lo requerido, situación que eventualmente puede generar la posibilidad de repetir contra el Estado.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, el dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017)[16]

16. El juez de instancia negó el amparo solicitado.

17. En primer lugar, señaló que “del material probatorio allegado, no se encuentra ninguna orden médica, que permita establecer los servicios médicos pendientes de autorizar y suministrar a la paciente”[17]. Respecto de lo anterior, se puso de presente en la sentencia que el juzgado requirió al señor Moreno Hipia “para que allegara las respectivas órdenes otorgándole el término de un día”[18], pero el agente oficioso no se pronunció, a pesar de haber sido debidamente notificado.

18. De otro lado, resaltó los argumentos expuestos por la accionada relacionados con la falta de prescripción médica que indicara que la señora Ipia requiriera lo solicitado, y la ausencia de trámite ante el Comité Técnico-Científico respecto del suplemento nutricional exigido. Consideró el a quo que, a pesar de que “[d]icho suplemento aparece recetado en la historia clínica [...] sin embargo no es requerido por el accionante en las pretensiones ni en

los hechos, ni tampoco existe prueba siquiera sumaria de que lo haya solicitado ante la EPS ASMET SALUD”[19].

19. A manera de conclusión, se señaló que “[e]n el presente caso[,] de los materiales probatorios obrantes dentro de la actuación no se evidencia que el médico tratante de la señora BENILDA IPIA DE MORENO haya ordenado los suministros médicos que requiere el accionante; y la E.P.S. se haya negado a entregárselos”[20], de modo que se establece que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para acceder a las pretensiones de la tutela.

Impugnación[21]

20. El treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), el señor Cecilio Moreno Hipia radicó escrito de impugnación en el que reiteró sus pretensiones de tutela, destacando que su madre y agenciada “se encuentra en abandono total”[22] por parte de la accionada.

21. La impugnación no fue concedida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, mediante Auto No. 183 del primero (1) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)[23], señalando que la providencia quedó ejecutoriada el veintiséis (26) de octubre del mismo año, a las 6:00 pm, por lo que la impugnación resultaba extemporánea.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

22. Mediante Auto del diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018), el Magistrado sustanciador comisionó al Juez Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, para dar cumplimiento al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, solicitando su colaboración para que el agente oficioso pudiese manifestar, bajo la gravedad de juramento, y en caso de que ello fuese así, no haber presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos.

23. También, se solicitaron pruebas a la parte demandante, en las que se buscaba conocer: (i) si existían órdenes médicas respecto de lo solicitado en sede de tutela; (ii) si el señor Moreno Hipia, agente oficioso, se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad

Social en Salud como cotizante, o en caso contrario, a qué título se encontraba adscrito; (iii) los ingresos mensuales del solicitante; (iv) la composición de la familia de la señora Benilda Ipia de Moreno; (v) si el agente oficioso, algún miembro del grupo familiar o la señora Benilda Ipia de Moreno eran propietarios de bienes inmuebles; y (vi) si antes de la acción de tutela había solicitado los implementos y tratamientos solicitados a Asmet Salud.

24. A la accionada se le preguntó por: (i) la existencia de solicitudes de atención, escenarios de atención médica o tratamientos en curso respecto de la señora Benilda Ipia de Moreno; y (ii) si había autorizado o existían órdenes médicas respecto de los implementos y servicios solicitados en sede de tutela.

25. La entidad accionada contestó el requerimiento aportando:

a) Un listado de autorizaciones médicas a partir del veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), dentro del que se cuentan trece (13) registros. Destaca que ninguno de ellos se refieren a lo solicitado por el accionante en tutela[24], y que la última anotación corresponde al veintiséis (26) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

b) Un listado de las autorizaciones emitidas con ocasión de la atención efectiva a la señora Ipia, dentro del que se cuentan doscientos treinta y seis (236) registros. En los mismos consta la atención de patologías como disnea, insuficiencia cardíaca congestiva e isquemia cerebral transitoria en dos mil dieciséis (2016), e hipertensión en dos mil diecisiete (2017)[25].

c) Un listado de los servicios ordenados en consulta externa, con ocasión de la atención a la señora Ipia, dentro del que se cuentan veinte (20) registros que no corresponden a lo requerido en sede de tutela[26].

26. La E.P.S. accionada manifestó igualmente que “desde el año 2016 la usuaria no realiza ningún trámite ante la EPS, de órdenes médicas extramurales, de medicamentos, insumos, consultas y/o algún ordenamiento de médico tratante pendiente”[27]. Señaló, además, que desconocen si la paciente se encuentra en el momento bajo algún tratamiento médico, ordenado por fuera de su red de prestadores.

27. Sobre la eventual existencia de órdenes médicas respecto de lo solicitado en sede de

tutela, Asmet Salud manifestó que “no se encuentra solicitud de autorización”, pero aclaró que “al ser la señora BENILDA IPIA DE MORENO afiliada del municipio de CURILLO CAQUETÁ, cuenta con cargo a la UPC ASIGNADA del (sic) servicio de Transporte para asistir a los servicios de salud que le sean ordenados fuera de su municipio de residencia, tal como lo indica la Resolución 5268 de 2017”[28]. En el mismo sentido, indicó que para el momento no se había ordenado la provisión de ninguno de los tratamientos, implementos o servicios solicitados en tutela.

28. La parte accionante no aportó elemento de prueba alguno, a pesar de la solicitud del Magistrado sustanciador. Por esta razón, no existe evidencia sobre la situación económica de la agenciada o de su familia, así como tampoco de la eventual solicitud, provisión u orden respecto de lo pretendido en sede de tutela.

Juramento de no haber presentado otra tutela respecto de los mismos hechos y derechos (Art. 37, Decreto 2591 de 1991)

29. En la presente acción de tutela se evidenció que el agente oficioso no realizó el juramento exigido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991[29], de modo que no indicó si había presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos. Sobre este requisito, en la sentencia C-616 de 1997, la Corte Constitucional señaló que cumple los propósitos de poner de presente al juramentado la obligación de observar una buena fe especialísima en la manifestación de la verdad y de explicitar las consecuencias penales en caso de faltar a ella. En la jurisprudencia también se ha destacado la utilidad del juramento para impedir el ejercicio abusivo de la acción de tutela, pues resulta prácticamente imposible para el juez de tutela verificar en el reducido trámite la veracidad de las afirmaciones hechas en la acción, por lo que ante dicha incertidumbre no le queda más que confiar en la probidad de quienes presentan la solicitud de amparo y de sus apoderados[30].

30. Dicha postura ha sido reiterada en jurisprudencia más reciente, en donde se ha dicho que la institución del juramento protege importantes principios y desarrolla a su vez deberes constitucionales, al respecto, dijo en sentencia T-548 de 2016:

“El juramento no puede entenderse como una mera ritualidad, sino que por el contrario, protege importantes principios y desarrolla a su vez deberes constitucionales. En efecto, la

Constitución dispone que es deber de toda persona no abusar de sus propios derechos, y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (C.P. artículo 95 numerales 1 y 7). La presentación sucesiva de acciones de tutela de forma indiscriminada y sin justificación afecta la administración de justicia en tanto incrementan la congestión judicial, generando obstáculos para el cumplimiento de los términos judiciales; y a su vez no permite garantizar el derecho a una justicia oportuna (artículo 228)."

