

Sentencia T-064/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y PROTECCION POR MEDIO DE LA ACCION DE TUTELA

PRESTACION DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS/RECOBRO ANTE EL FOSYGA-Requisitos/RECOBRO ANTE ENTIDADES TERRITORIALES

PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE UNA ENFERMEDAD HACE PARTE DEL DERECHO A LA SALUD

INCAPACIDAD LABORAL Y ALLANAMIENTO A LA MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento del actor durante el trámite de la acción de tutela

DEBER DE GARANTIZAR EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD LIBRE DE TRAMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ENGORROSOS E INNECESARIOS

Referencia: expedientes T-3082042, T-3086360, T-3087558, T-3089978, T-3094669, T-3095101 y T-3096446.

Acciones de tutela instauradas separadamente por LEIDY PAOLA ROJAS RIAÑO contra Solsalud EPS., OSIRIS JUDITH YANES ROMERO contra Secretaría de Salud Municipal de Soledad, RITA DEL SOCORRO HIGGINS DE LA HOZ contra EPS Sura, CARLOS ALBERTO PICO DULCEY contra Humana Vivir EPS, RUSBERTH ALBERTO NARANJO CORTES contra Servicio Occidental de Salud S.O.S EPS, JUAN CARLOS GUERRERO SASTOQUE contra Humana Vivir EPS y ELVIRA BUITRAGO DE GARCÍA contra Secretaría Distrital de Salud y otro.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel

Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por (i) el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, de fecha 29 de abril de 2011 proferido en única instancia; (ii) el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, Atlántico, de fecha 25 de abril de 2011 proferido en única instancia; (iii) el Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla, de fecha 26 de abril de 2010 proferido en única instancia; (iv) el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga, de fecha 09 de febrero de 2011, proferido en primera instancia, revocado por el Juzgado Sexto penal del Circuito de Bucaramanga el 07 de abril de 2011 en segunda instancia; (v) el Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, de fecha 09 de mayo de 2011 proferido en única instancia; (vi) el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, de fecha 03 de mayo de 2011, proferido en única instancia; y (vii) el Juzgado Cuarenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, de fecha 25 de abril de 2011, proferido en única instancia, providencias que negaron la tutela de los derechos invocados por los accionantes.

### I. Expediente T-3082042

#### 1. Antecedentes

El día 07 de abril de 2011 la señora Leidy Paola Rojas Riaño interpuso acción de tutela, obrando en representación de su cónyuge Fredy Orlando Cely Chocontá, contra Solsalud EPS, solicitando que dicha entidad le autorizara ciertos servicios en defensa de los derechos de su cónyuge a la salud, a la vida, a la integridad física, a la igualdad y a la dignidad humana. La acción de tutela se fundamentó en los siguientes

#### 1.1 Hechos

1.1.1. El día 28 de febrero del año en curso el señor Cely fue llevado por urgencias al Hospital de Suba y desde esa fecha se encuentra en dicha institución con un diagnóstico de distrofia muscular y falla ventilatoria.

1.1.2. El Hospital de Suba envió a Solsalud EPS una solicitud en la que se pedía un ventilador mecánico para el paciente con el fin de poder proceder con la hospitalización domiciliaria.

1.1.3. La EPS accionada no dio respuesta alguna y tampoco envió a ningún especialista para que evaluara al paciente.

1.1.4. Por estas razones, lo que solicita la accionante es que Solsalud EPS envíe un especialista que pueda evaluar el estado de salud del señor Cely al Hospital de Suba y que autorice y le proporcione un ventilador mecánico domiciliario para que éste pueda ser hospitalizado en su lugar de vivienda. Solicita además que se ordene que los controles médicos y las terapias se lleven a cabo en su vivienda ya que por su enfermedad es muy difícil y riesgoso transportar a su cónyuge.

1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

1.2.1. Fotocopia de la Cédula de ciudadanía del señor Fredy Orlando Cely Chocontá en la que consta que tiene 28 años de edad.

1.2.2. Fotocopia de su carné de afiliación a Solsalud EPS en el régimen subsidiado.

1.2.4. Fotocopia de la solicitud de servicios a la EPS accionada para que suministrara el ventilador mecánico domiciliario que el señor Cely requiere para mantenerse estable.

1.3. Intervención de la Secretaría de Salud de Bogotá

La Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud intervino en el presente proceso y se pronunció de la siguiente manera:

En primer lugar indicó que el señor Cely se encuentra afiliado a Solsalud EPSS en el régimen subsidiado nivel 3. Afirmó que se trata de un paciente con diagnóstico de distrofia muscular y falla ventilatoria por lo que la profesional de cuidado crítico ordenó el suministro de dispositivo BPAP en casa. Indicó que el mencionado dispositivo es un elemento que se encuentra por fuera del POSS y por ende debe correr por cuenta de la Secretaría Distrital de Salud, previa autorización del Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS tratante. Frente a lo relacionado con la atención domiciliaria, indicó que debe acudir a Solsalud EPSS para que el médico tratante determine la necesidad de la misma.

Por otra parte, se determinó que el señor Cely cancela una cuota de recuperación del 30% de acuerdo a su nivel 3.

#### 1.4 Intervención de la Superintendencia de Salud

Esta entidad rindió concepto frente al presente caso indicando que el dispositivo BPAP no hace parte de los elementos contemplados en el POSS, de manera que éste debe ser cubierto por la respectiva entidad territorial en el caso de pacientes que pertenezcan al régimen subsidiado, o, en el caso en el que el paciente haya tenido que recurrir a la acción de tutela, la EPSS tendrá que cubrir el 50% del costo y la entidad territorial el 50% restante.

#### 1.5. Contestación de la Accionada

Solsalud EPSS procedió a dar respuesta a la acción de tutela manifestando que el señor Fredy Orlando Cely Chocontá se encuentra inscrito en el régimen subsidiado nivel 3 del Sisben a través de Solsalud EPSS y está siendo atendido en el Hospital de Suba. Indicó además que dicho paciente requiere de un BPAP y de atención domiciliaria, servicios que no se encuentran incluidos en el POSS y que por ende deben ser cubiertos en su totalidad por la Secretaría Distrital de Salud.

Manifestó además que los contratos suscritos entre el FFDS/SDS y las EPSS del régimen subsidiado, contienen un anexo técnico donde se establece que las EPSS deben remitir directamente a las ESES a los pacientes que requieran de servicios NO POSS sin trámite alguno ni autorización previa por parte de la entidad territorial (FFDS/SDS). Por otra parte, los elementos NO POSS de pacientes atendidos en las ESE de la red pública e IPS con contrato vigente con la Secretaría Distrital de Salud se tramitan mediante justificación del médico tratante ante el Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS o ESE.

Por otra parte, manifestó que Solsalud EPSS no ha negado la prestación de servicios POS al usuario y que no hay radicaciones de solicitudes de servicios NO POSS para remisión a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. Sin embargo, indicó que recibida la notificación de la presente acción de tutela procedió a enviar a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá un escrito solicitando que se le suministre al señor Cely el BPAP y se le de manejo en unidad de cuidados crónicos ambulatoriamente.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de única instancia

Indicó que en relación con el derecho a la salud, éste puede ser objeto de protección constitucional cuando se encuentre en estrecha relación con derechos fundamentales como el derecho a la vida y puede ser protegido por vía de tutela.

Señaló que el objetivo principal del régimen subsidiado es lograr la mayor cobertura posible, por lo que se ha previsto un conjunto de exclusiones tanto de medicamentos como de servicios de salud, en todo caso estos elementos excluidos pueden concederse sólo si se cumplen ciertos requisitos. En el presente caso, se consideró que el paciente no cumplía con los requisitos por cuanto no existía orden del médico tratante y no estaba probada la incapacidad económica. Por estas razones se negó la tutela solicitada.

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Durante el trámite de revisión el despacho solicitó a Solsalud EPS, informar si había hecho entrega del ventilador mecánico y de la atención de hospitalización domiciliaria al señor Fredy Orlando Cely. En caso de no haberlo hecho se pidió que informara las razones por las cuales se habían negado dichos servicios.

Al respecto, la entidad demandada manifestó que los servicios que el accionante requiere no están contemplados en el POS, razón por la cual no se encuentra obligada a suministrarlos.

Por otra parte, se solicitó a la señora Leidy Paola Rojas aportar al expediente la fotocopia de las tres últimas colillas de pago y los extractos bancarios de los últimos tres meses, tanto de ella como de su cónyuge.

Frente a esta solicitud no se obtuvo respuesta.

## II. Expediente T 3086360

### 1. ANTECEDENTES

La señora Osiris Judith Yanes Romero interpuso acción de tutela a través de apoderado judicial contra la Secretaría de Salud de Soledad, Atlántico, solicitando que se le autorizara la

práctica de una mamoplastia de reducción. Se instauró la tutela con el fin de proteger los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

## 1.1. Hechos

1.1.1. La señora Yanes se encuentra afiliada al régimen subsidiado en el nivel 1 del Sisben y ha venido padeciendo fuertes dolores de espalda desde hace tiempo.

1.1.2. Por lo anterior, solicitó una cita en la ESE Hospital Niño Jesús de Barranquilla para que se estableciera el origen de su dolencia. Allí el ortopedista le indicó que no tiene daños en la columna y lo que le sucede es que tiene una hipertrofia mamaria gigantomastia causada por el peso de su busto.

1.1.3. Posteriormente fue valorada por el cirujano quien sugirió la práctica de una mamoplastia de reducción, de manera que la accionante inició los trámites para solicitar la intervención quirúrgica.

1.1.4. Sin embargo, la entidad demandada le negó la autorización del procedimiento por considerar que no se trata de un procedimiento por cuestiones de salud sino de un procedimiento estético.

1.1.5. Aduce la accionante que esta negativa ha desmejorado notablemente su calidad de vida por cuanto los dolores son insoportables y en ocasiones ni siquiera puede levantarse a trabajar, por lo que ha tenido que volver a depender de sus padres pese a estar acostumbrada a ser una persona productiva.

## 1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

1.2.1. Fotocopia de la historia clínica de la accionante en la que se indica que los dolores que padece la señora se producen por el peso que tienen sus senos y se recomienda una mamoplastia de reducción.

1.2.2. Fotocopia de la solicitud de programación quirúrgica para practicar la mamoplastia de reducción en el Hospital Niño Jesús de Barranquilla.

1.2.3. Fotocopia del registro individual de atención de urgencias a donde acudió por un dolor

dorsal intenso que viene junto con la copia de la remisión al departamento de ortopedia.

1.2.4. Fotocopia del resultado arrojado tras la práctica de un examen de rayos x en la columna, en la que se establece que ésta se encuentra dentro de los límites de lo normal.

1.2.5. Fotocopia del carné que certifica que la accionante pertenece al nivel 1 del Sisben.

1.2.6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante en la que consta que tiene 33 años de edad.

### 1.3. Contestación de la Accionada

Mediante escrito del 15 de abril de 2011 la Secretaría Local de Salud de Soledad, Atlántico procedió a contestar la acción de tutela. Se indicó allí que a la Secretaría Local de Salud no le corresponde prestar el servicio solicitado por la accionante teniendo en cuenta que, según el Acuerdo 008 de 2010 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el que se define el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, la patología que presenta la accionante es una patología de alta complejidad y costo.

Por otra parte, consideró la accionada que la peticionaria debía acudir en primera instancia a MutualSer EPSS y solicitar allí el tratamiento, si ésta lo negaba tendría que asumirlo la Secretaría Departamental de Salud; además, mientras que la ESE Hospital Niño Jesús de Barranquilla es de segundo nivel de complejidad, la Secretaría de Salud es de primer nivel, por lo que la más idónea para la prestación del servicio es la primera.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

### Sentencia de Única Instancia

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, Atlántico, consideró en primera instancia, mediante providencia del 25 de abril de 2011, que en lo que tiene que ver con el derecho a la vida, la persona debe ser considerada como un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y psíquico, de manera que la persona debe desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

Sin embargo, se adujo que de las pruebas aportadas al expediente no aparecía ninguna que demostrara que a la accionante le fue negado el servicio, de hecho no obra ninguna orden de negación de servicios. De esta manera, se negó la acción de tutela argumentando además que la actora no manifestó a que EPSS pertenecía ni si le solicitó a ésta que cubriera la cirugía.

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Durante el trámite de revisión del presente expediente, el despacho ordenó a la Secretaría Municipal de Salud de Soledad, Atlántico, informar si la cirugía denominada “mamoplastia” de reducción le fue autorizada y practicada a la señora Osiris Yanes, o, de no haberlo hecho, explicar las razones que llevaron a dicha decisión.

A lo anterior, la entidad respondió que allí solo se atendía el primer nivel de complejidad, de manera que la realización del procedimiento requerido le correspondía a la EPS de la accionante, que en este caso es Selvasalud S.A. EPS, y que sólo le correspondería a la Secretaría de Salud si el motivo de consulta no está relacionado con la patología de base, pero sería a la Secretaría Departamental y no a la Municipal. Anexó el formato de negación de servicios por parte de la EPS accionada.

## III. Expediente T 3087558

### 1. ANTECEDENTES

El día 05 de abril de 2011 la señora Rita Higgins de la Hoz interpuso acción de tutela en representación de su padre el señor Fausto Eduardo Higgins Molina, contra EPS Sura, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad física y a la especial protección a la tercera edad.

#### 1.1 Hechos

1.1.1. El señor Fausto Higgins tiene 84 años de edad y se encuentra afiliado a la EPS Sura desde hace varios años.

1.1.2. Uno de los médicos generales de la mencionada EPS le recetó un medicamento para el tratamiento de la diabetes denominado Humulin, pero el suministro del mismo no produjo

mejorías en la salud del paciente sino que lo deterioró aún más.

