

## DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de oxígeno por ARS

En el presente caso está establecido que la falta del oxígeno domiciliario le ocasiona asfixia permanente a la petente, lo cual afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, que se trata de un servicio que no puede ser substituido por otro, pues no resulta razonable el traslado permanente de la paciente al hospital para el suministro del oxígeno, que se trata de una persona de escasos recursos que no tiene ninguna fuente de ingresos y que depende de su familia la que tampoco dispone de medios para atenderla, que el medicamento fue ordenado por un médico adscrito a la A.R.S. demandada, y que no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Referencia: expediente T-1185655

Peticionaria: Diana Patricia Londoño

Procedencia: Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

### SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el cuatro (4) de agosto de dos mil cinco (2005) por el Juez Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia.

#### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Selección de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

## 1. Solicitud

La señora Diana Patricia Londoño, obrando como agente oficioso de su madre, Amalia Londoño viuda de Salazar, anciana de 79 años de edad gravemente enferma que por tal razón no se encontraba en posibilidad de incoar la presente acción personalmente, solicita al juez de tutela que proteja los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de su madre, presuntamente vulnerados por la A.R.S. CAPRECOM.

Los hechos y argumentos de derecho que soportan su solicitud son los siguientes:

1. Su madre se encuentra afiliada a la A.R.S. CAPRECOM, régimen subsidiado, estrato socio económico uno (1) urbano del Municipio de Segovia, Antioquia, lo que demuestra su estado de pobreza.

2. Desde hace algunos meses su madre presenta enfermedad pulmonar obstructiva crónica permanente, que la hace requerir del suministro de oxígeno domiciliario, el cual fue ordenado por su médica tratante.

3. Al solicitar a la Empresa Social del Estado (E.S.E.) Hospital San Juan de Dios el suministro del oxígeno domiciliario, dicha institución manifestó que CAPRECOM no lo suministraba, dado que esa prestación se encontraba por fuera del POS subsidiado (en adelante POS-S). Por esta razón, los familiares se han visto obligados a comprar el oxígeno por su propia cuenta. Una pipeta de oxígeno le dura doce (12) días, y tiene un valor de setenta y cinco mil pesos (\$75.000), no pudiendo prescindir de él sin asfixiarse.

4. Dado que su madre es una anciana de setenta y nueve (79) años, que no tiene ingresos de ninguna especie, ni posee medios económicos para sufragar tales gastos, depende económicamente para ello de sus familiares; éstos obtienen su sustento como “vendedores de boletas”, lo cual hace que sean personas de escasos recursos, siendo para ellos muy oneroso costear el servicio de oxígeno domiciliario.

5. Con la negativa a entregar el oxígeno que requiere su madre, la ARS CAPRECOM está

violando su derecho a la salud en conexión con la vida digna, así como sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la familia, “en la medida en que todos tenemos derecho a ser atendidos en iguales condiciones y de manera oportuna”. Lo anterior por cuanto “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.”

Con fundamento en los anteriores hechos y fundamentos de derecho, la accionante solicita que se ordene a la A.R.S CAPRECOM, que suministre a su madre el oxígeno domiciliario que ella requiere para sobrevivir, e igualmente la droga que le sea recetada por los médicos tratantes, para así mejorar su estado de salud y llevar una vida en condiciones dignas.

## 2. Contestación de la demanda por CAPRECOM A.R.S

Notificada oportunamente de la anterior demanda, la Dirección Territorial de la Regional Antioquia de CAPRECOM A.R.S la contestó en los siguientes términos:

1. La señora Amalia Londoño de Salazar se encuentra afiliada a CAPRECOM A.R.S. como beneficiaria del régimen subsidiado, lo cual le da derecho a gozar del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S), de conformidad con los acuerdos 72 y 74 de 1997, expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

2. La patología que presenta dicha usuaria es la de “enfermedad pulmonar crónica”, la cual no está contemplada en el POS-S; por lo tanto no es competencia de la A.R.S atender dicha patología. En tal virtud, la prestación del servicio debe ser asumida por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en el primer nivel de atención, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, de conformidad con lo prescrito en el artículo 4° del Acuerdo 72 de 1997 antes mencionado. La A.R.S. solamente asume el suministro de oxígeno domiciliario en caso de enfermedades catastróficas, y este no es el caso de la paciente Londoño Salazar.

3. De ordenarse a CAPRECOM A.R.S. el suministro del servicio solicitado, se estarían destinando recursos asignados por el Estado a finalidades diferentes de las contratadas, pudiendo llegar a configurarse el delito de peculado por aplicación oficial diferente, conforme al artículo 399 del Código Penal.

4. Debería reconvenirse a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia para que celebre con las I.P.S públicas o privadas los contratos que le impone la ley, para la prestación de los servicios que le corresponde reconocer en complemento del POS-S.- De lo contrario se seguirá propiciando que los usuarios se vean en la necesidad de instaurar acciones de tutela para lograr la prestación de tales servicios, y fallos judiciales que les asignan a las ARS responsabilidades por servicios médicos que legalmente no les corresponden.