31. Ahora bien, la Corte ha entendido esta exigencia a la luz del principio de informalidad en el trámite de la acción de tutela, "de tal modo que el juramento no puede per se implicar para quien solicita el amparo, una denegación de justicia sin que el juez de instancia valore todos los demás elementos de juicio en contra de la realización material de los derechos fundamentales"[31]. En efecto, ha considerado cumplido el requisito cuando el accionante o su representante manifiesta ante la autoridad competente no haber presentado otras acciones de tutela por el mismo caso, aun cuando no se hubiere realizado expresamente el juramento, entendiendo que "aquellas declaraciones o afirmaciones hechas por el demandante respecto de los aspectos acerca de los cuales deba prestar juramento, éste se entenderá otorgado por la presentación de la demanda suscrita por el accionante o su apoderado"[32].

32. Dada la importancia del juramento y puesto que en el caso concreto no se verificó el cumplimiento de este requisito, se determinó que era importante consultar al agente oficioso sobre si había presentado o no otras tutelas por los mismos hechos y que se le pusiera de presente una eventual consecuencia en caso de falsedad, por lo que se libró del despacho comisorio número 002, en virtud del cual esta deficiencia en la presentación de la tutela se subsanó. En efecto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, remitió a la Sala la declaración juramentada del señor Cecilio Moreno Hípia, en la que manifestó no haber presentado alguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos, y se verificó la realización de la advertencia dispuesta por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991[33]. Cumplido lo anterior, se procede al estudio de la presente acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

33. Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018), expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Dos de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia.

B. CUESTIÓN PREVIA – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

34. Presunta afectación de un derecho fundamental: En primer, lugar para realizar el análisis de procedencia de la tutela como mecanismo subsidiario, definitivo o transitorio, se debe verificar si se está frente a una cuestión relacionada con la presunta afectación de un derecho fundamental. Sobre este punto hay que resaltar que, a nombre de la agenciada, se pidió el amparo de tres derechos: la vida, la igualdad y la salud, todos los cuales indican que el presente asunto es de naturaleza iusfundamental. Antes de continuar con el estudio de fondo de la presente acción de tutela, la Sala procederá a verificar si esta cumple los requisitos de procedibilidad desarrollados por la jurisprudencia con base en las normas procesales aplicables al trámite de amparo constitucional.

35. Legitimación por activa: En el artículo 86 de la Constitución Política se establece que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (subrayas fuera del texto original). En desarrollo de esta norma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reguló, entre otras, la posibilidad de que un tercero agenciara los derechos de quien sufriera una afectación iusfundamental. En dicho canon se establece que “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”, señalando que cuando ello ocurra, se deberá manifestar en la tutela.

36. Respecto de la agencia oficiosa en tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado los requisitos que deben cumplirse para su admisibilidad:

“Según lo mencionado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, es necesario que (i) quien pretende actuar como agente oficioso manifieste en el escrito de tutela esa calidad, y (ii) que se acredite que la persona cuyos derechos se agencian no se encuentre en

condiciones de promover su defensa. Como lo ha señalado la jurisprudencia, este segundo requisito tiene una excepción, que se presenta cuando la persona sí estaba en condiciones de acudir a la administración de justicia, pero una vez radicada la acción de tutela ratifica la actuación del agente oficioso[34]. Adicionalmente, de acuerdo con esta misma norma, (iii) no es de la esencia que exista una relación formal entre quien actúa como agente y aquel cuyos derechos se agencian"[35].

37. Con base en lo expuesto, es preciso indicar que en el presente caso la acción de tutela se acomoda al estándar legal y jurisprudencial de admisibilidad de la agencia oficiosa y, en consecuencia, debe entenderse cumplido el requisito de legitimidad en la causa por activa. En efecto, la presente demanda fue interpuesta por el señor Cecilio Moreno Hipia, hijo de la presunta víctima de vulneración de derechos fundamentales, la señora Benilda Ipia de Moreno manifestando expresamente en su escrito de tutela que actuaba como agente oficioso de su madre[36]. Ahora bien, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de la señora Ipia[37], esta cuenta con noventa y tres (93) años, y dado su diagnóstico de hipoacusia senil y artrosis en ambas caderas (ver supra, num. 6), es conducente suponer que no está en la mejor condición para acudir directamente a los jueces para promover directamente ante los jueces el mecanismo constitucional de protección. Lo anterior implica que la parte accionante acreditó a través de la transcripción de la historia clínica y de la fotocopia de la cédula de la señora Ipia, que esta no se encuentra en condiciones de promover su defensa, haciendo viable la agencia oficiosa.

38. Legitimación por pasiva: La acción de tutela se dirigió contra Asmet Salud, una entidad promotora de salud del régimen subsidiado, recientemente sometida a un proceso voluntario de reorganización institucional en el que se realizó una "escisión de la actividad de salud para trasladar sin solución de continuidad sus activos, pasivos, habilitación, contratos, afiliados, derechos y obligaciones a una nueva sociedad comercial denominada ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. (Nit. 900.935.126-7); proceso que fue aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución 127 de 2018"[38], situación que, según señala la propia EPS, "no implica desmejora o afectación en la prestación del servicio de salud a los afiliados"[39]. En su intervención, la parte accionada manifiesta que "para el presente caso opera de pleno derecho la sucesión procesal estipulada en el artículo 68 del Código General del Proceso"[40], por lo que solicitó expresamente ser tenida como parte en el proceso[41].

39. Teniendo en cuenta lo anterior, y a pesar de que la acción de tutela fue inicialmente contestada por la Asociación Mutual La Esperanza, “ASMET SALUD” ESS E.P.S. (Nit. 817.000.248-3), se entiende en este caso que, con ocasión del trámite de reorganización institucional que atravesó dicha entidad y que fue aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud mediante resolución del veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018) es ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. (Nit. 900.935.126-7) quien en la actualidad es la titular “del programa de Entidad Promotora de Salud”[42] de aquella, en tanto beneficiaria del proceso de escisión. Por lo anterior, es ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. (Nit. 900.935.126-7) quien ocupa en la actualidad la posición jurídica de accionada en el presente trámite y en consecuencia, sería eventual responsable del cumplimiento de las órdenes de restablecimiento de derechos fundamentales que puedan proferirse en el presente proceso.

40. El reconocimiento de ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. como parte accionada y con base en su propia manifestación en la que asume las cargas propias de la prestación del servicio de salud del que es, prima facie, titular la aquí agenciada, desarrolla los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia del trámite de tutela, establecidos en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, en tanto aseguran tanto la posibilidad de restablecimiento de los derechos que se alegan vulnerados, así como el ejercicio del derecho de defensa de la parte accionada, entre otras cosas, porque es la misma entidad la que solicita ser tenida como parte en el proceso.

41. Desde este punto de vista se tiene que ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. es una entidad particular susceptible de ser demandada en sede de tutela, pues está encargada de la prestación del servicio público de salud, así como también lo fue en su momento la Asociación Mutual La Esperanza, “ASMET SALUD” ESS E.P.S. En este sentido, y en virtud de lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se considera cumplido el requisito de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad promotora de salud.