1.1.3. Tras la ocurrencia de lo anterior, la accionante y su padre acudieron a un especialista particular quien les recomendó que solicitaran ante el Comité Técnico Científico de la EPS accionada la autorización del medicamento Humulin 70/30.

1.1.4. El 28 de octubre de 2010 se elevó la solicitud al Comité Técnico Científica, solicitud que fue negada por parte de la EPS, argumentando que el medicamento solicitado se encuentra por fuera del POS.

1.1.5. Durante el tiempo en que se a intentado tramitar la solicitud con el fin de que sea aprobada, la accionante y su padre han tenido que comprar el medicamento por su cuenta con el fin de evitar que el estado del señor Higgins se vea comprometido.

1.1.6. Teniendo en cuenta lo anterior, la accionante solicita que se le autoricen y entreguen los medicamentos que su padre necesita ya que ellos no cuentan con la capacidad económica para seguirlos sufragando por su cuenta.

1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

1.2.2. Respuesta emitida por la entidad accionada el día 09 de noviembre de 2010, en la que se indica que la EPS no puede suministrar el medicamento solicitado por cuanto éste se encuentra por fuera del POS. Sin embargo, se informa allí que el medicamento puede ser solicitado al Comité Técnico Científico por parte del médico tratante adscrito a la EPS.

1.2.3. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

1.2.4. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Fausto Higgins Molina en la consta que tiene 84 años de edad.

1.3. Contestación de la Accionada

Indicó la accionada que efectivamente el señor Higgins Molina se encontraba afiliado a Sura EPS en calidad de beneficiario de la accionante, es decir, en el régimen contributivo. Manifestó además que el paciente tiene diagnóstico de diabetes mellitus por lo que la accionada le ha prestado todos los servicios que ha requerido, sin que se haya negado a

prestarle ningún tipo de servicio ya que, por el contrario, se le está suministrando el medicamento Humulin Insulina NPH.

Por otra parte, manifestó que la afirmación que hace la accionante en cuanto a que dicho medicamento ha causado efectos adversos en la salud de su padre, es una simple afirmación que no ha podido corroborarse máxime cuando el señor Higgins no ha tomado el medicamento que le fue recetado por su médico tratante. Por el contrario, ha tomado otro medicamento, Humulin 70/30 Insulina Zinc Cristalina, que no ha sido recetado por el médico tratante y por lo que no puede ser autorizado mientras no cumpla con dicho requisito.

De esta manera, considera la entidad accionada que para que pueda autorizarse un medicamento que se encuentra por fuera del POS, es necesario que éste sea solicitado ante el Comité Técnico Científico por parte del médico tratante adscrito a la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente, cosa que en este caso no ha tenido lugar. Lo anterior además debe realizarse antes de acudir a la acción de tutela.

Por último, se afirma que con el fin de que el paciente sea valorado por un especialista adscrito a la red y para determinar la necesidad del medicamento que solicita y así poderlo solicitar ante el CTC, se le programó una valoración con el doctor Javier Rueda para el día 20 de abril del año 2011.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de única instancia

El Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla consideró que, si bien la acción de tutela es el mecanismo adecuado para proteger los derechos fundamentales de los habitantes del territorio nacional y que el derecho a la salud es uno de ellos, más aún cuando se trate de personas de la tercera edad, en el presente evento no es posible afirmar que la EPS accionada haya vulnerado los derechos del señor Higgins.

Lo anterior por cuanto, se encuentra probado en el expediente que la accionada ha suministrado todos los medicamentos y servicios que el paciente ha necesitado, salvo aquél que pidió por orden de un especialista que no se encuentra adscrito a la red de Sura EPS,

orden que no obliga a la anterior a suministrar el medicamento solicitado. Es cierto que para pedir insumos que se encuentran por fuera del POS, éstos deben haber sido ordenados por el médico tratante adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente.

Por último, antes de acudir a la acción de tutela, la accionante debió solicitarle al médico tratante de su padre que le colaborara con el formato que hay que presentar ante el Comité Técnico Científico para solicitar un medicamento que se encuentra por fuera del POS. Por todo lo anterior, el juzgado decidió negar la tutela invocada por la accionante.

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Durante el término de revisión del expediente el despacho ordenó a Sura EPS en la ciudad de Barranquilla informar si al accionante se le está autorizando y entregando el medicamento Humulin 70/30 y de no estarse haciendo, informar las respectivas razones.

Al respecto, Sura EPS indicó que el señor Fausto Higgins Molina se encuentra afiliado a la entidad en calidad de beneficiario de la señora Rita del Socorro Higgins y presenta diagnóstico de Diabetes Mellitas. Manifestó además que, a la fecha, Sura EPS no está suministrándole al paciente el medicamento solicitado teniendo en cuenta que éste no ha sido ordenado por ningún médico adscrito a su red de servicios, no se encuentra dentro de los medicamentos contemplados en el POS y no ha sido solicitado por los accionantes ante el Comité Técnico Científico. Por último, se anexa copia de todas las autorizaciones que se le han concedido al paciente para controlar su enfermedad.

Por otra parte, se le solicitó a la accionante aportar las tres últimas colillas de pago, los tres últimos extractos bancarios tanto de ella como de su cónyuge y la prueba de que el mencionado medicamento había sido ordenado por el médico tratante.

Al respecto no se obtuvo ninguna respuesta.

## IV. Expediente T 3089978

### 1. Antecedentes

El señor Carlos Alberto Pico Dulcey interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS, por considerar que sus derechos a la vida y a la salud están siendo vulnerados por cuanto la

accionada se ha negado a autorizarle la cirugía denominada BARIATRICA (BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA). La acción de tutela se interpuso con base en los siguientes

## 1.1 Hechos

1.1.1. El accionante tiene 22 años de edad y es beneficiario de la señora Nelly Dulcey en el régimen contributivo, afiliado a Humana Vivir EPS.

1.1.2. El paciente ha presentado deterioro en su salud debido a la enfermedad que padece cuyo diagnóstico es OBESIDAD GRADO II, SAHOS SEVERO, HTA e HÍGADO GRASO, enfermedades que le han generado limitaciones en su desplazamiento por el dolor intenso que padecen sus rodillas, problemas de insomnio, úlcera gástrica severa y hernia hiatal tipo I.

1.1.3. El accionante ha recibido tratamiento permanente pero las complicaciones se han hecho cada vez mayores, de manera que el médico tratante determinó que la última opción para mejorar su calidad de vida era la cirugía bariátrica.

1.1.4. La acción de tutela tiene como finalidad que la mencionada cirugía sea autorizada y llevada a cabo lo más pronto posible por parte de Humana Vivir EPS, por ser la única alternativa efectiva para tratar la salud del paciente, incluyendo además los medicamentos, exámenes, terapias y procedimientos relacionados con la mencionada cirugía.

## 1.2 Documentos que obran en el expediente

1.2.1. Fotocopia de la historia clínica del accionante firmada por el doctor Rafael Castellanos, en la que se establece que el paciente sufre de obesidad desde la edad de 14 años y con antecedentes de la misma tanto en su madre como en su hermana. Refiere que el paciente sufre de ansiedad por la comida, lo que lo ha llevado a su peso actual de 179,5 Kg que además le produce fuertes dolores en las rodillas. Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita ecografía del hígado, examen psiquiátrico y del sueño, toma de medicamentos y exámenes de laboratorio.

Dos meses después se determinó que el paciente tiene obesidad grado II, insomnio severo, hígado graso e hipotiroidismo, por lo que se remitió a valoración por parte del cirujano con el fin de ordenar una posible cirugía bariátrica, bypass gástrico por laparotomía.

1.2.2. Fotocopia de la valoración realizada por el cirujano en la que se indicó que se trataba de un paciente con diagnóstico de obesidad desde la adolescencia que ha sido manejada con dieta de la que no se han logrado obtener mayores resultados. Se recomendó plan de ejercicios diarios preferiblemente en agua y suspensión definitiva de bebidas alcohólicas para nueva valoración en 6 meses. Se indicó además que el paciente presentaba gastritis eritematosa antral, úlcera gástrica prepilórica, duodenitis erosiva y hernia hiatal tipo I. El 14 de octubre de 2010 se les explicó al paciente y a su madre que la mejor solución era la cirugía y se tramitó consentimiento informado.

1.2.3. Orden del médico tratante para valoración por cirugía con el fin de realizar bypass gástrico por laparotomía.

1.2.4. Solicitud de autorización para bypass gástrico por laparotomía al Comité Técnico Científico.

1.2.5. Fotocopia del formato referente al consentimiento informado suscrito por el accionante.

1.2.6. Fotocopia de valoración psiquiátrica realizada al accionante en la que se establece que se trata de una persona que no logra concientizarse frente a las porciones de comida que ingiere, que padece de insomnio y que requiere de tratamiento médico para controlar su peso.

Requiere estudio para titulación de C-PAP.”

1.2.8. Fotocopia de los resultados de los exámenes gástricos que se le practicaron en la que consta que efectivamente el paciente tiene diversas alteraciones estomacales tales como gastritis, úlcera, hernia hiatal, entre otras.

1.2.9. Formato de negación de servicios en el que se niega la autorización de la cirugía bariátrica solicitada, por considerar que no se han agotado otras posibilidades técnicas y científicas contenidas en el POS y porque no existe un riesgo inminente para la vida o para la salud del paciente.

1.2.10. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante en la que consta que tiene 23 años de edad.

1.2.11. Fotocopia del carné de afiliación a Humana Vivir EPS en la que consta que está afiliado como beneficiario en el régimen contributivo.

### 1.3. Contestación de Humana Vivir EPS

La entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela presentada por el accionante, indicando que el procedimiento solicitado era un procedimiento que se encontraba por fuera del POS por lo que para su autorización se requería que se cumplieran una serie de requisitos. En el presente caso, el Comité Técnico Científico consideró que éstos no se cumplían en su totalidad por cuanto aún no se habían descartado todas las posibilidades técnicas y científicas que se pueden intentar para mejorar la patología del paciente.

Manifestó además que la cirugía solicitada se concede única y exclusivamente ante casos de extrema gravedad teniendo en cuenta que no solo es un procedimiento que está por fuera del POS, sino que además es un procedimiento de altísimo riesgo que puede generar múltiples complicaciones posteriores.

Más adelante se procede a explicar en qué consiste la cirugía conocida como bypass gástrico por laparotomía, indicando además que no se trata de un tratamiento ni urgente ni vital, sino que sirve para estar acorde a las condiciones que actualmente impone la moda. Se afirma allí que antes de proceder con una operación de este tipo, es importante que el paciente sea sometido a un tratamiento multidisciplinario que en este caso aún no se ha presentado; debe tratarse de un trabajo en equipo coordinado por un médico nutricionista, un experto físico, un endocrinólogo y un psiquiatra que deben trabajar de manera conjunta con el paciente con el fin de que éste logre perder peso con metas claras y en el tiempo determinado. En el caso concreto este trabajo interdisciplinario no se ha llevado a cabo, de manera que aún no se conoce si funcionaría con el paciente o no y solo en el caso de que ello no ocurra puede pensarse en la cirugía.

Por lo anterior, se consideró que la acción de tutela era improcedente y que antes de autorizar la cirugía el paciente debía haber intentado realmente todas las demás opciones médicas contempladas en este tipo de casos.

## 2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

## 2.1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, en sentencia proferida el 09 de febrero del año 2011, consideró que el derecho a la salud es un derecho fundamental que no puede desconocerse y que toda persona tiene derecho a recibir la atención integral que requiera para el mejoramiento de sus condiciones de vida; así mismo, consideró que el derecho a la seguridad social también es un derecho fundamental que debe garantizársele a todos los habitantes del territorio nacional.

Indicó que en el caso concreto, se estaba frente a una persona mayor de edad que al igual que su madre había tenido la oportunidad de conocer y entender el procedimiento que le había sido recomendado por sus médicos tratantes, que había leído y firmado el formato de consentimiento informado y que por ende la EPS accionada no podía pretender negarle la cirugía por considerar que se trataba de un procedimiento peligroso, cuando quien debe someterse al mismo ya lo había aceptado y había comprendido sus riesgos.

De esta manera, consideró el a quo que además de que el paciente era conciente de los riesgos que conlleva la cirugía, éste los aceptó con el fin de mejorar su calidad de vida y alivianar las múltiples dolencias que lo aquejaban a causa de su obesidad. Por estas razones el juez de primera instancia concedió la tutela y ordenó que en el término de 48 horas se procediera a ordenar la cirugía y a realizarla, cubriendo además todo lo que ésta implicara. Por último, se autorizó a la entidad demandada a recobrar el 100% de los costos que generara el procedimiento ordenado ante el Fosyga.

## 2.2. Impugnación

Humana Vivir EPS impugnó el fallo de primera instancia por considerar que si el procedimiento no fue autorizado por el Comité Técnico Científico fue porque no se cumplía con el protocolo médico exigido para dicha cirugía, y se repitieron todos y cada uno de los argumentos que fueron expuestos en sede de la contestación de la acción de tutela, para concluir que en este caso el procedimiento solicitado no podía ser autorizado.

Por otra parte, Humana Vivir anexó un nuevo escrito en el que afirmó que dada la edad del

accionante, para continuar afiliado como beneficiario de su madre debía demostrar que se encontraba estudiando. De esta manera, el accionante aportó a la EPS un certificado de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Bucaramanga en el que se establecía que el mismo era estudiante de ingeniería. Sin embargo, cuando la EPS procedió a verificar dicha información se encontró con que la misma era falsa por cuanto el accionante estudió allí en el año 2009 pero en el 2010 no se matriculó. Se anexó fotocopia de la denuncia penal que se realizó a causa de los hechos anteriores.

### 2.3. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga profirió sentencia de segunda instancia el 30 de marzo de 2011. Se consideró allí que si bien el derecho a la salud es un derecho fundamental, en el presente evento el accionante tiene suspendida su afiliación al sistema de seguridad social en salud por cuanto no ha probado su calidad de estudiante por lo que no puede estar vinculado como beneficiario de su madre dada su edad. En este sentido, y al no estar vinculado a la EPS accionada, no posee las facultades para interponer acciones de tutela contra la misma, razón por la cual debía revocarse el fallo de primera instancia y negar la tutela impetrada por el accionante.

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Durante el término de revisión del expediente el despacho ordenó al señor Carlos Alberto Pico Dulcey allegar al expediente los siguientes documentos:

- Fotocopia de sus tres últimas colillas de pago
- Fotocopia de las tres últimas colillas de pago de la señora Nelly Dulcey.
- Fotocopia de sus extractos bancarios de los últimos tres meses.
- Fotocopia de los tres últimos extractos bancarios de la señora Nelly Dulcey.
- Certificado en el que conste que el accionante se encuentra estudiando, de manera que pueda ser beneficiario de su madre en el sistema de salud, o carné de afiliación al régimen contributivo como independiente o de afiliación al régimen subsidiado.

Al respecto no se obtuvo respuesta alguna por parte del accionante.

## V. Expediente T 3094669

### 1. Antecedentes

El día 26 de abril de 2011 el señor Rusberth Alberto Naranjo Cortés interpuso acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud SOS, por considerar que sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social están siendo vulnerados por cuanto la accionada se ha negado a pagarle algunas de las incapacidades que le fueron ordenadas dado su estado de salud. La acción de tutela se interpuso con base en los siguientes

#### 1.1 Hechos

1.1.1. El accionante se encuentra afiliado a Servicio Occidental de Salud SOS en calidad de cotizante desde el 16 de junio del año 2010.

1.1.2. En agosto de 2010 el doctor Gonzalo Mejía García lo incapacitó por tener neumonía y dichas incapacidades fueron canceladas hasta el mes de octubre del año mencionado.

1.1.3. Sin embargo, las incapacidades generadas desde el mes de noviembre de 2010 le han sido negadas bajo el argumento de que las cotizaciones fueron pagadas por su empleador de manera extemporánea.

1.1.5. Indica además que es una persona de escasos recursos ya que devenga el salario mínimo legal mensual vigente, por lo que solicita que se ordene a la entidad demandada que proceda a realizar el pago de las incapacidades que no se le han reconocido.

#### 1.2 Documentos que obran en el expediente

1.2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante en la que consta que tiene 31 años de edad.

1.2.2. Copia del rechazo del pago referente a la incapacidad de noviembre por haberse

realizado los aportes de manera extemporánea.

### 1.3. Contestación de Servicio Occidental de Salud SOS

La entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela presentada por el accionante, indicando que efectivamente se encontraba afiliado al régimen contributivo en calidad de cotizante por medio de SOS EPS y su empleador era la Fundación Bienestar Integral.

La mencionada fundación debe realizar el pago de aportes de sus socios a más tardar el sexto día hábil de cada mes de conformidad con el Decreto 1670 de 2007. Sin embargo, la misma ha realizado el pago de los aportes del accionante de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 y de enero y febrero de 2011 en forma extemporánea. Lo anterior impide a la EPS el reconocimiento de las incapacidades del accionante ya que el retraso ha trasladado la obligación al empleador moroso, teniendo en cuenta además, que la accionada nunca se allanó a la mora e hizo el cobro de los respectivos aportes.

De esta manera, indicó que no había sido SOS EPS quien había vulnerado los derechos del accionante, sino su propio empleador al cancelar los aportes de manera extemporánea. Así mismo, adjuntó la comunicación que se le envió a Fundación Bienestar Integral informándole que no se habían realizado los respectivos aportes de manera que la EPS no podrá reconocer ningún tipo de incapacidad.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN (Única instancia)

El 9 de mayo de 2011 el Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, Caldas, profirió sentencia de única instancia tutelando los derechos del accionante teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, manifestó que en el presente caso la acción de tutela era procedente teniendo en cuenta que la seguridad social es un derecho fundamental y el no pago de las incapacidades estaba afectando éste y otros derechos del mismo rango en cabeza del accionante.

En segundo lugar, se hizo un análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional referentes a la mora en el pago de aportes y a las consecuencias que ello puede generar; se

reiteró entonces, que la seguridad social es un derecho caracterizado por el principio de universalidad por lo que es predicable y reconocido para todas las personas del territorio nacional; y, por otra parte, se indicó que en razón a la función de las incapacidades laborales (la satisfacción de las necesidades básicas y del mínimo vital), los requisitos legales para su reconocimiento no pueden ser férreas barreras que le impidan a las personas su reconocimiento. De esta manera, aún en los casos en donde los aportes al Sistema han sido extemporáneos pero han sido aceptados por las EPS, éstas están obligadas a efectuar el reconocimiento y pago de dicha prestación.

Manifestó el juez constitucional que, si bien hubo mora en el pago de los aportes, ésta quedó purgada en el momento en que la empresa empleadora hizo el pago y la EPS accionada lo recibió. Además, está probado en el expediente que el único ingreso del accionante es el salario que recibe como el trabajador, por lo cual, el hecho de no pagarle las incapacidades vulnera no solo sus derechos fundamentales sino también de su núcleo familiar que depende de él.

De este modo, se tutelaron los derechos del accionante ordenando a SOS EPS el pago de sus incapacidades, autorizándole a la accionada solicitar el reembolso ante el Fosyga

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Durante el término de revisión el despacho solicitó al accionante que aportara la fotocopia de sus tres últimas colillas de pago y de sus últimos tres extractos bancarios.

Igualmente, se ordenó vincular al proceso a la Fundación Bienestar Integral, se le solicitó pronunciarse sobre los hechos narrados por el accionante y se le ordenó aportar los comprobantes de pago de aportes a seguridad social de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 y de enero y febrero de 2011, correspondientes al señor Naranjo.

Sin embargo, no se obtuvo respuesta alguna por parte del accionante ni por parte de la entidad accionada.

VI. T 3095101

## 1. Antecedentes

El señor Juan Carlos Guerrero Sastoque interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS S, por considerar que sus derechos a la vida y a la salud están siendo vulnerados por cuanto la accionada se ha negado a brindarle el tratamiento integral y los medicamentos que requiere debido a que es portador del virus “síndrome de inmunodeficiencia adquirida” (VIH), en riesgo de infección por virus de Hepatitis B. La acción de tutela se interpuso con base en los siguientes

### 1.1 Hechos

1.1.1. El accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado desde el año 2002 en el Nivel II del Sisben, actualmente vinculado a Humana Vivir EPS-S.

1.1.3. Sus médicos tratantes le ordenaron aplicarse la vacuna denominada “Antohepatitis B solución inyectable por 1ml” (3 dosis) y el suplemento nutricional “Ensure”.

1.1.4. Sin embargo, los anteriores medicamentos le fueron negados mediante formato de negación de servicios, por no estar contemplados en el POS-S.

1.1.5. Indica el accionante que el costo de la vacuna es de \$43.000 por dosis y el del suplemento de \$304.000 mensuales, costos que no está en la capacidad económica de asumir puesto que se encuentra desempleado y lo único que recibe es lo que le sufragan por hacerle refuerzo escolar a dos niños. Con dicho dinero debe pagar arriendo, servicios, salud y alimentación, por lo que le resulta imposible agregar más gastos a su presupuesto.

1.1.6. Teniendo en cuenta lo anterior, solicita que se le ordene a la EPS-S accionada que cubra el tratamiento integral que necesita incluyendo la vacuna mencionada y el suplemento nutricional.

### 1.2 Documentos que obran en el expediente

1.2.1. Fotocopia del acta proferida por el Comité Técnico Científico mediante la cual se negó la autorización solicitada por el accionante para que se le entregaran las tres dosis de vacuna

contra la hepatitis B y el suplemento nutricional denominado Ensure.

1.2.2. Fotocopia de la orden del médico tratante, Paola A. Maldonado, en la que se ordena la vacuna contra la hepatitis B.

1.2.3. Fotocopia de la cédula de la ciudadanía del accionante en la que consta que tiene 35 años de edad.

1.2.4. Fotocopia de la orden del médico tratante, Juliana Peralta, en la que se le ordena tomar suplemento nutricional.

1.2.5. Fotocopia del carné de afiliación del accionante a Humana Vivir EPS-S.

1.2.6. Fotocopia del contrato suscrito entre Humana Vivir EPS y Hemera IPS.

1.3. Intervenciones.

1.3.1. Intervención de Hemera Unidad de Infectología I.P.S.

La mencionada entidad dio respuesta a la acción de tutela presentada por el accionante, indicando que se trata de una entidad que opera bajo contratación con Humana Vivir EPS-S, cuya función es la de realizar mensualmente la atención integral del programa de pacientes con infección por VIH a través de la prestación de servicios de infectología, nutrición, psicología y trabajo social, además de entregar los medicamentos antirretrovirales POS y realizar muestras de laboratorio especializadas.

Manifestó además que el 15 de marzo de 2010 se le prestó atención al accionante y se le ordenó la vacunación contra la hepatitis B, la cual no está convenida en el contrato con Humana Vivir EPS. Se estableció que el paciente se encuentra en buenas condiciones clínicas e inmunológicas por lo que no hay riesgo inminente para su salud o su vida, y la vacuna tiene solo funciones preventivas. Exactamente lo mismo sucede con el suplemento nutricional.

Teniendo en cuenta lo anterior, es Humana Vivir EPS-S la que tiene que autorizar tanto la vacuna como el suplemento y no Hemera IPS.

1.3.2. Intervención del Ministerio de Protección Social

Indicó que el Acuerdo 008 de 2010 determinó que el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado se compone de actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos para determinados grupos poblacionales, patologías, casos y eventos de acuerdo con las coberturas señaladas. En el caso del VIH el plan cubre la atención integral necesaria del portador asintomático del virus VIH y del paciente con diagnóstico de SIDA incluyendo atención ambulatoria y hospitalaria, insumos y materiales requeridos, medicamentos antirretrovirales e inhibidores de proteasa y todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial y los de complementación diagnóstica y control. En caso en que el afiliado requiera de algún procedimiento, medicamento o insumo NO POS-S estos deben ser cubiertos pero con cargo a la UPC-S si su precio es menor o igual a sus equivalentes cubiertos descritos en la ley, y si el precio es mayor, la diferencia deberá ser financiada en concordancia con la normatividad vigente. Si no sucede lo anterior, deberán ser prestados o suministrados por la red prestadora de salud pública o privada que tenga contrato con la entidad territorial correspondiente a la jurisdicción de la persona, con cargo al subsidio a la oferta.

### 1.3.3. Contestación de Humana Vivir EPS-S

Indicó la entidad accionada que los servicios que está solicitando el accionante se encuentran por fuera del POS-S, por lo que deben ser cubiertos por la Secretaría Distrital de Salud. Asimismo manifestó que al paciente se le han brindado todos los servicios que ha requerido por lo que no se le han violado sus derechos en ningún momento.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN (Única instancia)

El 3 de mayo de 2011 el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, profirió sentencia de única instancia negando el amparo invocado por el accionante teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, indicó que la acción de tutela es un mecanismo de carácter absolutamente excepcional para la protección inmediata y directa de los derechos fundamentales de los asociados, por ejemplo el derecho a la salud. En el presente caso el señor Guerrero Sastoque considera que sus derechos a la salud y a la vida han sido vulnerados por cuanto Humana Vivir EPS-S no le autorizó el suministro del suplemento nutricional Ensure y de la vacuna contra la hepatitis B. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia la importancia de la atención médica asistencial y la entrega de medicamentos para las

personas que padecen VIH/SIDA; sin embargo, en el caso de medicamentos o servicios NO POS-S, se requiere para su autorización que el no suministro de los mismos ponga en peligro la vida de la persona y que ésta demuestre que no puede sufragarlos.

En este caso concreto, el no suministro de la vacuna contra la hepatitis B y del suplemento nutricional, no ponen en peligro derechos fundamentales del actor tal y como lo indicó Hemera Unidad de Patología IPS.

## VII. T 3096446

### 1. Antecedentes

#### 1.1 Hechos

1.1.1. La accionante se encuentra afiliada al régimen subsidiado y calificada en el nivel 3 del Sisben por lo que debe cancelar el 30% del valor de los procedimientos.

1.1.2. Padece de EPOC pulmonar y su médico tratante, doctor Alfonso Arrieta, le ordenó oxígeno durante 20 horas al día con el fin de mejorar sus condiciones de vida y prolongar el tiempo de su existencia.

1.1.3. El Hospital Centro Oriente ESE le ha brindado en todo momento todos los servicios solicitados siempre y cuando pague el copago del 30% por pertenecer al nivel 3 del Sisben.

1.1.4. Actualmente y por la gravedad de su estado de salud se le está exigiendo como copago el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, suma que la accionante no está en capacidad de sufragar.

1.1.5. Teniendo en cuenta lo anterior, la peticionaria le solicitó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que le cubriera el costo del oxígeno que necesita, frente a lo cual, hasta el momento de instaurar la tutela no había recibido respuesta. Solicita además que se ordene el tratamiento integral para manejar su patología.

#### 1.2 Documentos que obran en el Expediente

1.2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante en la que consta que tiene 87 años de edad.

1.2.2. Formato de atención por urgencias del Hospital Centro Oriente ESE del 14 de marzo de 2011 por presentar fuerte sensación de ahogo.

1.2.3. Solicitud suscrita por la accionante y dirigida a la Secretaría Distrital de Salud pidiendo que se cubriera y entregara sin costo alguno el oxígeno ordenado por su médico tratante, teniendo en cuenta que padece de EPOC pulmonar y no cuenta con los recursos necesarios para sufragar su costo dada su edad y que se encuentra por fuera del mercado laboral.