42. De otro lado, la Secretaría de Salud Departamental de Caquetá es una autoridad pública, por lo que según lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el requisito de legitimación en la causa por pasiva se encuentra cumplido respecto de ella.

43. Inmediatez: En el presente caso se tiene que la última atención médica en instituciones hospitalarias de la señora Ipia tuvo lugar en septiembre de dos mil diecisiete (2017)[43], fecha que también corresponde con las últimas órdenes de medicamentos y exámenes reportadas por ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. Teniendo en cuenta que la interposición de la acción de tutela se produjo el cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), la Sala considera que fue presentada en un término razonable, habiendo transcurrido menos de un mes entre la última atención y la interposición de la acción.

44. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política, interpretado en reiterada jurisprudencia constitucional[44], y desarrollado en el artículo 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada los derechos fundamentales, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Así mismo, el ordenamiento establece la procedencia del amparo como mecanismo transitorio cuando se utilice para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, el accionante deberá recurrir al mecanismo judicial principal en un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir del fallo de tutela[45].

45. En este sentido, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”[46] y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”[47].

46. En el caso concreto de la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 1122 de 2007 estableció en su artículo 41[48] un mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante “la Superintendencia” o “SNS”), para resolver controversias, entre otras, sobre 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”[49], así como sobre “las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las

condiciones particulares del individuo”[50].

47. El legislador estableció que “[l]a función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, 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”. Del mismo modo, y para asegurar la accesibilidad al mecanismo jurisdiccional, la norma dispuso, entre otros: (i) la posibilidad de ejercer la acción sin formalidad, ni autenticación; (ii) la posibilidad de actuar directamente, es decir, sin necesidad de recurrir a un apoderado; (iii) un término supremamente corto para el fallo, de 10 días; y (iv) la informalidad en el procedimiento. Teniendo estas características en cuenta, esta Corte ha entendido que “la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios”[51].

48. Dadas las anotadas características del mecanismo, se estableció en la sentencia T-069 de 2018 que la vía principal de protección jurisdiccional en estos casos era el procedimiento ante la Superintendencia de Salud, salvo que: (a) dicho procedimiento, a la luz de las circunstancias concretas del caso, no resultase idóneo o efectivo[52], o (b) cuando, a pesar de sí ser idóneo o efectivo, fuese necesario el trámite de la tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable[53].

49. Frente al caso aquí analizado, esta Sala reconoce que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia resulta idóneo para el trámite de las pretensiones expuestas por el accionante, en tanto se circunscriben a asuntos asignados a la competencia jurisdiccional de la SNS en el artículo 41, lit. a) de la Ley 1122 de 2007[54] y en el artículo 126, lit. e) de la Ley 1438 de 2011[55].

50. Ahora bien, es importante anotar que en la regulación de este mecanismo jurisdiccional no existe una norma expresa respecto de la procedencia de la agencia oficiosa, situación que, sin embargo, no implica que esta forma de representación no sea posible en ese escenario procesal. Al respecto, hay que recordar que el artículo 1º del Código General del Proceso (en adelante “CGP”) dispone que sus cánones aplican a todas “las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en

cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”, lo que significa que el artículo 57 del CGP, que desarrolla la figura de la agencia oficiosa procesal resulta aplicable en el marco del mecanismo jurisdiccional tramitado ante la SNS[56].

51. Las disposiciones del Código General del Proceso describen el marco de aplicación de la agencia oficiosa en el caso de una demanda, de la siguiente manera:

“Artículo 57. Agencia oficiosa procesal. Se podrá demandar o contestar la demanda a nombre de una persona de quien no se tenga poder, siempre que ella se encuentre ausente o impedida para hacerlo; bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de la demanda o la contestación.

El agente oficioso del demandante deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que se haga a aquel del auto que admita la demanda. Si la parte no la ratifica, dentro de los treinta (30) días siguientes, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente oficioso a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. Si la ratificación se produce antes del vencimiento del término para prestar la caución, el agente oficioso quedará eximido de tal carga procesal.

La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, y ella comprenderá el término de ejecutoria y el de traslado. Ratificada oportunamente la demanda por la parte, el proceso se reanudará a partir de la notificación del auto que levante la suspensión. No ratificada la demanda o ratificada extemporáneamente, el proceso se declarará terminado.

[...]

El agente oficioso deberá actuar por medio de abogado, salvo en los casos exceptuados por la ley”.

52. En virtud de la existencia de un mecanismo jurisdiccional, no solo adecuado para tramitar las pretensiones respecto del restablecimiento de los derechos fundamentales de la agenciada, sino además para permitir la agencia oficiosa a través de la cual se promovió la presente tutela, la Sala considera que el elemento de falta de idoneidad del mecanismo principal para la procedencia de la tutela como mecanismo subsidiario, no se configura.

53. Ahora bien, el hecho de que exista un mecanismo jurisdiccional, distinto de la acción de tutela, que resulte idóneo desde el punto de vista de la protección de los derechos invocados, no es suficiente para determinar el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues es necesario que dicho medio procesal resulte también eficaz.

54. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el caso planteado por el agente oficioso tiene que ver con la provisión de elementos, tratamientos, servicios e implementos asociados a la atención en salud de la señora Ipia, que en su concepto son requeridos por la agenciada y que deberían ser previstos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la E.P.S. accionada. En la situación de la señora Ipia, a pesar de su avanzada edad y de las afecciones de salud que padece, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud ofrecería un mecanismo expedito para que esta decida sobre la eventual provisión de “médico domiciliario, auxiliar de enfermería domiciliarias (sic), pañales desechables, crema marly, Ensure, silla de ruedas, transporte desde el a (sic) casa hasta la IPS y viceversa, [...] medicamentos diarios, y silla de ruedas para el transporte diario”[57].

55. En este punto, la Sala resalta que el solo hecho de que quien solicita los medicamentos, servicios o procedimientos sea de edad avanzada, no es suficiente para descartar el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud para tramitar este tipo de solicitudes relacionadas con la adecuada atención en salud, en especial porque la carga que impone al afectado se presenta razonable. Adicionalmente, quien decide jurisdiccionalmente frente al caso es una entidad especializada en el tema de la salud, y capaz de determinar si se requiere con necesidad lo pretendido por el solicitante.

56. Sin embargo, al haberse actuado ante la jurisdicción por medio de la agencia oficiosa, debe realizarse un segundo análisis respecto de la eficacia que tendría el mecanismo ante la SNS, cuandoquiera que el titular del derecho no esté en capacidad de acudir directamente, y un tercero agencie sus derechos. Como se dijo antes, la posibilidad de actuar como agente oficioso procesal está contemplada en el ordenamiento para este mecanismo, pero las cargas y el diseño normativo del escenario es distinto del desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional respecto de la agencia oficiosa en tutela. A continuación se desarrolla un cuadro comparativo entre las dos figuras, que permiten observar sus diferencias más significativas:

Artículo 57 del CGP

(agencia oficiosa en demanda)

Agencia oficiosa en tutela

Es necesario que el titular del derecho se encuentre ausente o impedido para interponer la demanda.

Se exige que el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la agencia oficiosa procede en casos de vulnerabilidad extrema, circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional[58]. La Corte ha precisado que cuando se procura la defensa de adultos mayores que se encuentran imposibilitados para acudir ante las autoridades judiciales a causa de enfermedades y situaciones de orden material que les impida valerse por sí mismos, el recurso a la agencia oficiosa es legítimo[59].