1.3. Intervenciones.

1.3.1. Contestación de la Secretaría de Salud de Bogotá

La mencionada entidad dio respuesta a la acción de tutela presentada por el accionante, indicando que la señora Buitrago no aparece registrada en la base de datos de la Secretaría sino que aparece registrada en la EPS-S subsidiada Convida de Anolaima, Cundinamarca.

Teniendo en cuenta lo anterior, al estar afiliada en Anolaima, es la Secretaría de Salud de dicho lugar la que debe garantizarle la atención en salud NO POS y los eventos POS están a cargo de la EPS-S Convida con sede en el municipio mencionado, a quien además la accionante le ha venido cancelando los copagos.

Manifestó además que en caso de que la usuaria se vaya a trasladar de territorio debe informarle a la EPS-S Convida de Anolaima para que dicha entidad proceda a efectuar la novedad de retiro ante el BDUA-Fosyga para que sea retirada. Una vez retirada, la usuaria deberá proceder a escoger la EPS-S de su preferencia en su nuevo lugar de domicilio para que esa nueva EPS-S realice la notificación al BDUA-Fosyga y la accionante pueda empezar a acceder a los servicios de salud.

Solicita entonces la accionada que se vincule a la EPS-S Convida de Anolaima con el fin de que ésta le siga prestando los servicios de salud a la peticionaria, así como a la Secretaría de Salud de dicho municipio para que le preste los servicios NO POS, y se excluya de la sentencia a la Secretaría de Salud de Bogotá por no tener legitimación por pasiva.

### 1.3.2. Intervención del Hospital Centro Oriente II Nivel

Indicó que la accionante fue atendida por urgencias el 17 de marzo de 2011 con un cuadro clínico de tres días de evolución consistente en ahogo, dificultad respiratoria, edema en miembros inferiores y orina turbia. Por lo anterior duró un día hospitalizada y al salir se le ordenó oxígeno domiciliario 20 horas al día, para lo cual la paciente debe tramitar su solicitud ante su EPS-S Convida en Anolaima.

Solo si la paciente efectúa el traslado de EPS-S a la ciudad de Bogotá, ésta deberá suministrarle en esta ciudad los servicios POS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá los servicios NO POS.

El mencionado alcalde intervino el presente proceso para manifestar que los servicios de salud prestados en el municipio de Anolaima son administrados directamente por la Gobernación de Cundinamarca a través de la Secretaría de Salud Departamental.

Indicó que es cierto que la peticionaria está afiliada a la EPS-S Convida pero no ha comparecido a sus oficinas ni para retirar el carné correspondiente ni para ilustrarse sobre los trámites de contrarreferencia que debe realizar ante el Hospital San Antonio, del municipio de Anolaima, para que tenga acceso sin dificultad a la prestación del servicio cancelando únicamente el 10% del mismo.

## 2. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN (Única instancia)

El 29 de abril de 2011 el Juzgado Cuarenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, profirió sentencia negando el amparo invocado por el accionante teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, indicó que la acción de tutela es un mecanismo creado para la protección inmediata y directa de los derechos fundamentales de los asociados, por ejemplo, el derecho a la salud y a la seguridad social.

El derecho a disfrutar de las distintas prestaciones económicas y sociales cae dentro del radio de la acción de tutela cuando su reconocimiento no se produce porque “se pierde en el laberinto de la tramitomanía” o la inercia de los funcionarios de proferir un acto administrativo.

Sin embargo, la acción de tutela solo puede proceder cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando se vislumbre la posibilidad grave e inminente de un perjuicio irremediable que esté demostrado en el expediente.

En este caso, puede observarse en el expediente que el oxígeno que la accionante solicita nunca le ha sido negado, es más, no se le ha solicitado ni a la EPS-S a la cual se encuentra afiliada la accionante ni a la Secretaría de Salud de Cundinamarca que sería la encargada de brindarle todo aquello que no sea parte del POS-S, por lo que no puede afirmarse que se haya presentado vulneración alguna. Razón además por la cual tampoco puede el juez pronunciarse frente al tema de la exoneración de copagos planteado por la accionante.

### 3. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Mediante auto del 10 de octubre de 2011 se le solicitó a la accionante informar al despacho si había solicitado su traslado de EPS-S a la ciudad de Bogotá.

En el lugar al que se envió la comunicación se informó que la señora Buitrago había fallecido.

## V. CONSIDERACIONES y fundamentos

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las Acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados por medio de auto del 16 de junio de 2011 proferido por la Sala de Selección número seis.

### 2. Presentación de los casos y planteamiento del problema jurídico

#### 2.1 Expediente T-3082042

La señora Leidy Paola Rojas Riaño interpuso acción de tutela en representación de su cónyuge Fredy Orlando Cely Chocontá, contra Solsalud EPS, solicitando que dicha entidad le autorizara a éste último un ventilador mecánico domiciliario y atención domiciliaria.

El señor Cely tiene un diagnóstico de distrofia muscular y falla ventilatoria por lo que requiere de dichos servicios para poder seguir viviendo en su domicilio y no hospitalizado la mayor parte del tiempo.

El accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado y en su historia clínica se indica que dadas sus condiciones de salud requiere manejo en casa con BPAP.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá manifestó que el dispositivo BPAP en casa es un elemento que se encuentra por fuera del POSS por lo que, para su suministro se requiere previa autorización del Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS tratante.

Solsalud EPSS indicó además que dicho paciente requiere de un BPAP y de atención domiciliaria, servicios que no se encuentran incluidos en el POSS y que por ende deben ser cubiertos en su totalidad por la Secretaría Distrital de Salud.

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de única instancia, señaló que el objetivo principal del régimen subsidiado es lograr la mayor cobertura posible, por lo que se ha previsto un conjunto de exclusiones tanto de medicamentos como de servicios de salud, y que, en todo caso estos elementos excluidos pueden concederse sólo si se cumplen ciertos requisitos. En el presente caso, se consideró que el paciente no cumplía con los requisitos por cuanto no existía orden del médico tratante y no estaba probada la incapacidad económica. Por estas razones se negó la tutela solicitada.

## 2.2. Expediente T-3086360

Osiris Judith Yanes Romero interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud de Soledad, Atlántico, solicitando que se le autorizara la práctica de una mamoplastia de reducción.

La señora Yanes se encuentra afiliada al régimen subsidiado en el nivel 1 del Sisben y ha venido padeciendo fuertes dolores de espalda desde hace tiempo ocasionados por el tamaño de su busto, razón por la cual el médico tratante le ordenó la mencionada cirugía. Sin embargo, la entidad demandada le negó la autorización del procedimiento por considerar que no se trataba de un procedimiento por cuestiones de salud sino de un procedimiento

estético.

La Secretaría Local de Salud de Soledad, Atlántico, indicó que no le correspondía prestar el servicio solicitado por la accionante teniendo en cuenta que la patología que presenta es de alta complejidad y costo.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, Atlántico, mediante sentencia de única instancia, adujo que de las pruebas aportadas al expediente no aparecía ninguna que demostrara que a la accionante le fue negado el servicio, razón por la cual se negó el amparo.

### 2.3. Expediente T-3087558

La señora Rita Higgins de la Hoz interpuso acción de tutela en representación de su padre, el señor Fausto Eduardo Higgins Molina, contra EPS Sura. El señor Higgins tiene 84 años de edad, padece de diabetes mellitus y se encuentra afiliado a la EPS Sura desde hace varios años en el régimen contributivo.

Su médico tratante le recetó Humulin Insulina NPH pero, según el accionante dicho medicamento no produjo mejorías en su salud por lo que acudió a un especialista particular quien le recomendó que solicitara ante el Comité Técnico Científico de la EPS accionada la autorización del medicamento Humulin Insulina Zinc Cristalina 70/30.

El accionante procedió a solicitarlo pero la EPS negó su autorización por tratarse de un medicamento que está por fuera del POS. Aduce el peticionario que no cuenta con la capacidad económica para sufragarlo.

La EPS accionada aseveró haberle prestado todos los servicios necesarios y haberle suministrado los medicamentos requeridos, salvo el Humulin 70/30 Insulina Zinc Cristalina porque éste no ha sido recetado por el médico tratante.

El Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla, en sentencia de única instancia consideró que en el presente evento no era posible afirmar que la EPS accionada hubiese vulnerado los derechos del señor Higgins. Lo anterior por cuanto, se encuentra probado en el expediente que la accionada ha suministrado todos los medicamentos y servicios que el paciente ha necesitado, razón por la cual el amparo fue denegado.

#### 2.4. Expediente T-3089978

El señor Carlos Alberto Pico Dulcey interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS por cuanto la accionada se ha negado a autorizarle la cirugía denominada BARIATRICA (BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA).

En el momento en que se interpuso la acción, el accionante tenía 22 años de edad, era beneficiario de la señora Nelly Dulcey en el régimen contributivo y estaba afiliado a Humana Vivir EPS.

El paciente padece de OBESIDAD GRADO II, SAHOS SEVERO, HTA e HÍGADO GRASO, enfermedades que le han generado limitaciones en su desplazamiento por el dolor intenso que siente en sus rodillas, problemas de insomnio, úlcera gástrica severa y hernia hiatal tipo I. Dada la gravedad de su situación el médico tratante determinó que la última opción para mejorar su calidad de vida era la cirugía bariátrica, pero ésta le fue negada por parte de la EPS accionada por considerarse que no existía un riesgo inminente para la vida o para la salud del paciente.

La entidad accionada manifestó que en el presente caso, el Comité Técnico Científico encontró que no se cumplían en su totalidad los requisitos para ordenar un tratamiento NO POS.

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, en sentencia de primera instancia concedió la tutela indicando que la EPS accionada no podía pretender negar la cirugía por considerar que se trataba de un procedimiento peligroso, cuando quien debe someterse al mismo ya lo había aceptado y había comprendido sus riesgos.

Humana Vivir EPS impugnó el fallo anexando un nuevo escrito en el que afirmó que dada la edad del accionante, para continuar afiliado como beneficiario de su madre debía demostrar que se encontraba estudiando, frente a lo cual el accionante aportó un certificado de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Bucaramanga en el que se establecía que el mismo era estudiante de ingeniería. Sin embargo, cuando la EPS procedió a verificar dicha información se encontró con que la misma era falsa por cuanto el accionante estudió allí en el año 2009 pero en el 2010 no se matriculó.

Con base en lo anterior el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga profirió sentencia de segunda instancia negando el amparo, dado que el accionante tiene suspendida su afiliación al sistema de seguridad social en salud por cuanto no ha probado su calidad de estudiante.

#### 2.5. Expediente T-3094669

Rusberth Alberto Naranjo Cortés interpuso acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud SOS por cuanto ésta se ha negado a pagarle algunas de las incapacidades que le fueron ordenadas dado su complicado estado de salud.

El accionante se encuentra afiliado a Servicio Occidental de Salud SOS en calidad de cotizante en el régimen contributivo. En agosto de 2010 su médico tratante lo incapacitó por tener neumonía y dichas incapacidades fueron canceladas hasta el mes de octubre del año mencionado.

La entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela indicando que la Fundación Bienestar Integral, para la que trabaja el peticionario, debía realizar el pago de aportes de sus socios a más tardar el sexto día hábil de cada mes, pero realizó el pago de los aportes del accionante de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 y de enero y febrero de 2011 en forma extemporánea, por lo cual la EPS no puede reconocer las incapacidades.

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, Caldas, profirió sentencia de única instancia tutelando los derechos del accionante teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que la función de las incapacidades laborales es la satisfacción de las necesidades básicas y del mínimo vital, por lo cual los requisitos legales para su reconocimiento no pueden ser férreas barreras que le impidan a las personas su reconocimiento. Aún en los casos en donde los aportes al Sistema han sido extemporáneos pero han sido aceptados por las EPS, éstas están obligadas a efectuar el reconocimiento y pago de dicha prestación.

#### 2.6. Expediente T-3095101

El señor Juan Carlos Guerrero Sastoque interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS S

por cuanto la accionada se ha negado a brindarle el tratamiento integral y los medicamentos que requiere debido a que es portador del virus "síndrome de inmunodeficiencia adquirida" (VIH), en riesgo de infección por virus de Hepatitis B.

El accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado desde el año 2002 en el Nivel II del Sisben, actualmente vinculado a Humana Vivir EPS-S y cuenta con 34 años de edad.

Sus médicos tratantes le ordenaron aplicarse la vacuna denominada "Antohepatitis B solución inyectable por 1MI" (3 dosis) y el suplemento nutricional "Ensure". Sin embargo, los anteriores medicamentos le fueron negados mediante formato de negación de servicios, por no estar contemplados en el POS-S.

El accionante manifiesta que el costo de la vacuna es de \$43.000 por dosis y el del suplemento de \$304.000 mensuales, costos que no está en la capacidad económica de asumir.

Indicó la entidad accionada que los servicios que está solicitando el accionante se encuentran por fuera del POS-S, por lo que deben ser cubiertos por la Secretaría Distrital de Salud.

El Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, profirió sentencia de única instancia negando el amparo invocado por el accionante por considerar que en el caso de medicamentos o servicios NO POS-S, se requiere para su autorización que el no suministro de los mismos ponga en peligro la vida de la persona y que ésta demuestre que no puede sufragarlos. En este caso concreto, el no suministro de la vacuna contra la hepatitis B y del suplemento nutricional, no ponen en peligro derechos fundamentales del actor tal y como lo indicó Hemera Unidad de Patología IPS.

## 2.7. Expediente T-3096446

La señora Elvira Buitrago de García interpuso acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Hospital Centro Oriente ESE por cuanto las accionadas se han negado a brindarle los servicios que requiere para tratar su patología.

La accionante se encontraba afiliada al régimen subsidiado y calificada en el nivel 3 del Sisben por lo que debía cancelar el 30% del valor de los procedimientos.

Padecía de EPOC pulmonar y su médico tratante le ordenó oxígeno durante 20 horas al día y, si bien el Hospital Centro Oriente ESE le brindaba todos los servicios, esto se hacía bajo la condición de que se pagara el copago del 30% por pertenecer al nivel 3 del Sisben.

Para la entrega del oxígeno se le exigía como copago el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, suma que la accionante no está en capacidad de sufragar.

La Secretaría de Salud de Bogotá indicó que la señora Buitrago no aparecía registrada en su base de datos sino en la EPS-S subsidiada Convida de Anolaima, Cundinamarca, por lo cual la entidad competente para el caso sería la Secretaría de Salud de dicho lugar.

El Juzgado Cuarenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia de única instancia negó el amparo por considerar que el oxígeno que la accionante solicitó nunca le fue negado, porque la accionante nunca lo pidió ni ante la EPS-S a la cual se encuentra afiliada ni ante la Secretaría de Salud de Cundinamarca.

Mediante auto del 10 de octubre de 2011 se le solicitó a la accionante informar al despacho si había solicitado su traslado de EPS-S a la ciudad de Bogotá.

En el lugar al que se envió la comunicación se informó que la señora Buitrago había fallecido.

2.8 Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema jurídico a resolver es si en los siete casos anteriores se vulneraron o no los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de los accionantes, al no brindárseles, reconocérseles y/o pagárseles los tratamientos y procedimientos médicos e incapacidades que se requieren para mejorar y conservar su buen estado de salud, específicamente lo que tiene que ver con entrega de ventiladores mecánicos, hospitalización domiciliaria, incapacidades, cirugías no cubiertas por el POS y medicamentos no POS bajo el argumento de que se trata de tratamientos e insumos que no están incluidos en el plan obligatorio de salud; al no brindárseles un tratamiento integral adecuado, al cobrar copagos y cuotas moderadoras y al no reconocer incapacidades por mora en el pago de los aportes por parte del empleador. Para resolver dicho problema se desarrollarán los siguientes temas: i. El derecho fundamental a la salud. ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud -POS- y recobro ante el Fosyga. iii. El principio de atención integral en materia del derecho a la salud. iv. El

derecho al diagnóstico de una enfermedad como parte del derecho a la salud. v. Incapacidad laboral y allanamiento a la mora por parte del empleador. vi. Carencia actual de objeto por daño consumado. vii. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios. viii. Análisis de los casos concretos.

1. En el presente acápite se procederá a analizar el derecho a la salud y la protección con que éste cuenta tanto en la Constitución Política de 1991, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Valga recordar que la importancia de este derecho se deriva, básicamente, de su estrecha y directa relación con otros derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana de que gozan todos los habitantes del territorio nacional.

2. En la sentencia T-574 de 2010 se indicó que la Constitución Política de 1991 dispone una especial protección a las personas que se encuentran en condición de discapacidad. De las disposiciones constitucionales es preciso destacar el artículo 13 y el 47. El artículo 13 de la Constitución enuncia que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De igual manera, el artículo 47 constitucional prescribe que:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

La mencionada sentencia indicó lo siguiente:

“(...) la Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido, respecto de la especial protección que merecen las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que

históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”<sup>1</sup>

De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que sufren problemas de salud, se indicó:

“(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Una conclusión acertada acerca del tema objeto de la presente exposición se encuentra en la sentencia T-818 de 20082:

“En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el

deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”

3. Frente a la ‘fundamentalidad’ del derecho en cuestión, esta Corporación señaló en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, lo siguiente:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

4. Posteriormente, en sentencia T-144 de 2008 (febrero 15), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte<sup>3</sup>, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un

derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...4

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia

ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”<sup>5</sup>

6. Por todo lo anterior, es posible concluir que si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela<sup>6</sup>. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado.

7. Por otra parte, resulta importante mencionar que, además de que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todo ser humano, tal y como se ha explicado anteriormente, en el caso de los niños, existe una protección especial por tratarse de sujetos de especial protección constitucional. Así se estableció en la sentencia T-760 de 2008, en los siguientes términos:

“(…) La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP).

4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,<sup>7</sup> debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.<sup>8</sup> En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.<sup>9</sup> La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

El derecho a la salud se viola especialmente, cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño, sujetos de especial protección constitucional (ver sección 4.5.).

Así pues, su derecho fundamental a la salud no sólo protege el acceso a los servicios que se

requieran para conservar la salud, en especial si se encuentra comprometida su vida, su integridad personal o su dignidad. En el caso de los niños y las niñas, su derecho a la salud les garantiza también, por ejemplo, el acceso a los servicios de salud que se requieran para lograr 'un desarrollo armónico e integral' (art. 44, CP). El proceso de desarrollo y crecimiento de los niños y las niñas implica considerar aspectos en los que un determinado servicio de salud puede ser indispensable y significar mejoras enormes, frente a lo que representa el mismo servicio de salud en personas adultas.

(...)"

8. En los casos bajo estudio las personas que solicitan el amparo, en su mayoría están afectados por padecimientos que menoscaban gravemente su salud y la posibilidad de vivir una vida digna. Es evidente que la distrofia muscular y la falla ventilatoria, la hipertrofia mamaria, la diabetes, la obesidad mórbida y el VIH Sida, son afecciones que impactan gravemente la salud, que ponen en peligro la vida y que hacen que quien las padece requiera de cuidados especiales para mantener una vida digna. Son enfermedades que requieren de atención y tratamiento con el fin de que quienes las padecen puedan llevar una vida digna.

ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud - POS- y recobro ante el Fosyga (régimen contributivo) o la entidad territorial (régimen subsidiado).

1. En la sentencia T-574 de 2010 la Corte Constitucional distinguió dos grupos en los cuales se presentan controversias sobre el derecho a la salud: cuando la vulneración o amenaza versa sobre un medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuando la vulneración o amenaza versa sobre procedimientos o medicamentos que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, o NO POS. De esta manera, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para los dos tipos de controversias, las cuales deben ser verificadas por los jueces de tutela al momento de conceder o denegar el amparo en materia de derecho a la salud:

"Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la

actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.”<sup>10</sup>

2. Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en la sentencia en comento, la Corte fijó las siguientes reglas:

“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.<sup>11</sup> Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(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.”<sup>12</sup> En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,<sup>13</sup> como en el régimen subsidiado,<sup>14</sup> indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,<sup>15</sup> a la enfermedad que padece la persona<sup>16</sup> o al tipo de servicio que ésta requiere.<sup>17</sup>”<sup>18</sup>”<sup>19</sup>

3. De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías o a la entidad

territorial para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud. Así quedó establecido en la sentencia T-126 de 2010 de la siguiente manera:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”<sup>20</sup>

Luego, la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si (sic) carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”<sup>21</sup>

Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado: (i) por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud; y por el otro, (ii) que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del

tratamiento o medicamento que requiere.

De hecho, ya desde el año 2008 la Corte Constitucional estableció las bases jurisprudenciales con respecto al presente tema, en la sentencia T-760 de 2008 en la que se dijo lo siguiente:

“(…) La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (...). Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(…)

El derecho a la salud se viola especialmente, cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño, sujetos de especial protección constitucional.

(…)

2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado a través del Fosyga.

(…)

5.9. Las dudas acerca de lo que se encuentra incluido o no en el POS deben ser interpretadas conforme al principio de integralidad, mientras no exista un mecanismo institucional para resolverlas.

El noveno y último problema jurídico formulado es ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no incluidos expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela? Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad. En la práctica este criterio de interpretación del POS implica que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización.

(i) Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.<sup>22</sup> La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.<sup>23</sup>

(ii) En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio 'pro homine'. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. Al respecto la Corte ha señalado que "si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona.<sup>24</sup> Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio."<sup>25</sup> Con idénticos efectos la Corte ha señalado que en los casos de duda acerca de si un servicio médico se encuentra excluido se debe acudir a una interpretación que permita el goce efectivo del derecho.

Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos

mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.

Indica el artículo 43 de esa norma: “Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”.

4. De las pruebas que obran en el expediente se advierte que en la mayor parte de los casos bajo análisis los medicamentos, insumos y servicios que requieren los pacientes, no están cubiertos por el plan obligatorio de salud -POS- ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado, entre ellos el ventilador mecánico domiciliario, la hospitalización domiciliaria, la mamoplastia de reducción, las vacunas, los suplementos alimentarios, etc. Por esta razón, se estudiará en cada caso concreto si se cumplen los requisitos para ordenar a la EPS el suministro de lo solicitado y la posibilidad de recobro de los costos al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o a la entidad territorial correspondiente en el caso del régimen subsidiado.

iii. El principio de atención integral en materia del derecho a la salud

1. La jurisprudencia de la Corte ha recalcado, en varias ocasiones<sup>26</sup>, que el ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T-760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

Así, 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.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.<sup>27</sup> (...)”.

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993, enuncia este principio de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone que

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008 se precisó el contenido de este principio:

“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente<sup>28</sup>. (subrayas fuera de texto).

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento<sup>29</sup>.”<sup>30</sup> (Subrayado fuera del texto original).

En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.<sup>31</sup> La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas

a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

2. La jurisprudencia constitucional ha aplicado este principio en diferentes casos, por ejemplo, en la sentencia T-212 de 2008 se protegió el derecho a la salud, a la vida y a la dignidad humana de una menor que presentaba retardo sicomotor, crisis convulsivas y parálisis derecha, dolencias que no le permitían hacer nada por sí misma, estando imposibilitada para hablar y caminar. La accionante solicitaba para la niña el suministro de 120 pañales desechables cada mes, el pago del transporte para trasladar a la menor al sitio indicado por la E.P.S., para la realización de las terapias dispuestas por el médico tratante, y una silla de ruedas.

La EPS accionada negó lo solicitado por considerar que los pañales son insumos de aseo personal que están a cargo exclusivamente de la familia de la menor, y que los gastos de transporte obedecen a una solicitud efectuada voluntariamente por la madre de la menor únicamente con fines económicos.

En esta oportunidad la Corte consideró lo siguiente:

“(…) No es de recibo para la Sala, el argumento esgrimido por la entidad accionada en el escrito de contestación de la acción de tutela, en relación con la solicitud de suministro de 120 pañales desechables mensuales para la menor Juliana Muñoz Jiménez, quien padece desde su nacimiento de síndrome de Sturge Weber<sup>32</sup>, en el sentido de señalar que se trata de insumos que hacen parte del aseo personal, que deben estar a cargo de los familiares de la paciente, en tanto “NO CONSTITUYEN una atención médico - asistencial, ni hacen parte de ningún protocolo médico de atención, ni se encuentran registrados en ninguna guía terapéutica, por lo tanto no determinan un resultado al manejo de la patología y su cobertura no estaría dentro de los alcances de atención en salud y su no cubrimiento por parte del Sistema General de Salud no atenta contra ningún derecho fundamental.”

Bajo este argumento de orden formal, salta a la vista que el principio constitucional a la dignidad humana de la menor Juliana Muñoz Jiménez, como orientador del Estado Social de Derecho, se encuentra seriamente afectado, razón por la cual no puede permitirse desde la

perspectiva constitucional, que este tipo de justificaciones evasivas perduren, pues sería tanto como aceptar dilaciones injustificadas que ponen en grave peligro los derechos fundamentales, máxime cuando se trata de una persona discapacitada que requiere de especial cuidado y atención por parte de las autoridades públicas, pues se trata de un sujeto de especial protección constitucional (Art. 13 de la Constitución), de quien se predica la prevalencia de sus derechos (Art. 44 de la Constitución) y debe gozar de una atención integral por parte del Estado (Art. 47 Superior)<sup>33</sup>.

[Con el suministro de los pañales desechables] lo que busca en últimas es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad<sup>34</sup>.

De esta forma, es claro que no suministrar los pañales solicitados por la madre de la menor Juliana Muñoz Jiménez, vulnera el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, pues por tratarse de un menor discapacitado, es deber del Estado prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia e integralidad, de tal suerte que las condiciones de vida mejoren, en tanto se trata de una facultad inherente a todos los seres humanos, y con mayor razón de aquellos que padecen algún tipo de limitación física.

(...)”.

3. La sentencia T-053 de 2009 también es un ejemplo de la aplicación de este principio. En ese caso, la accionante era cotizante directa de la EPS Cruz Blanca S.A. y tenía como beneficiario del servicio de salud a su hijo, quien padecía de parálisis cerebral y epilepsia parcial de difícil control. El hijo vivía con sus padres, quienes eran personas de la tercera edad. El padre contaba con 86 años y la madre con 80 años de edad. Debido a las afecciones que el hijo sufría, dormía en la misma cama con sus padres para evitar que se desplomara en las noches ante un eventual ataque epiléptico. Era una familia de escasos recursos, que no tenía la opción de comprar pañales desechables, ni tampoco la posibilidad de bañarlo diariamente. Ante esas circunstancias la Corte indicó, con base en los postulados acerca del principio de atención integral, lo siguiente:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica<sup>35</sup> y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo

Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”<sup>36</sup>

4. En ese orden es posible concluir que la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parece vital.

Al respecto, resulta pertinente mencionar además una sentencia más reciente, la T-437 de 2010, en la que también se estudió el tema de la integralidad de los tratamientos y del suministro de pañales y otro tipo de insumos. En dicha sentencia la Corte se pronunció acerca del caso de una persona de la tercera edad que requería del uso de pañales desechables y guantes para su cambio, tras haber sufrido una parálisis total de su cuerpo. La EPS accionada negó el suministro de dichos productos por considerar que éstos están excluidos del POS. En este caso la Corte consideró lo siguiente:

“(…) Ahora bien, no debe olvidarse que el sistema que orienta la seguridad social en salud, busca garantizar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad, por lo tanto y dada la indiscutible escasez de recursos, la legislación ha establecido un régimen de exclusiones, priorizando lo más urgente y necesario para salvaguardar los derechos de los afiliados, pasando por alto aquello que no los comprometa de manera grave y vital.