Es necesario jurar que se actúa como agente oficioso (juramento se entiende rendido con la presentación de la demanda).

Es necesario que el agente manifieste o por lo menos se infiera de la tutela que actúa en tal calidad[60]. De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación “por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito”[61].

Se debe prestar caución dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la admisión de la demanda.

Sobre este requisito la jurisprudencia constitucional ha señalado que el escenario procesal de la acción de tutela se encuentra desprovisto de exigencias tales como la caución[62].

En caso de que el titular del derecho no ratifique la acción, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente por las costas y los perjuicios causados al demandado.

No se ha exigido obligatoriamente la ratificación del agenciado como requisito para la procedencia del amparo. En este sentido, se ha precisado que la ratificación es un elemento de carácter accesorio[63] y que solo de ser posible, es necesario ratificar las actuaciones adelantadas por el agente[64]. Extraordinariamente, y dadas circunstancias concretas de casos, se ha exigido la ratificación por parte del agenciado frente a los hechos y pretensiones expuestos en el escrito de tutela[65].

No se contempla la posibilidad de condenar en costas al agente en caso de que no se produzca la ratificación o incluso si el agenciado se manifiesta en contra de la tutela adelantada en nombre suyo.

El titular del derecho cuenta con 30 días para ratificar la demanda formulada por el agente oficioso.

En aquellos casos concretos en los que la ratificación se ha considerado necesaria, esta Corte la ha exigido dentro de un término oportuno[67], es decir que no ha establecido un término perentorio para su realización, atendiendo el carácter informal de la acción de tutela[68]. En consecuencia, no puede hablarse de un término estricto e inflexible en esta materia.

Se contempla la suspensión del proceso para surtir la ratificación de la demanda.

En desarrollo de los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía,

celeridad y eficacia previstos en el D.2591/91 y la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo para la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, no se ha contemplado en ningún caso la suspensión del proceso para realizar la ratificación, sino que se ha solicitado, por ejemplo, mediante el respectivo auto de pruebas[69] o tras librar el respectivo auto admisorio[70], sin detener el estudio del caso o demorar la decisión judicial respecto del mismo.

El agente oficioso en el marco del proceso judicial ante la SNS no requiere actuar por medio de apoderado, en virtud de lo dispuesto en el Art. 57 del CGP y el Parr. 2 del Art. 41 de la Ley 1122/2007, tal como fue modificado por el Art. 126 de la Ley 1438/2011.

De conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico, la acción de tutela puede interponerse a través agente oficioso exigiéndose solamente: (i) la manifestación de estar actuando como tal, (ii) la imposibilidad del titular para agenciar sus derechos, (iii) la informalidad de la agencia, y (iv) la ratificación de lo actuado por el agente[71].

En virtud de los principios de eficacia, celeridad y prevalecía del derecho sustancial, la Corte no ha exigido al agente oficioso actuar a través de apoderado.

57. Como se puede observar, aunque la agencia oficiosa en uno y otro caso tienen similitudes, también lo es que en el caso del CGP, aplicable al trámite jurisdiccional ante la SNS, es necesario prestar caución, ratificar la demanda, es factible o incluso necesario suspender el proceso, y en caso de faltar la ratificación del agenciado, resultaría obligatorio declarar terminado el proceso, condenando en costas al agente. Estas circunstancias implican una diferencia significativa que impacta la eficacia del mecanismo principal pues generan:

- Una barrera para el acceso al mecanismo, dependiente del costo asociado a la caución, en cabeza del agente. Se exige obligatoriamente la ratificación de la acción por parte del agenciado. Esta carga, que es razonable en escenarios procesales distintos a los de protección urgente de los derechos fundamentales, impone un requisito adicional al de la tutela, que solamente pretende la ratificación cuando ella sea posible.

- Para la obtención de la ratificación es una facultad del juez suspender el trámite hasta por 30 días, con el fin de llevar a cabo la notificación del agenciado como parte en el proceso. Esta circunstancia contradice los principios de celeridad y eficacia que deberían observarse para la protección de derechos fundamentales, a fin de lograr una protección inmediata.

- El solo hecho de que la actuación no sea ratificada por el agenciado implica la obligación del juez o la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, de terminar el proceso, sin haber restablecido el derecho presuntamente vulnerado.

- En caso de que no se presente la ratificación, se condena al agente en costas y perjuicios causados al demandado. Esto también puede implicar un desincentivo para el agente oficioso, en perjuicio de la necesidad de protección del agenciado.

58. Estas circunstancias se tornan especialmente sensibles en el caso de tutelantes de edad avanzada, pues el trámite distinto respecto de la actuación con agente oficioso en sede de la SNS puede generar un deterioro en la eficacia del mecanismo en casos concretos en los que la persona no está en capacidad de asumir las cargas de tiempo que impondría el trámite jurisdiccional principal. Desde este punto de vista, en el caso de la agencia oficiosa respecto del derecho a la salud de personas de la tercera edad, se considera que las cargas surgidas de la aplicación de las reglas procesales del CGP generarían un escenario en el que la eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la SNS quedaría en entredicho.

59. Adicionalmente, esta Sala destaca que en la audiencia pública realizada en el marco del seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008, la Superintendencia Nacional de Salud manifestó que el mecanismo jurisdiccional de su competencia tendría un grave atraso en los trámites, lo que haría que su duración resulte mucho más dilatada que la de la acción de tutela. Esta circunstancia es una razón adicional que conduce a concluir que el mecanismo jurisdiccional ante dicha superintendencia, resulta ineficaz, pues la duración proyectada de dicho trámite podría ser demasiado extenso, implicando una carga desproporcionada para una persona que alcanza los 93 años de edad.

60. Por lo anterior, esta Sala considera que en los casos en los que se busque la protección del derecho a la salud de una persona de la tercera edad, a través de la figura de la

agencia oficiosa, el mecanismo jurisdiccional ante la SNS no resulta eficaz, teniendo en cuenta las cargas gravosas que impone al agente oficioso, que podría resultar perjudicado por el trámite. Además, por la posibilidad de que se dilate una decisión que defina sobre la eventual protección de un derecho de carácter fundamental, restando eficiencia y celeridad al trámite, dada la poca capacidad de las personas de la tercera edad de soportar el eventual incremento en la duración del proceso. En el mismo sentido, la posibilidad de que por la falta de ratificación el caso termine sin decisión de fondo respecto de la tutela solicitada, evidencia el riesgo de que el mecanismo no resulte eficaz para la protección del derecho a la salud reclamado.

61. Por lo anterior, esta Sala considera que en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad en el trámite de la acción de tutela pues, dadas las circunstancias particulares del caso, en el que la protección se busca por medio de la intervención de un agente oficioso la protección del derecho a la salud de una persona de la tercera edad, este es el mecanismo judicial, idóneo y eficaz, para dar trámite de las pretensiones de la señora Ipia y proteger los derechos fundamentales invocados.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

62. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. vulneró los derechos fundamentales a la vida, la igualdad y la salud de la señora Benildia Ipia de Moreno, al no prestarle los servicios de transporte, médico domiciliario y enfermería domiciliaria, ni suministrarle los insumos de pañales desechables, crema Marly, Ensure y silla de ruedas, teniendo en cuenta que no existe orden médica frente a los mismos.