No obstante, existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención que, a pesar de no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales de las personas como la vida, la integridad personal y la dignidad humana.

En este sentido, esta Corporación ha indicado la necesidad de verificar el cumplimiento de determinados requisitos, a saber:

i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna. (Subrayas fuera de texto).

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.<sup>37</sup>

Bajo este entendido, arguye la Sala que cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple con los anteriores requisitos y necesita, como en el presente caso, del suministro de unos elementos que aunque no se consideren propiamente medicamentos, son esenciales para proporcionar una vida en condiciones dignas al paciente, los mismos deben suministrársele por parte de la E.P.S encargada de brindarle el servicio de salud, aun cuando se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

(...)"

5. Es posible concluir entonces que, hay eventos en los que es necesario que el juez de tutela ordene a la EPS accionada que preste un determinado tratamiento o suministre determinados medicamentos o insumos, que resultan de vital importancia para el paciente o

bien porque de ellos depende su vida, o bien porque sin ellos se vulneran sus derechos fundamentales como la dignidad humana, y que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo estableció la jurisprudencia anteriormente citada, que resulta plenamente aplicable a los casos bajo estudio.

#### iv. El derecho al diagnóstico de una enfermedad como parte del derecho a la salud

1. Uno de los requisitos que se deben acreditar cuando se solicita un medicamento o tratamiento no incluido en el plan obligatorio de salud, consiste en que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante, por estar adscrito a la red de instituciones prestadoras de salud de una EPS determinada. No obstante, la jurisprudencia ha establecido que el concepto médico de un profesional de la salud, no adscrito a la red de instituciones prestadoras de salud de la respectiva EPS, no puede ser desestimando sin ningún tipo de argumentación médica. En esos casos, el actor cuenta con el derecho al diagnóstico que implica que la entidad promotora de salud debe explicar las razones médicas y científicas por las cuales avala o desestima el concepto de un médico que no ha tratado de manera regular al paciente. Al respecto la sentencia T-760 de 2008 estableció:

“En 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.<sup>38</sup> La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.<sup>39</sup>

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.<sup>40</sup> Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o

de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,<sup>41</sup> sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.<sup>42</sup> También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante',<sup>43</sup> incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.<sup>44</sup><sup>45</sup>

2. En sede de tutela se ha acogido el criterio expuesto. En la sentencia T-881 de 2008<sup>46</sup>, basándose en el derecho al diagnóstico, se dijo lo siguiente:

"(...) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el concepto de un médico no adscrito a la entidad promotora de salud a la cual se encuentra adscrito el paciente, puede tener efectos vinculantes si la empresa tiene conocimiento de tal concepto y no lo desechó con base en información científica, esto es, porque valoró inadecuadamente al usuario o porque no lo ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad en comento. En estos casos, el diagnóstico médico externo implica que la E.P.S. debe adelantar las gestiones necesarias para confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en los estudios y análisis pertinentes de conformidad con las circunstancias particulares del caso concreto".

De igual manera, en la sentencia T-050 de 2009 la Corte reiteró lo siguiente respecto del derecho al diagnóstico:

"20.- De esta forma, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud, o que lo (sic) se cuente con una orden escrita de un médico, no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución.

(...)

21. Las afirmaciones expuestas anteriormente encuentran fundamento principalmente en

dos razones. La primera, por cuanto resulta de gran importancia proteger el derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica, por tanto, forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir tales valoraciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). Es claro entonces que el servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria atendiendo el principio de calidad si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.”

3. Otro ejemplo de la consolidación del derecho al diagnóstico se presentó con la sentencia T-810 de 2009. Los hechos de este caso eran los siguientes: la peticionaria, de setenta y seis años (76) de edad, afirmó que era beneficiaria del régimen subsidiado en Salud en el Sisben nivel 2 a través de la EPS-S Comfenalco de Antioquia desde 2004. En el mes de mayo de 2009, le diagnosticaron artritis y osteoporosis y le recetaron un medicamento llamado IBANDRONATO. La EPS-S Comfenalco negó la entrega de este medicamento por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, y ser muy costoso.

Ante esta situación, al tratarse de un medicamento que no se encontraba incluido en el plan obligatorio de salud, la Corte señaló:

“11. En conclusión, para que se puedan inaplicar las normas que prevén la exclusión de ciertos medicamentos, el juez de tutela debe cerciorarse de que, en el caso concreto, se cumplan con los cuatro (4) requisitos fijados jurisprudencialmente por esta Corporación y retomados anteriormente. Sin embargo, respecto al requisito según el cual el médico que prescribe el medicamento debe estar adscrito a la EPS a la que está afiliado el peticionario, es necesario advertir que se trata de un requisito que no es absoluto pues, cuando el medicamento ha sido prescrito por un médico particular, la EPS no puede rechazar de plano su suministro ya que, en virtud del derecho al diagnóstico, el paciente es acreedor de que, con base en una valoración médica, le expliquen las razones médicas por las cuales no es procedente dicho suministro. Si la EPS no asume esta carga, el concepto del médico particular es vinculante.”

4. De la jurisprudencia reseñada se colige que el requisito según el cual, el procedimiento o medicamento, que no está incluido en el plan obligatorio de salud ha debido ser prescrito por el médico tratante, tiene una excepción. La EPS no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante.

#### v. Incapacidad laboral y allanamiento a la mora por parte del empleador

1. El precedente constitucional que se ha decantado en múltiples casos es aquél según el cual cuando los empleadores o trabajadores independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud, EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de una eventual incapacidad por enfermedad general, a no ser que hayan actuado de alguna manera para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido. Esta teoría fue aplicada, en un primer momento, a situaciones análogas que se han presentado en el análisis de los asuntos sobre la licencia de maternidad pero se ha extendido a los casos sobre la licencia por enfermedad general:

“(…) en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes la EPS no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social.” 47

“Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

“Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales.”<sup>48</sup>

Por último, también es menester mencionar un caso referido de manera particular y precisa al uso de la teoría del allanamiento a la mora al reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general.

En la sentencia T-956 de 2008 se ordenó a Coomeva EPS el pago de la incapacidad por enfermedad en favor de una señora a quien se le había negado tal prestación pues no había cancelado sus aportes dentro de los dos días hábiles indicados. Al respecto la Corte Constitucional estableció:

“(…) En la oportunidad que se trae a colación, recordó también la Sala la línea jurisprudencial elaborada “con apoyo en la teoría del allanamiento y el principio de buena fe”, a cuyo tenor, pese a la mora de los empleadores o trabajadores independientes en el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social, las Empresas Prestadoras de Salud están obligadas a reconocer y pagar las prestaciones económicas por incapacidad, “por haber incumplido también su deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes y no oponerse oportunamente al pago extemporáneo.”<sup>49</sup>

2. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se presenta el fenómeno del

allanamiento a la mora, es decir, cuando hay un pago extemporáneo por parte del empleador pero la entidad prestadora de servicios de salud lo recibe, es ésta la responsable de cancelar la incapacidad por enfermedad general del trabajador:

“Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente.”<sup>50</sup>

La tesis según la cual, en situaciones como las que se analizan, las EPS tienen la facultad de recobro ante el fondo de solidaridad y garantías, FOSYGA, para cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general, contraría la postura de la Corte Constitucional sobre el particular. El hecho de que el empleador o el trabajador independiente hayan realizado el pago extemporáneo de los aportes no significa que dichos recursos no se encuentren en el patrimonio de las entidades prestadoras de salud.

vi. Carencia actual de objeto por daño consumado ante el fallecimiento del accionante

1. El artículo 86 de la Constitución, señala que la acción de tutela procede para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, protección que consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita el amparo de tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

2.

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Subrayado fuera del texto original.

“La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión(...)”.

Analizando dicho precepto constitucional puede extraerse que la acción de tutela parte de la existencia de amenazas o violaciones a los derechos fundamentales que sean presentes y ciertas en el trámite del amparo, pues, de lo contrario, es decir, dada la inexistencia actual en la afectación de los derechos, la acción pierde todo objeto y finalidad.

Así se señaló en la Sentencia de Unificación SU-540 de 2007, cuando la Sala Plena de la Corte, después de estudiar el precedente al respecto, afirmó:

“(...) la Corporación, a través de los pronunciamientos de las demás Salas de Revisión, le había dado hasta entonces a la expresión daño consumado y a partir de ellos propuso unas situaciones en las cuales se configuraba ese daño, entre ellas la muerte del actor, porque “es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo”. De manera que, la circunstancia de la muerte del actor en tutela configura un daño consumado, que no necesariamente conduce a la improcedencia de la tutela porque “la existencia de una carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte analice” a través del estudio de fondo sobre la vulneración que se puso en conocimiento de los jueces de tutela, “si existió una vulneración y, de esta manera, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”. Subrayado fuera del texto original.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que aunque se materialice la muerte del afectado durante el trámite de la acción o de la revisión, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, comprendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 de la Constitución, en virtud de su función secundaria, consistente en la “eventual revisión de los fallos de tutela”, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, “i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia”<sup>51</sup>

Por ello, a pesar de la configuración de la carencia de objeto por hecho consumado, como se manifestó, esta circunstancia no es un impedimento para que la Corte revise la sentencia que denegó o concedió el amparo, situación que fue tratada en la Sentencia de Unificación SU-540/07, con las siguientes palabras:

“Aunque la Corte no se ha pronunciado específicamente sobre la incidencia que tendría el momento de la muerte del accionante en la tutela, en el pronunciamiento que le corresponde efectuar en sede de revisión, en las consideraciones de sus sentencias ha dejado claro que la existencia de una carencia actual de objeto, “no es óbice para que la Corte analice si existió una vulneración y, en esa medida, determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”, aunque no pueda conceder la tutela por la ineficacia de la orden a emitir, pero “siguiendo la posición de la Corte de no confirmar una decisión contraria a la Carta” ha resuelto revocar las sentencias que ha encontrado no ajustadas a derecho, aunque, precisamente, por razón de la carencia de objeto”. Subrayado fuera del texto original

1. Sobre la base de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte, ha fijado, como regla general dos posibilidades, concernientes en que:

“a.) si la Corte encuentra que la decisión se profirió conforme a la Constitución Política y a la jurisprudencia, confirmará el fallo;

“ b.) si verifica que sí hubo una vulneración, o que la tutela era procedente, revocará la decisión y señalará que aunque se habría concedido la tutela, se presentó un daño consumado con la muerte del actor, con lo que se configura la carencia de objeto y así lo declarará, previo su pronunciamiento de fondo, para determinar el alcance de los derechos vulnerados (en armonía con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991) y emitirá la orden de compulsar copias de la sentencia y del expediente a las autoridades correspondientes para eventuales investigaciones, si fuera del caso”. Subrayado fuera del texto original.

“La excepción a esta regla la configura la circunstancia de que los efectos de la vulneración de los derechos fundamentales del actor se proyecten en su familia supérstite, caso en el

cual la tutela se concede para la protección de los derechos de la familia”.<sup>52</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, pese a que una de las accionantes en el presente proceso falleció, se entrará a estudiar su caso concreto con el fin de determinar si frente a la misma debía o no proceder el amparo solicitado.

vii. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios

1. En el sistema de salud colombiano, el acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, ya que de ello también dependen la oportunidad y la calidad del servicio.

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.<sup>53</sup> Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

2. Expresamente, la regulación ha señalado que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.”<sup>54</sup> En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.<sup>55</sup> Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud.

En conclusión, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité. Basta con que la persona se dirija a la EPS a la que se encuentra afiliada y haga la respectiva solicitud; de allí en adelante, es la EPS la que debe encargarse de realizar el resto de los trámites. Para la Corte 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeto su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio.

#### viii. Análisis de los casos concretos

##### 1. Expediente T-3082042

Tal y como quedó establecido en los antecedentes, la señora Rojas Riaño interpuso acción de tutela en representación de su cónyuge Fredy Orlando Cely Chocontá contra Solsalud EPSS, dado que ésta última se negó a proporcionarle hospitalización domiciliaria y un ventilador mecánico de la misma categoría.

Consta en el expediente que el 28 de febrero de 2011 el señor Cely tuvo que ser llevado a urgencias al Hospital de Suba y consta en la historia clínica que padece de distrofia muscular y falla ventilatoria. De hecho, precisamente el Hospital de Suba envió a Solsalud EPSS una solicitud con el fin de que se le entregara un ventilador mecánico al paciente y así poder proceder con la hospitalización domiciliaria, pero la EPSS nunca contestó ni envió a un especialista adscrito a su red para que lo evaluara y ordenara aquello que fuera pertinente. Hasta el momento en que se interpuso la tutela se encontraba recibiendo soporte ventilatorio mecánico por traqueostomía y no había sido posible desconectarlo.

El señor Cely tiene 28 años de edad y se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud donde le han venido prestando los servicios que ha requerido a causa de su enfermedad. Sin embargo, en este último evento su EPSS no se manifestó.

Es evidente que el estado de salud del paciente es sumamente grave ya que no puede sobrevivir si no se encuentra conectado a un ventilador; existe la orden de un médico de urgencias que establece que es absolutamente necesario un ventilador mecánico y que al

señor Cely se le brinde atención domiciliaria; pertenece al régimen subsidiado, de donde se puede colegir que no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear los gastos que su enfermedad implica, además la EPSS accionada no demostró lo contrario; y, por último, no existe otra opción, que se encuentre contemplada en el POSS que pueda suplir el ventilador mecánico y la atención domiciliaria, salvo aquella de permanecer internado en un hospital hasta el final de sus días.

La Corte Constitucional ha venido protegiendo el derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional bajo el cumplimiento de los requisitos ya ampliamente mencionados. En este caso ellos se cumplen y por tratarse de una persona perteneciente al régimen subsidiado la obligación de cubrir el tratamiento es de la entidad territorial a la cual pertenece el paciente, es decir, de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. Es esta entidad la que se encuentra obligada a proveer al señor Cely del ventilador mecánico que necesita y de todos los demás servicios y tratamientos que son esenciales para que pueda seguir viviendo en condiciones dignas.