63. Con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia en torno al derecho fundamental a la salud, haciendo énfasis en elementos como (i) el requerir con necesidad como elemento fundamental para identificar la necesidad de protección de este derecho; (ii) el diagnóstico como componente y faceta del derecho a la salud; y (iii) se determinará si existe vulneración de los derechos de la señora Ipia.

D. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD – REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Naturaleza del derecho a la salud

64. La Constitución Política consagra en su artículo 49 el derecho a la salud. Este derecho fue desarrollado por el legislador estatutario a través de la Ley 1751 de 2015, que lo define como fundamental, autónomo e irrenunciable[72] en lo individual y en lo colectivo. Esta norma describe el alcance del derecho señalando que “[c]omprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.”[73].

65. Dentro de sus elementos esenciales, identificados por el legislador, se encuentran los de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional. Estos importantes componentes se definieron en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 así: (i) disponibilidad, en la existencia de servicios, tecnologías e instituciones de salud[74]; (ii) aceptabilidad, de la diversidad sociocultural de los usuarios del sistema, basada en el respeto de la ética médica y las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida; (iii) accesibilidad, para toda la población de los servicios de salud, en condiciones de igualdad[75]; y (iv) calidad e idoneidad profesional, según los cuales los servicios prestados a la comunidad deberán responder a los estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

66. En suma, el derecho a la salud es un derecho en cabeza de todos los residentes del territorio colombiano, que comprende los elementos esenciales de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional, cuyo respeto y garantía corresponde al Estado.

La protección del derecho fundamental a la salud y el elemento de ‘requerir con necesidad’

67. Dada la naturaleza del fundamental derecho a la salud, corresponde al juez de tutela identificar su eventual afectación a partir de la verificación de que el tutelante requiere con necesidad un medicamento, servicio, procedimiento o insumo[76]. En efecto, se dijo en la sentencia T-760 de 2008 que “desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con

necesidad' (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un Estado Social de Derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere”.

68. Ahora bien, en esta misma sentencia, que constituye un hito en la comprensión del derecho a la salud, se estableció que “[e]n el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”[77]. Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente[78].

69. Igualmente, hay que destacar que la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) estableció en su artículo 15 que todos los servicios y tecnologías requeridos por la población para la garantía de su derecho fundamental a la salud, estarían cubiertos por un nuevo plan de beneficios, del cual solo se entenderían excluidos aquellos servicios que fueran señalados de forma expresa por el Ministerio de Salud tras un procedimiento técnico – científico, transparente y participativo[79]. En efecto, el PBS vigente para el año 2018 se encuentra contenido en la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017, y la lista de servicios y tecnologías excluidos se encuentran previstos en la Resolución 5267 de la misma fecha, ambas proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Derecho al diagnóstico

70. Ahora bien, esta Corte ha determinado que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, resulta viable que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la Empresa Promotora de Salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea eventualmente provisto[80].

71. Esta Corporación ha establecido que el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía que tiene el paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”[81]. La finalidad de este componente del derecho a la salud impone “(...) (i) [Identificación:] Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) [Valoración:] Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”, (iii) [Prescripción:] Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”[82].

E. NO EXISTE PRUEBA DE LA NECESIDAD DE LO SOLICITADO, PERO SE TUTELARÁ EL DERECHO AL DIAGNÓSTICO

72. En el presente caso, el señor Cecilio Moreno Hipia solicitó, como agente oficioso, la protección de los derechos fundamentales a la vida, igualdad y salud de su progenitora, con base en la presunta omisión de la E.P.S. Asmet Salud, de prestarle los servicios de transporte, médico y enfermería domiciliarios, y suministrarle los insumos de “pañales desechables, crema Marly, Ensure y silla de ruedas”. El accionante, a pesar de su manifestación respecto de la supuesta necesidad de los insumos y servicios solicitados, no aportó elementos actuales que acreditaran que la señora Ipia requiere con necesidad lo solicitado en sede de tutela.

73. En efecto, observa la Sala que a pesar de que se aportaron copias de la historia clínica de la agenciada, elaborada con ocasión de una atención de urgencias que inició el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) por motivo de una fractura de cadera izquierda, introcantérica sin soporte posteromedial[83], derivada aparentemente de una caída de su propia altura[84], de ella no se desprende verificación científica que le permita a esta Sala ordenar, mediante el amparo del derecho a la salud, lo solicitado por el

agente oficioso. Hay que señalar que en la historia clínica allegada está consignada la ocurrencia de la fractura, pero no de las necesidades de la paciente emanadas de la misma y, sobre todo, de la actualidad de su situación médica. Sobre este punto conviene resaltar que, tanto los diagnósticos referidos como los registros de suministro de medicamentos datan de cerca de un año y medio, pudiendo o no la agenciada estar padeciendo secuelas del trauma y necesitando de atención en salud por su fractura[85].

74. Con el fin de determinar la actualidad de las patologías de la agenciada, el juez de primera instancia y esta Sala solicitaron a la parte accionante información que permitiera establecer la necesidad de lo pedido en la tutela; a pesar de esto, nunca se remitió a los jueces del caso, incluyendo a esta Sala de Revisión, prueba alguna que acreditara que se requiriera de lo solicitado (ver supra, nums. 22. y 27.). De otro lado, esta Corte también requirió a la parte accionada con el fin de determinar la necesidad de los servicios e insumos pretendidos, pero de lo informado por la EPS Asmet Salud se concluye que no existe evidencia acerca de órdenes médicas pendientes o incluso diagnósticos posteriores que señalen la necesidad en torno a lo solicitado por la parte tutelante. Antes bien, esta entidad declaró que una vez consultada su base de datos sobre gestión de solicitudes médicas, la usuaria no realizó ningún trámite de órdenes médicas, consultas o servicios desde el año 2016 en el sentido de lo pedido, y confirmó que en ausencia de prescripciones o trámites internos por parte de sus médicos adscritos, no ha autorizado ninguno de los insumos o servicios solicitados. Debe desatacarse que la EPS Asmet Salud aclaró que la agenciada cuenta, con cargo a la UPC asignada, con el servicio de transporte para asistir a los servicios de salud que sean ordenados fuera de su municipio, tal como lo ordena la Resolución 5268 de 2017[86].

75. En este sentido, al hacer un estudio de las pruebas aportadas y recaudadas en este trámite de revisión de fallos de tutela, se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de requerir con necesidad los insumos o servicios y por ello, falta lo fundamental para acreditar la vulneración del derecho a la salud. En efecto, aplicando al caso concreto las reglas jurisprudenciales depuradas anteriormente se encuentra que en este caso no puede hablarse de vulneración a la salud por falta de provisión de lo solicitado, sino de afectación del derecho de la agenciada por cuanto no goza de un diagnóstico actual sobre sus necesidades en materia de salud. En efecto, se tiene que:

(i) -El diagnóstico médico es necesario para la eventual atención en salud: los diagnósticos realizados a la señora Ipia datan de hace alrededor de un año y medio y no existe evidencia o al menos indicio de la existencia de secuelas de dicho evento o de otros posteriores, que permitan identificar una necesidad desde el punto de vista científico, que obligue a la entrega de los insumos o la provisión de los servicios aludidos por el agente oficioso en su pretensión de tutela; no obran en el expediente elementos de juicio que permitan a la Corte inferir cómo lo solicitado pueda solventar la situación de salud de la agenciada, en especial porque no se conoce, desde el punto de vista médico, el estado actual de la paciente, ni el impacto de lo requerido en el tratamiento de sus patologías.

(ii) Algunos servicios, insumos, tratamientos o procedimientos solicitados pueden encontrarse expresamente excluidos del plan de beneficios[87], situación que debe analizarse desde el punto de vista científico por la accionada:

- Silla de ruedas – se encuentra expresamente excluido por el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5269 de 2017[88].

- Médico y enfermera domiciliaria – Hace parte del plan de beneficios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017[89].

- Transporte – hace parte del Plan de Beneficios, en ciertas condiciones. Dados los elementos de convicción que obran en el expediente, no es posible determinar el tipo de transporte solicitado o eventualmente requerido[90]. Valga recordar que “[e]n principio, el transporte, fuera de los eventos [...] señalados [en la Resolución], correspondería a un servicio que debe ser costeadado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar”[91].

- Crema Marly hidratante – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente todas las lociones y emulsiones hidratantes corporales[92].

- Ensure – la Resolución 5267 de 2017 excluye expresamente los suplementos vitamínicos[93].

- Pañales – la Resolución 5267 excluye todas las toallas higienicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo[94].

(iii) La necesaria intervención del médico tratante para determinar si lo pretendido

en sede de tutela es requerido con necesidad: Los servicios e insumos que aquí se reclaman no cuentan de momento con una verificación de actualidad y relevancia médica que acredite, desde el punto de vista científico, que la señora Ipia requiere con necesidad los insumos y servicios solicitados por el agente oficioso.

76. Motivo de lo anterior, las pretensiones planteadas por el agente oficioso no están llamadas a prosperar. A pesar de esto, considera esta Sala que en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud[95]-, por la calidad de sujeto de especial protección de la señora Ipia en tanto adulta mayor[96] y la falta de evidencia contundente sobre la ausencia de necesidad actual de los servicios solicitados, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud de la agenciada en su faceta diagnóstica. Sobre esto, es importante resaltar que se encuentra probado, según la historia clínica del año 2016, que la paciente sufrió de “FRACTURA DE CADERA IZQUIERDA INTERTROCANTÉRICA SIN SOPORTE POSTEROMEDIAL, HTA EN CONTROL, HIPOACUSIA SENIL, ARTROSIS EN AMBAS CADERAS, OSTEOPOROSIS, ANEMIA SEVERA AGUDA E INSUFICIENCIA RENAL AGUDA AKIN II”. Estas patologías, algunas de ellas progresivas, y la edad de la agenciada, son un indicio de una eventual necesidad en materia de salud, y sustentan la conveniencia de que sea valorada por su médico tratante, de modo que se determine su estado actual de salud y los medicamentos, insumos y/o tecnologías que eventualmente requiera para atender su recuperación.

77. Con fundamento en lo anterior, se ordenará a la EPS Asmet Salud que, a través del médico tratante de la señora Benilda Ipia de Moreno, se valoren sus condiciones de salud y se determine si requiere con necesidad la provisión de: (i) médico domiciliario, (ii) servicio de enfermería domiciliaria, (iii) silla de ruedas; (iv) crema Marly hidratante, (v) Ensure; (vi) pañales y, dependiendo de la modalidad, (vii) transporte para la atención médica. Sobre este último, se destaca que la nueva evaluación de la necesidad de la paciente no debe hacerse en perjuicio de la prestación con la que esta ya cuenta, con cargo a la UPC asignada, y que fue reconocida por Asmet Salud EPS en su respuesta al requerimiento probatorio de esta Sala[97].

F. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

78. En el presente caso, un agente oficioso actuando a nombre de una persona adulta

mayor, solicitó en sede de tutela se ordenara a Asmet Salud EPS prestarle los servicios de transporte, médico domiciliario y enfermería domiciliaria, y suministrarle los insumos de pañales desechables, crema Marly, Ensure y silla de ruedas, esto con el fin de garantizar sus derechos a la vida, la igualdad y la salud.

79. A la Sala Cuarta de Revisión le correspondió determinar si la EPS Asmet Salud vulneró los derechos fundamentales a la vida, la igualdad y la salud de la señora Benildia Ipia de Moreno al no prestarle los servicios, ni suministrar los insumos pretendidos en sede de tutela, teniendo en cuenta que no existía prueba de que fuesen requeridos con necesidad.

80. Para resolver el caso concreto, se analizó en primer lugar el tema de la procedencia, encontrando que la presente acción de tutela reunía los requisitos exigidos por la jurisprudencia. En este análisis resultó especialmente importante la consideración acerca de la subsidiariedad de misma respecto del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, en el que se estableció una regla, así:

En los casos en los que se busque la tutela del derecho a la salud de una persona de avanzada edad, a través de la figura de la agencia oficiosa, el mecanismo jurisdiccional ante la SNS no resulta eficaz, por: (i) las cargas gravosas que impone al agente oficioso, que podría resultar perjudicado económicamente por el trámite; (ii) por la posibilidad de que se dilate una decisión que defina sobre la eventual necesidad de un derecho de carácter fundamental, desconociendo la eficiencia y celeridad que deben tener este tipo de trámites, situación que es especialmente relevante cuando el tutelante es de edad avanzada; (iii) por la posibilidad de que, por la falta de ratificación, el proceso termine sin decisión de fondo respecto de la tutela solicitada; y (iv) por el atraso reconocido por la Superintendencia Nacional de Salud en la audiencia pública del seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), que implica que la duración del trámite jurisdiccional ante dicha entidad puede resultar una carga desproporcionada para una persona de noventa y tres (93) años de edad.

81. En cuanto al fondo del asunto, y como resultado del análisis desarrollado en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

(a) El derecho a la salud es un derecho que comprende los elementos esenciales de

disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional, cuyo respeto y garantía corresponde al Estado. Sus elementos y características fundamentales fueron definidas por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015 y orientan la acción del juez de tutela en su evaluación.

(b) Para la protección del derecho a la salud resulta indispensable demostrar que el accionante requiere con necesidad un servicio, insumo, tratamiento o procedimiento.

(c) El derecho al diagnóstico es un componente del derecho fundamental a la salud, que implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad si un paciente requiere con necesidad servicios, procedimientos, insumos o tecnologías.

82. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluyó que en el presente caso no resultaba procedente ordenar la provisión de lo solicitado por el agente oficioso, pues no estaba acreditada la necesidad frente a los servicios e insumos pretendidos en sede de tutela. De otro lado, y atendiendo las condiciones particulares de salud de la señora Ipia, en especial por su avanzada edad, se evidenció la conveniencia de proteger su derecho a la salud en la faceta de diagnóstico en el sentido de que, previa valoración médica, se determine si en realidad requiere ciertos servicios médicos para restablecer su salud.