Es por esto que la Sala procederá a ordenar a Solsalud EPSS que autorice y entregue al señor Cely Chocontá el ventilador mecánico y la hospitalización domiciliaria que fueron ordenados en atención de urgencias del Hospital de Suba. La mencionada entidad podrá repetir por el 100% de los gastos que implique dicho suministro contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

## 2. Expediente T 3086360

En este caso, se encuentra la Sala frente a una mujer, la señora Osiris Judith Yanes Romero, que padece de fuertísimos dolores de espalda que le impiden llevar una vida normal ya que padece de gigantomastia producto del peso de busto. Por esta razón, la accionante interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud de Soledad, Atlántico, teniendo en cuenta que ésta se ha negado a autorizarle la práctica de una mamoplastia de reducción.

La señora Yanes es una mujer joven, de 33 años de edad, y se encuentra afiliada al régimen subsidiado en el nivel 1 del Sisbén por lo que es atendida en la ESE Hospital Niño Jesús de Barranquilla, entidad que frecuentó en repetidas ocasiones para que se determinara el origen de su dolencia. Allí, el ortopedista le manifestó que, pese a que aún no tenía daños en la columna, la hipertrofia mamaria gigantomastia que padece era la causante de sus fuertes

dolores.

Teniendo en cuenta lo anterior, fue valorada por un cirujano y éste le sugirió la práctica de una mamoplastia de reducción, por lo cual la accionante inició los trámites para solicitar la intervención quirúrgica, encontrándose con que la entidad accionada le negó la autorización para la realización del procedimiento por considerar que se trataba de un procedimiento estético. Esta negativa ha desmejorado notablemente su calidad de vida por cuanto los dolores son insoportables y en ocasiones ni siquiera puede levantarse a trabajar y ha tenido que volver a depender de sus padres pese a estar acostumbrada a ser una persona productiva.

El padecimiento de la accionante se encuentra probado en el expediente a través de su historia clínica en la que se indica que los dolores que padece la señora se producen por el peso que tienen sus senos y se recomienda una mamoplastia de reducción. Obra también allí la solicitud de programación quirúrgica para practicar la mamoplastia de reducción en el Hospital Niño Jesús de Barranquilla y la fotocopia de su carné de afiliación al nivel I del Sisben.

Se procede entonces a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para poder ordenar el cubrimiento de tratamientos, procedimientos y medicamentos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud. En primer lugar se verifica que se trata de un padecimiento que si bien hasta el momento no ha puesto en peligro la vida de la accionante, sí puede llegar a hacerlo en un futuro por el compromiso que puede implicar en la columna de la paciente, además se trata de una condición que atenta contra el derecho a la vida en condiciones dignas ya que le impide trabajar y desenvolverse normalmente en la sociedad. Adicionalmente, no existe otro procedimiento apto dentro del POS para corregir el padecimiento que aqueja a la señora Yanes Romero, su única posibilidad es la cirugía denominada mamoplastia de reducción. En tercer lugar, se probó en el expediente que la accionante pertenece al nivel I del Sisben, razón por la cual puede presumirse que se trata de una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragar este tipo de procedimiento, aseveración que además, la EPSS a la que pertenece no controvertió. Por último, obra en el proceso la hoja de evolución por consulta externa en la que el doctor Luis F. Ovalle (cirujano general), indica que la paciente amerita una mamoplastia de reducción; así mismo, se encuentra el formato de

solicitud de programación quirúrgica en el que se solicita el mismo procedimiento por parte del mismo especialista.

Por las anteriores razones, y teniendo en cuenta además que el derecho a la salud ha sido considerado como un derecho fundamental que además debe ser protegido de manera integral, esta Sala procederá a ordenarle a la EPSS a la que pertenece la accionante la autorización y práctica de la cirugía denominada mamoplastia de reducción que la señora Osiris Yanes Romero requiere para poder tener una vida digna y un desempeño normal en sociedad.

Por tratarse de una paciente que se encuentra en el nivel I del Sisben, se ordenará a la EPSS la realización del procedimiento y ésta podrá repetir por la totalidad de los gastos que ello implique contra la Secretaría Local de Salud de Soledad, Atlántico.

### 3. Expediente T 3087558

En este evento la señora Rita Higgins de la Hoz interpuso acción de tutela en representación de su padre el señor Fausto Eduardo Higgins Molina, quien cuenta con 84 años de edad, contra EPS Sura entidad a la que se encuentra afiliado en el régimen contributivo desde hace varios años.

Se trata de un paciente que padece de diabetes mellitus por lo que uno de sus médicos tratantes le ordenó un medicamento denominado Insulina Humulin NPH. Sin embargo, el paciente inició el tratamiento y consideró que dicho medicamento no produjo resultados positivos ni mejorías en su estado de salud. Por esta razón, acudió a un especialista particular quien le recomendó que solicitara ante el Comité Técnico Científico un medicamento diferente conocido como Insulina Humulin 70/30 Zinc Cristalina.

Presentada la anterior solicitud ante el mencionado Comité, ésta fue negada bajo el argumento de que el medicamento solicitado se encontraba por fuera del POS. A partir de ese momento la accionante y su padre han tenido que adquirir el medicamento ordenado por su cuenta con el fin de evitar que el estado de salud del señor Higgins se vea comprometido. Sin embargo, manifiestan que no cuentan con la capacidad económica para seguirlo sufragando.

Se encuentra efectivamente probado en el expediente que el señor Higgins sufre de diabetes mellitus y que la doctora particular Anélica Padilla le ordenó tomar el medicamento Insulina Humulin 70/30 Zinc Cristalina y que éste le fue negado por el Comité Técnico Científico por encontrarse por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe entonces recordarse la jurisprudencia según la cual uno de los requisitos que se debe acreditar cuando se solicita un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, consiste en que dicho medicamento haya sido ordenado por el médico tratante del paciente. No obstante, se ha establecido también que el concepto médico de un profesional de la salud, no adscrito a la red de instituciones prestadoras de salud de la respectiva EPS, no puede ser desestimando sin ningún tipo de argumentación médica.

Cuando se presenta este tipo de situación en la cual un médico particular le ordena al paciente un determinado medicamento o tratamiento, la persona cuenta con el derecho al diagnóstico, derecho que implica que la entidad promotora de salud debe explicar las razones médicas y científicas por las cuales avala o desestima el concepto de un médico que no ha tratado de manera regular al paciente. De este modo, es necesario que en estos casos la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente autorice que el mismo sea visto por un profesional especializado que sea quien determine si el medicamento ordenado por fuera de la EPS es el adecuado o no para tratar el padecimiento específico.

En conclusión, la EPS accionada en cada caso concreto no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante.

Por las razones anteriores, se procederá a ordenar a Sura EPS validar el diagnóstico emitido por la doctora Angélica Padilla, médico particular que vio al paciente, y remitir al señor Fausto Higgins de la Hoz a un médico adscrito a la misma para que determine si para él resulta más beneficioso tomar el medicamento denominado Insulina Humulin 70/30 Zinc Cristalina o el denominado Insulina Humulin NPH.

#### 4. Expediente T 3089978

Pasa la Sala a analizar el caso del señor Carlos Alberto Pico Dulcey quien interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS por cuanto la accionada se negó a autorizarle la cirugía denominada BARIATRICA (Bypass Gástrico por Laparoscopia).

Se trata de un hombre de 22 años de edad, quien era beneficiario de la señora Nelly Dulcey en el régimen contributivo y estaba afiliado a Humana Vivir EPS. Allí recibió diferentes tratamientos y atención por tratarse de una persona que padece de obesidad grado II, diabetes severo, HTA e hígado graso; enfermedades que le han generado limitaciones en su desplazamiento por el dolor intenso que siente en sus rodillas, problemas de insomnio, úlcera gástrica severa y hernia hiatal tipo I.

Dada la situación anteriormente descrita, su médico tratante le hizo saber que la última y mejor opción para mejorar su calidad de vida era la cirugía bariátrica. Sin embargo, ésta le fue negada por parte de la EPS accionada por considerar que no existía un riesgo inminente para la vida o para la salud del paciente, sin tener en cuenta que el paciente conocía los riesgos de la cirugía y había aceptado concientemente someterse a ellos.

Si se tiene en cuenta la situación del paciente hasta este punto, podría deducirse que su estado de salud es grave y que efectivamente requería del procedimiento quirúrgico ordenado. Sin embargo, una vez le había sido concedida la tutela en sede de primera instancia, la EPS accionada demostró que el accionante se encontraba afiliado a ella como beneficiario de su madre de manera que, al tener más de 18 años, debía demostrar que se encontraba estudiando para poder seguir teniendo dicho beneficio. Por esta razón, se le solicitó que aportara un certificado de estudio y él adjuntó uno de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Bucaramanga en el que se establecía que el mismo era estudiante de ingeniería. Sin embargo, cuando la EPS procedió a verificar dicha información se encontró con que la misma era falsa por cuanto el accionante estudió allí en el año 2009 pero en el 2010 no se matriculó.

Dado lo anterior, al momento de interponer la acción de tutela la afiliación del accionante al sistema general de seguridad social en salud se encontraba suspendida ya que por su edad, no podía continuar siendo beneficiario de su madre en el régimen contributivo sin estar estudiando y debía afiliarse como independiente o inscribirse para ser afiliado en el régimen

subsidiado.

Así las cosas, pese a las enfermedades que está padeciendo el señor Carlos Alberto Pico resulta imposible impartir cualquier tipo de orden a la EPS accionada por faltar su legitimación por pasiva. Solo puede sugerírsele al accionante que se afilie al régimen contributivo como cotizante independiente o que solicite su afiliación al sistema en el régimen subsidiado.

#### 5. Expediente T 3094669

El señor Rusberth Alberto Naranjo Cortés interpuso acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud SOS por cuanto éste se ha negado a pagarle algunas de las incapacidades que le fueron ordenadas dado su estado de salud.

El accionante estaba afiliado a Servicio Occidental de Salud SOS en calidad de cotizante desde el 16 de junio del año 2010. Durante el mes de agosto del 2010 el doctor Gonzalo Mejía García lo incapacitó por tener neumonía y dichas incapacidades le fueron canceladas hasta el mes de octubre. Sin embargo, aquellas que se generaron a partir del mes de noviembre le fueron negadas bajo el argumento de que las cotizaciones fueron pagadas por su empleador de manera extemporánea.

El señor Naranjo Cortés demostró en el expediente que es una persona de escasos recursos ya que devenga el salario mínimo legal mensual vigente, por lo que para él resulta de vital importancia que se ordene a la entidad demandada realizar el pago de las incapacidades que no se le han reconocido.

Se encuentra probado que el actor tiene 31 años de edad, que estuvo incapacitado durante varios meses y que la EPS rechazó el pago de las incapacidades correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010 y enero y febrero de 2011. Dicha negativa se produjo porque según la entidad accionada el empleador no realizó el pago de los aportes dentro de los seis primeros días hábiles de cada uno de los meses cuyas incapacidades no fueron pagadas, sino que éste se hizo de forma extemporánea.

Tal y como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia, la Corte Constitucional ha reconocido que el pago extemporáneo de los aportes no puede implicar que a la persona

afiliada no se le paguen las incapacidades de ley, a menos que la EPS haya actuado de alguna manera para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o haya rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido. Sin embargo, en aquellos eventos en que el pago haya sido extemporáneo pero la entidad reciba el pago se entenderá que se ha allanado a la mora y que el pago ha quedado perfeccionado con base en la teoría del allanamiento y el principio de buena fe. De esta manera, en estos casos la entidad allanada está obligada a pagar las incapacidades por enfermedad general.

Vale la pena mencionar además que en estos casos, el hecho de que el empleador o el trabajador independiente hayan realizado el pago extemporáneo de los aportes, no significa que dichos recursos no se encuentren en el patrimonio de las entidades prestadoras de salud, por lo que no es admisible el recobro de estos rubros ante el Fosyga.

Con base en las razones anteriores esta Sala procederá a ordenar al Servicio Occidental de Salud SOS que cancele el valor de las incapacidades por enfermedad general de los meses de noviembre y diciembre de 2010 y de enero y febrero de 2011 al señor Rusberth Alberto Naranjo.

#### 6. Expediente T 3095101

Quedó demostrado en el expediente que el accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado desde el año 2002 en el Nivel II del Sisben y en Humana Vivir EPS-S. Se trata de una persona que cuenta con 34 años de edad y padece de síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH) desde hace 8 años, lo que le ocasiona graves inconvenientes de salud.

En una de las consultas su médico tratante le ordenó aplicarse la vacuna denominada "Antohepatitis B solución inyectable por 1MI" (3 dosis) y el suplemento nutricional "Ensure". Las dos órdenes constan en el expediente. Sin embargo, ambos medicamentos le fueron negados mediante formato de negación de servicios, por no estar contemplados en el POS-S.

Manifestó el accionante que el costo de la vacuna es de \$43.000 por dosis y el del suplemento de \$304.000 mensuales, y que no se encuentra en la capacidad económica de asumir estos gastos puesto que se encuentra desempleado y lo único que recibe es lo que le sufragan por hacerle refuerzo escolar a dos niños.

En este evento, se encuentra la Sala con el caso de una persona que padece VIH Sida, enfermedad que permanentemente pone en riesgo su salud y su vida y por la cual debe protegerse de cualquier tipo de bacteria o virus que pueda atacarlo. Se trata además de un sujeto que se encuentra vinculado al sistema general de seguridad social en salud en el régimen subsidiado y que indica estar desempleado, de donde puede inferirse que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el valor de las vacunas que le fueron ordenadas y del suplemento alimenticio que debe consumir, ambos en razón a mantenerse protegido de otras enfermedades que puedan empeorar su estado. En tercer lugar, dentro del Plan Obligatorio de Salud no se encuentra otro tipo de vacuna preventiva de la hepatitis B ni ningún otro medicamento que pueda cumplir las funciones de un suplemento alimenticio. Por último, obran en el expediente las órdenes correspondientes a los dos insumos que se solicitan, expedidas por médicos adscritos a la EPSS accionada.

De lo anterior se colige que en el caso bajo estudio se cumplen los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia para ordenar a las Entidades Prestadoras de Salud la autorización y entrega de medicamentos y tratamientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Razón por la cual, la Sala procederá a ordenar a Humana Vivir EPSS la autorización y entrega de las tres dosis de vacuna contra la hepatitis B y el suplemento alimenticio Ensure que el paciente requiere para mantener estable su estado de salud. La EPSS accionada se encuentra facultada para repetir por el 100% de los costos en que tenga que incurrir en este evento contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

## 7. Expediente T 3096446

Pasa la Sala a estudiar el último caso del presente proceso. En este evento la señora Elvira Buitrago de García interpuso acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Hospital Centro Oriente ESE, por cuanto las accionadas se negaron a brindarle el oxígeno mensual que necesitaba para tratar su patología.

Se trataba de una mujer de la tercera edad (de 87 años) que padecía de EPOC desde hacía más de 20 años, se encontraba afiliada al régimen subsidiado y calificada en el nivel 3 del Sisben por lo que cancelaba el 30% del valor de los procedimientos. Su médico tratante le ordenó utilizar oxígeno durante 20 horas al día con el fin de mejorar sus condiciones de vida y prolongar el tiempo de su existencia. Sin embargo, la EPS accionada le exigía sufragar el

copago correspondiente, que en este caso equivalía a un salario mínimo legal mensual vigente, para hacer entrega del mencionado oxígeno. La accionante no contaba con la capacidad económica para realizar dicho pago.

Por otra parte, la accionante recibió la última atención de urgencias en la ciudad de Bogotá y la solicitud del servicio negado se hizo ante la Secretaría Distrital de Salud de la ciudad de Bogotá, pero la accionante se encontraba afiliada a Convida EPSS de Anolaima, Cundinamarca, de manera que la Secretaría la remitió a solicitar el servicio ante su EPSS.

Sin embargo, durante el trámite de la acción de tutela la señora Buitrago falleció por lo que en este evento se encuentra la Sala ante un caso de carencia actual de objeto por daño consumado ante el fallecimiento del accionante.

En todo caso, es menester indicar que en el caso bajo estudio la accionante tenía derecho a que se le exonerara del copago que tenía que sufragar, teniendo en cuenta que, en el momento de la prestación de los servicios de salud las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del legislador, de acuerdo con la cual “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobre”.<sup>56</sup>

Para la Corte, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.<sup>57</sup>

Por lo anterior, encuentra la Corte que efectivamente hubo una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante que finalmente condujo a su fallecimiento.

## VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos contenida en Auto de fecha cuatro (04) de octubre de 2011, proferido por la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá en única instancia, el día 29 de abril de 2011 y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del señor Fredy Orlando Chocontá.

Tercero.- ORDENAR a Solsalud EPSS que autorice y entregue al señor Cely Chocontá el ventilador mecánico y la hospitalización domiciliaria que fueron ordenados en atención de urgencias del Hospital de Suba. La mencionada entidad podrá repetir por el 100% de los gastos que implique dicho suministro contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Cuarto.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, Atlántico, proferido en única instancia el 25 de abril de 2011 y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos de la señora Osiris Yanes.

Quinto.- ORDENAR a Mutualser EPSS que autorice y practique la cirugía denominada mamoplastia de reducción que la señora Osiris Yanes Romero requiere para poder tener una vida digna y un desempeño normal en sociedad. La mencionada EPSS podrá repetir por la totalidad de los gastos que ello implique contra la Secretaría Local de Salud de Soledad, Atlántico.

Sexto.- REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla el 26 de abril de 2011, y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos del señor Fausto Higgins Molina.

Séptimo.- ORDENAR a Sura EPS convocar a su Comité Técnico Científico para que determine, con base en razones médicas y científicas, la conveniencia del medicamento Insulina Humulin 70/30 Zinc Cristalina para tratar la enfermedad del señor Fausto Higgins, y que, de considerarse que es el indicado, proceda a su autorización.

Octavo.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito en segunda instancia el 07 de abril de 2011 que declaró improcedente la acción de tutela impetrada por el señor Carlos Alberto Pico, por las razones expuestas en este fallo.

Noveno.- CONFIRMAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, Caldas, el 9 de mayo de 2011, que tuteló los derechos fundamentales del señor Rusberth Alberto Naranjo Cortés y ordenó el pago de las incapacidades que dejó de percibir durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 y enero y febrero de 2011.

Décimo.- REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá el 3 de mayo de 2011 y en consecuencia CONCEDER el amparo de los derechos del señor Carlos Guerrero Sastoque.

Décimo Primero.- ORDENAR a Humana Vivir EPSS la autorización y entrega de las tres dosis de vacuna contra la hepatitis B y el suplemento alimenticio Ensure que el paciente requiere para mantener estable su estado de salud. La EPSS accionada se encuentra facultada para repetir por el 100% de los costos en que tenga que incurrir en este evento contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Décimo Segundo.- Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-064/12

Referencia: expedientes T-3082042, T-3086360, T-3087558, T-3089978, T-3094669, T-3095101 y T-3096446.

Acciones de tutela instauradas separadamente por LEYDY ROJAS RIAÑO contra Solsalud EPS, OSIRIS YANES ROMERO contra Secretaría de Salud municipal de Soledad, RITA HIGGINS DE LA HOZ contra EPS Sura, CARLOS PICO DULCEY contra Humana Vivir EPS, RUSBERTH NARANJO CORTES contra Servicio Occidental de salud S.O.S. EPS, JUAN GUERRERO SASTOQUE contra Humana Vivir EPS y ELVIRA BUITRAGO DE GARCIA contra Secretaría Distrital de Salud y otro.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Aun cuando comparto la decisión de la mayoría, en los varios asuntos acumulados y resueltos en esta providencia, me permito aclarar mi voto respecto de lo considerado en relación con el caso de la señora ELVIRA BUITRAGO DE GARCIA.

Atinadamente, estimó la Sala que dado el fallecimiento de la mencionada, se estaba frente a una situación de carencia actual de objeto por daño consumado. Igualmente, se acertó cuando se decidió emitir un pronunciamiento sobre la cuestión y, se concluyó que era menester, en su momento, haber exonerado de los copagos a la extinta octogenaria señora BUITRAGO DE GARCIA. Sin embargo, considero, la Sala debió ir un poco más lejos.

Esta claro que la fallecida requirió una cantidad de oxígeno prescrita por el galeno de turno. También está claro que tal servicio y dada la gravedad de la paciente, implicaba un copago cuyo valor ascendía a la suma de un salario mínimo mensual vigente, del cual, según se entiende, no disponía. Del mismo modo, se pudo advertir que la afiliación de la afectada a la

EPS de Anolaima (Cund.) le suponía trámites administrativos para lograr una más adecuada atención en Bogotá. Todo ello confluó para que en su momento la señora BUITRAGO acudiese al amparo constitucional y en ese camino muriera.

En este caso, resultaba procedente hacer un llamado a prevención a la Secretaría de salud del Distrito y al Hospital Centro Oriente ESE, para que en un futuro, no volvieran a incurrir en las conductas que impidieron una oportuna prestación del servicio demandado por la mayor adulta varias veces citada.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Sentencia T -288 de 1995.

2 Sobre el tema ver también la sentencia T-899 de 2007.

3Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.

4Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras.

5 Sentencia T-760 de 2008.

6 T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

9 Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

10 Sentencia T-760 de 2008.

11 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992, sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud (ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998, SU-819 de 1999, T-344 de 2002 y T-543 de 2002.) Sic.

12 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007. En la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (exámen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar "(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos."

13 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016 , T-024 y T-086 de 2005.

14 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

15 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que "cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no

contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002; en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005.

16 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004].

17 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; estas condiciones fueron fijadas en la sentencia T-395 de 1998 y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

18 Corte Constitucional T-1022 de 2005.

19 Sentencia T-760 de 2008.

20 Sentencia T-223 de 2006.

21 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).

22 En la sentencia T-941 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), la Corte estudió la acción de tutela ejercida contra una IPS, por negarse a suministrar las prótesis ortopédicas requeridas por el actor, para recuperar la función motriz perdida tras la amputación de sus

extremidades inferiores. En dicha oportunidad, esta Corporación consideró que el amparo procede no solamente cuando la vida del demandante se encuentre en grave peligro, sino también cuando la vida digna del ciudadano se verá seriamente lesionada. Se planteó, así mismo, el problema hermenéutico respecto de la inclusión o no de las prótesis en el POS. Concluyó el alto Tribunal que las prótesis de extremidades inferiores estaban incluidas en el plan, por cuanto su finalidad es complementar la capacidad física del paciente. En este caso se realizó una aplicación amplia de éste criterio de interpretación.

23 Algunos casos en los cuales se ha aplicado este criterio: T-221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se estudiaba el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, el cual no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: “Que el procedimiento de transplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del “procedimiento” como un todo”. Ver también Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de éste criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Con todo, hay que reconocer que en algunos casos la Corte ha ordenado el suministro del lente intraocular como si estuviera excluido del POS.

24 La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio pro homine, por ejemplo, como regla interpretativa de la convenciones internacionales se ha señalado que

“(…) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos”, sentencia C-251 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero). Ver también Sentencia C-148 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis) y C-318 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz).

25 Sentencia T-037 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se estudió en caso de una menor con un déficit del aprendizaje a quien el habían ordenado terapia del lenguaje, psicológica y ocupacional, las cuales fueron negadas por la EPS por considerar que se encontraban excluidas del POS. La Corte analizó el caso y encontró que estas exclusiones no eran absolutas sino que dependían del cumplimiento de ciertas condiciones que la EPS no había evaluado para negar el servicio y que en el caso concreto no había lugar a la exclusión. La Corte señaló que en aquellos casos en los que la exclusión depende del cumplimiento de unas condiciones la EPS, antes de negar la prestación del servicio, está obligada a evaluar el caso concreto.

26 Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

27 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).

28 Consultar Sentencia T-518 de 2006.

29 Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

30 En el mismo sentido ver las sentencias T-053 de 2009, T-760 de 2008, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, entre otras.

31 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

32 Es un trastorno congénito poco frecuente que afecta el cerebro, la piel y los ojos. Se presenta un crecimiento anormal de vaso sanguíneo en el nervio trigémino de la cara y las meninges (membranas que recubren) del cerebro. Este crecimiento anormal produce una

coloración roja o púrpura de la piel (a veces llamada mancha de vino de Oporto), por lo general en un lado de la cara, y también puede causar convulsiones, dificultades de aprendizaje y glaucoma. También se llama SWS (En: [www.cancernet.gov](http://www.cancernet.gov)).

33 La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas discapacitadas, define el vocablo discapacidad en los siguientes términos: “Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

34 T-988 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esa oportunidad el Tribunal Constitucional concluyó: “(...) El Estado ni las autoridades públicas pueden negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas discapacitadas compensar sus limitaciones para obtener una real integración a la sociedad. Este deber de protección no solo radica en cabeza de las y de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a todas las autoridades públicas sin excepción, incluso a los particulares que -como las Empresas Promotoras de Salud- prestan el servicio público de salud.”

35 Consúltese la sentencia T-975 de 2008. En esa oportunidad, la Corte ordenó el suministro de PAÑALES DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

36 Sentencia T-053 de 2009. Sobre el tema también se pueden consultar las sentencias T-653 de 2008, T-975 de 2008 y T-601 de 2008.

37 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02 y T-990/02.

38 Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

39 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela solicitado por un accionante, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

40 En la sentencia T-500 de 2007, por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

41 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

42 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 y T-1041 de 2005.

43 En la sentencia T-1138 de 2005 se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

44 En la sentencia T-662 de 2006 la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la

asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

45 Sentencia T-760 de 2008.

47 Sentencia C-177 de 1998. MP. La aplicación de la figura del allanamiento a la mora en materia de licencia por maternidad, ha sido reiterada por esta corporación en abundante jurisprudencia, ver sentencias: T-005/06, T-105/06, T-150/06, T-182/06, T-202/06, T-208/06, T-210/06, T-218/06, T-336/06, T-347/06, T-360/06, T-371/06, T-408/06, T-409/06, T-414/06, T-437/06, T-459/06, T-481/06, T-543/06, T-569/06, T-603/06, T-674/06, T-946/06, T-983/06, T-1011/06, T-1024/06, T-1058/06, T-1089/06, T-003/07, T-008/07, T-032/07, T-034/07, T-039/07, T-088/07, T-122/07, T-629/07, T-667/07, T-707/07, entre otras.

48 Sentencia T-413 de 2007.

49 Sentencia T-956 de 2008.

50 Respecto del allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del trabajador independiente, ver entre otros, los siguientes fallos, referentes al pago de incapacidades laborales: T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-789 de 2005, T-094 de 2006, T-274 de 2006, T-761 de 2006, T-956 de 2006, T-466 de 2007 y T-483 de 2007.

51 SU-540/07.

52 SU-540/07.

53 Corte Constitucional, sentencia T-635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). La accionante, quien padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

54 Decreto 1703 de 2002, artículo 40.

55 En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis).

56 Artículo 187 de la Ley 100 de 1993, segundo inciso; de acuerdo con esta norma, los recaudos por estos conceptos 'serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud', no obstante, advierte que 'el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía', Fosyga.

57 Artículos 187 y 188 ('Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios') de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que "las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación." En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.