83. En consecuencia, la Sala revocará el fallo de tutela del dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017), por medio del cual el Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, negó el amparo solicitado y, en su lugar, tutelaré el derecho fundamental a la salud, en su faceta al diagnóstico, a la señora Benilda Ipia de Moreno.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá, el dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017), que negó el amparo y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora Benilda Ipia de Moreno.

Segundo.- ORDENAR a ASMET SALUD E.P.S. S.A.S. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y programe, para realizarse dentro de los quince (15) días siguientes, una valoración médica de la situación de salud de la señora Benilda Ipiá de Moreno, en la que deberá participar su médico tratante, a fin de determinar los medicamentos, insumos o servicios que requiere para su tratamiento.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela interpuesta el cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

[3] Cuaderno principal, fl. 39

[4] Cfr. Cuaderno principal, fls.13, 18.

[5] Cuaderno principal, fl. 13.

[6] Ibíd.

[7] Cfr. Cuaderno principal, fl.13-20.

[8] Para el momento en que ocurrió el accidente de la señora Ipiá, a finales de 2016, el POS se encontraba aún vigente. En efecto, el parr. 1 del Art. 15 de la Ley 1751/2015 concedió un plazo máximo de dos (2) años al Ministerio de Salud y Protección Social para “desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud”, situación que habría ocurrido con la expedición de la Resolución 330 del 14 de febrero de 2017, por la cual se adoptó dicho procedimiento. Dado que en el presente caso hay hechos anteriores a dicha fecha, pero la interposición de la acción de tutela es posterior al mismo, se utilizará el concepto de POS o Plan de Beneficios de acuerdo a la fecha del tema analizado, y la norma aplicable a cada momento.

[9] Cuaderno principal, fl. 20.

[10] Cuaderno principal, fl. 3.

[11] Cuaderno principal, fl. 27.

[12] La contestación de la tutela se hizo a través de apoderada judicial, facultada para el efecto en poder especial obrante a folio 38 del cuaderno principal.

[13] Cuaderno principal, fls. 33 a 35. Adicionalmente se aportaron la Resolución 1479 del Ministerio de Salud y Protección Social, del seis (6) de mayo de dos mil quince (2015), “Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado”, la Resolución 000974 de la Gobernación del Caquetá, del veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), “Por la cual se establece el procedimiento de la Secretaría de Salud de Caquetá, para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud”, y el concepto del Ministerio de Salud y Protección Social del veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015), respecto del radicado 201542300581742,

sobre pago de transporte ambulatorio no asistencial (Cuaderno principal, fls. 40-47) .

[14] Vinculada al trámite mediante auto del seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juez Tercero Penal Municipal de Florencia, Caquetá. Cuaderno principal, fl. 22.

[15] Cuaderno principal, fl. 49.

[16] Cuaderno principal, fls. 53-56. La sentencia fue notificada el diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) a Asmet Salud y a la Secretaría de Salud del Caquetá (Cuaderno principal, fls. 57-58), mientras que al accionante le fue notificada el veintitrés (23) de octubre del mismo año (Cuaderno principal, fl.59).

[17] Cuaderno principal, fl. 55.

[18] Ibíd.

[19] Ibíd.

[20] Cuaderno principal, fl. 56.

[21] Cuaderno principal, fls. 60-61.

[22] Cuaderno principal, fl. 61.

[23] Cuaderno principal, fl. 62.

[24] Cfr. Cuaderno Corte Constitucional, fl. 29.

[25] Cfr. Cuaderno Corte Constitucional, fls.30-37.

[26] Cfr. Cuaderno Corte Constitucional, fls. 37-38.

[27] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 38.

[28] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 38.

[29] Decreto 2591/91, Art. 37: “Primera instancia. [...] El que interponga la acción de tutela

deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio [...]”.

[30] Ver, sentencia T-1014/99. Al respecto, sobre las consecuencias nocivas del falso juramento para la administración de justicia, manifestó “El juez, al tomar una decisión en un caso determinado, parte de la premisa de que no existe otro proceso en el que se esté resolviendo simultáneamente el mismo caso. Si el juramento del accionante es falso, ello tiene diversos efectos que perjudican tanto al demandado, como a la administración de justicia. La primera de ellas es que se juzga dos veces un mismo hecho. Esto, de por sí, independientemente de cuáles sean los resultados de los fallos, lesiona indebidamente los derechos del accionado y atenta contra el principio de economía procesal que debe regir la administración de justicia. La segunda consecuencia es que los fallos pueden ser contradictorios, y por lo tanto, imposibles de cumplir. Esto contradice el principio de eficacia. Por ello, cuando el accionante incumple su responsabilidad de manifestarle al juez que previamente ha interpuesto una acción de tutela por los mismos hechos, la respuesta de éste debe ser la de rechazarlas o denegarlas. Con todo, el Decreto 2591 establece una excepción. Se requiere que exista un motivo justificado.”

[31] Ver Sentencia T - 919/03.

[33] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 26.

[34] Ver sentencia T-044 de 1996.

[35] Sentencia T- 218/17

[36] Cfr. Cuaderno principal, fl. 1.

[37] Cfr. Cuaderno principal, fl. 9.

[38] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 28

[39] Ibíd.

[40] Ibíd.

[41] Cfr. Cuaderno Corte Constitucional, fl. 28.

[42] Superintendencia Nacional de Salud, Resolución No. 000127 del 24 de enero de 2018, ordinal primero.

[43] Cuaderno Corte Constitucional, fls. 29 y 37.

[44] Ver, entre otras, sentencias T-119/15, T-250/15, T-446/15, T-548/15, T-317/15, T-260/18.

[45] Decreto 2591/91, art.8: “La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. || En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...)”

[46] Ver, sentencia T-603/15.

[47] Ibíd.

[48] Frente a esta norma, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-119/08 encontrando que la creación de un mecanismo de esta naturaleza y su puesta en funcionamiento “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”, por lo que resultaba compatible con la Constitución.

[49] Ley 1122/07, artículo 41, lit. a).

[50] L.1438/2011, Art. 126, lit. e).

[51] Ver, sentencia T-603/2015. Al respecto, estableció la Corte que: “(...) En armonía con lo expuesto, en esta oportunidad se reitera el criterio de la Corte sobre la prevalencia de la vía judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Salud expuesto en la sentencia C-119 de 2008, en atención a: i) los principios que irradian el trámite: celeridad, eficacia,

economía y prevalencia del derecho sustancial; ii) la sencillez del proceso, que exige una petición que cuente con unas indicaciones mínimas respecto a la identidad del accionante y la afectación del derecho, de acuerdo con las competencias que se le asignaron a la referida superintendencia; iii) las vías a través de las que se ejerce la acción: por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito; iv) la especialidad de los jueces, v) la celeridad del trámite y vi) la promoción y difusión del mecanismo como vía principal de solución de los conflictos suscitados en torno a la prestación del servicio de salud. Dichos elementos, en conjunto, develan un mecanismo ordinario, adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que puedan resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios de salud”.

[52] Un ejemplo de ello puede encontrarse en las sentencias T-707/15 y T-495/17.

[53] Ver, sentencia T-673/17.

[54] Ley 1122/07, Art. 41: “FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: || a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; [...]”

[55] Ley 1438/11, Art. 126: “FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: [...]”

e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo [...]”

[56] Conviene aclarar que a pesar de que el parr. 1 del Art. 41 de la Ley 1122/07 establece que “[l]a Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte”, lo que indicaría que es el titular del derecho a la salud, como usuario del SGSSS, el único que debería iniciar y tramitar dicho proceso de naturaleza jurisdiccional, lo

cierto es que la exclusividad de trámite a petición de parte no excluye la aplicabilidad de la agencia oficiosa, como lo atestiguan los artículos 8 y 57 del CGP, en los que se establece la regla general de inicio e impulso de los procesos a petición de parte, y la posibilidad de la agencia oficiosa, respectivamente.

[57] Cuaderno principal, fl. 3.

[58] Ver Sentencia T - 430/17.

[59] Ver Sentencia T - 414/16.

[60] Ver Sentencia SU - 288/16.

[61] Ver Sentencia SU - 173/15.

[62] Ver Sentencia T - 452/01.

[63] Ver Sentencia SU - 173/15.

[64] Ver Sentencia T - 244/15.

[65] Ver sentencias, entre otras, T - 531/02, T - 109/11, T - 004/13.

[66] Ver sentencias T - 044/96 y T - 898/14.

[67] Ver sentencias, entre otras, T - 531/02, T - 109/11, T - 444/12, T - 004/13, T - 214/14, SU - 573/15.

[68] Sobre el tema de la ratificación en sede de revisión, la Corte no ha tenido una posición uniforme. Es así como en la Sentencia T - 088/99, se señaló que la ratificación en sede de revisión no procedía, en otras sentencias como la T-416/17 se admitió la ratificación en sede de revisión.

[69] Ver Sentencia T - 416/17.

[70] Ver Sentencia T - 203/18.

[71] Ver Sentencia T - 406/17.

[72] En este mismo sentido ver, entre otras, sentencias T - 121/15, T - 062/17, T - 357/17, T - 092/18, T - 171/18.

[73] Ley 1751/15, Art. 2.

[74] Sobre esto, es importante traer a colación lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 1122/07 que establece, entre otras cosas, que corresponde a las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen, cumplir con el aseguramiento en salud de sus usuarios, el cual comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice su acceso efectivo y la garantía de la calidad en la prestación del servicio.

[75] En este punto, conviene recordar lo dicho por la Ley 100/93, en su art. 157, que señala que todos los colombianos participarán del servicio esencial de salud, unos a través del régimen contributivo, otros a través del subsidiado y otros, en forma temporal como participantes vinculados.

[77] Sentencia T-760/08.

[78] Al respecto, la sentencia T-345/13 señaló: “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico” (subrayas fuera del texto original).

[79] Las exclusiones deben relacionarse con criterios como “a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; || b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; || c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; || d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; || e) Que se encuentren en fase de experimentación; || f) Que tengan que ser prestados en el exterior” (Ley 1751/15, Art. 15).

[80] Ver sentencia T - 887/12. Sobre lo anterior, “[l]a Corporación [...] ha manifestado que a pesar que en el expediente no obre prueba de la prescripción médica, pero existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, la Corte [...] en aras de salvaguardar el derecho al diagnóstico, ha ordenado una valoración del paciente por parte del equipo médico de la entidad accionada” (Ver, entre otras, sentencias T - 887/12, T - 298/13, T - 904/2014, T - 940/14, T - 045/15, T - 132/16 y T - 020/17). También resulta importante recordar que la exigencia de un diagnóstico médico “impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la lex artis que rige el ejercicio de la medicina” (sentencia T-036/17, recordando lo dicho en la sentencia T-904/14).

[81] Ver, sentencia T-1181 de 2003, reiterada por la sentencia T-027 de 2015.

[82] Sentencia T-241/09. Ver también, sentencias T-036/17, T-100/16, T-725/07, T-717/09, T-047/10, T-050/10 y T-020/13.

[83] Cuaderno principal, fl. 19.

[84] *Ibíd.*

[85] Por ejemplo, el Ensure, un suplemento alimenticio solicitado en el escrito de tutela, tiene un antecedente en la historia clínica, pues el 26/11/16 el médico general Jorge Aurelio Bernal consignó la solicitud de “SUPLEMENTO NUTRICIONAL LÍQUIDO COMPLETO” en cantidad de 15 latas de 8 onzas para ser suministradas durante 5 días, como “MEDICAMENTO NO POS”. A pesar de esto, respecto del mismo no existe evidencia de que se hubiera

ordenado para un periodo mayor o se hubiera estipulado su uso permanente (Cuaderno principal, fl. 20). De igual forma, se evidencia que la agenciada fue remitida a Unidad de Cuidados Intensivos para adultos, el día 26 de noviembre de 2016 en ambulancia medicalizada, el cual se hizo efectivo el día 27 de noviembre según consta en el historial médico a nombre de la agenciada aportado por la EPS en sede de revisión.

[86] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 38 (reverso).

[87] Para el momento en que ocurrió el accidente de la señora Ipiá, a finales de 2016, el POS se encontraba aún vigente. En efecto, el parr. 1 del Art. 15 de la Ley 1751/2015 concedió un plazo máximo de dos (2) años al Ministerio de Salud y Protección Social para “desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud”, situación que habría ocurrido con la expedición de la Resolución 330 del 14 de febrero de 2017, por la cual se adoptó dicho procedimiento. Por lo anterior, en el análisis actual respecto de las necesidades de salud de la agenciada, la norma a aplicar es el Plan de Beneficios dispuesto en la Ley 1751/2015, a pesar de que inicialmente hubiese sido valorada a la luz del entonces vigente Plan Obligatorio de Salud.

[88] Ministerio de Salud, Res 5269/17, Art. 59, parr. 2: “No se financian con recursos de la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos”.

[89] Ministerio de Salud, Res. 5269/17, Art. 26: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud”.

[90] Para realizar el presente análisis, consultar los Arts. 120 y 121 de la Res. 5269/17. Adicionalmente, tener en cuenta lo dicho en la sentencia T-032/2018, en la que, además de lo dispuesto en la Resolución, se establece para la procedencia de órdenes de transporte de pacientes que debe acreditarse que: “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”, retomando lo dicho en sentencias T-597/01, T-223/05, T-206/08, T-745/09, T-365/09, T-437/10, T-587/10, T-022/11, T-322/12, T-154/14, T-062/17, T-260/17, T-365/17 y T-495/17.

[91] Sentencia T-032/18.

[92] Ministerio de Salud, Res. 5267/17, Anexo Técnico, num. 26 “LOCIÓN HIDRATANTE CORPORAL”.

[93] Ministerio de Salud, Res. 5269/17, Art. 54, párrafo: “No se financian con recursos de la UPC las nutriciones enterales u otros productos como suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos para nutrición, edulcorantes o sustitutos de la sal y cualquier otro diferente a lo dispuesto en el presente artículo”.

[94] Ministerio de Salud, Res. 5267/17, Anexo Técnico, num. 42 “TOALLAS HIGIENICAS, PAÑITOS HÚMEDOS, PAPEL HIGIENICO E INSUMOS DE ASEO”.

[95] Ver, Ley 1751/15, Art. 6, lits. c y j.

[96] Ver, Ley 1751/15, Art. 11.

[97] Cuaderno Corte Constitucional, fl. 38 (reverso).