5. En caso de que en el presente proceso se falle en contra de CAPRECOM A.R.S., ordenándole la prestación del servicio que es demandado, se estaría obligando a una Empresa Comercial e Industrial del Estado a destinar de manera equivocada los recursos, cubriendo procedimientos médicos que legalmente no son de su competencia, y quedando sin recursos para cumplir con los fines y objetivos propuestos y delimitados desde el mismo mandato legal.

6. Por todo lo anterior la demandada solicita que se declare improcedente la acción, y en caso de que se encuentren amenazados derechos fundamentales de la usuaria, pide que se condene únicamente a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

### 3. Integración del contradictorio

Vista la anterior contestación, el Juez Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia, decidió integrar el contradictorio notificando la demanda a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, ya que eventualmente el fallo podría afectarla.

### 4. Contestación de la demanda por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia

En respuesta a la anterior notificación, el Secretario Seccional de Salud de Antioquia procedió a contestar la demanda de tutela en los siguientes términos:

1. La señora Amalia Londoño de Salazar se encuentra afiliada a CAPRECOM A.R.S. como beneficiaria del régimen subsidiado, entidad a la cual le corresponde prestar los servicios de salud y suministrar los medicamentos definidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POS-S.

2. Los servicios solicitados por la demandante se encuentran en el primer nivel de atención, toda vez que fueron ordenados por un médico general, por lo que su suministro corresponde

a la A.R.S CAPRECOM. En ningún caso las atenciones de primer nivel corresponden a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

3. La Dirección Seccional de Salud de Antioquia debe ejercer sus funciones conforme a lo revisto en la Constitución y la Ley, y ésta no la obliga a garantizar servicios médicos que están a cargo de los municipios. Al ejecutar esta conducta se configuraría extralimitación en el ejercicio de sus funciones, pudiendo llegar a incurrirse en el delito de peculado por apropiación indebida.

4. No obstante lo anterior, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia solicita al juez de tutela que autorice “el recobro a la A.R.S. CAPRECOM por los servicios prestados por la DSSA y que son de su competencia, y ante el fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, con cargo a la subcuenta de solidaridad, por lo no contemplado entro del POS.”

5. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el plenario, entre otras, las siguientes pruebas:

1. Copia del carné de afiliación a CAPECOM A.R.S. de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar

2. Copia de la fórmula médica expedida por la doctora Norelly Cardona, médica general de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Segovia, Antioquia, en la que aparece un diagnóstico médico, según el cual la paciente Amalia Londoño padece de dificultad respiratoria permanente y requiere oxígeno domiciliario.

3. Acta correspondiente al interrogatorio de parte que formuló el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia, a la señora Diana Patricia Londoño, agente oficiosa de la señora Amalia Londoño, cuyos derechos fundamentales se busca proteger a través de la presente acción de tutela. En esta diligencia, la interrogada amplía la información suministrada en al demanda.

4. Carta enviada por el gerente de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Segovia, Antioquia, al Juez Promiscuo de Familia del mismo municipio, solicitándole información sobre la dirección y teléfono de la señora Amalia Londoño<sup>1</sup>, a fin de ubicarla para el suministro del oxígeno requerido por la usuaria.

## II. ACTUACIÓN JUDICIAL

Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia.

Mediante Sentencia proferida el cuatro (4) de agosto de 2005, el Juez Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia, decidió no conceder la tutela solicitada para la protección de los derechos de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar.

En sustento de esta determinación expuso que no era posible otorgar la protección invocada, dado que del interrogatorio practicado a la demandante se evidenciaba que no había adelantado ninguna gestión directa ante CAPRECOM E.P.S., con el fin de que se suministraran los servicios médicos que pudiera requerir la señora Amalia Londoño, o en caso de tratarse de un servicio no incluido en el POS-S, tampoco había acudido a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia a hacer el trámite correspondiente. En otras palabras, dice la sentencia, “los tutelantes se han conformado con la negativa del hospital y no han seguido el conducto regular, consistente en la presentación de una petición formal directa ante las entidades obligadas prestarles los servicios de salud de conformidad con la ley, siendo claro que la acción de tutela no puede amparar esta clase de omisiones de los ciudadanos.”

La anterior decisión no fue impugnada.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

### 2. Procedencia de la presente acción.

#### 2.1 La presente acción en cuanto se dirige en contra de un particular.

Tal como lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política y su posterior desarrollo legislativo, la acción de tutela es procedente para la defensa de derechos fundamentales cuando quiera que aquellos se vean vulnerados o amenazados por la acción de una autoridad pública, o en ciertos casos definidos por la ley, por sujetos particulares. Dentro de estos casos se incluye aquel en el cual el particular ha asumido la prestación de un servicio público, por la especial posición en que se encuentra el particular que asume esta prestación. La presente acción de tutela se dirige contra CAPRECOM ARS, entidad particular cuya naturaleza jurídica es la de ser una Administradora del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, servicio público por definición constitucional recogida en el artículo 48 superior.<sup>2</sup>

## 2.2. La acción de tutela para la protección del derecho a la salud de los adultos mayores.

Reiteradamente la Corte ha hecho ver que el derecho a la salud, si bien es un derecho prestacional, adquiere el carácter de derecho fundamental cuando está en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la vida en condiciones dignas. Así, cuando la insatisfacción del derecho a la salud compromete la vida misma de su titular, o su vida en condiciones dignas, la acción de tutela viene a ser el mecanismo idóneo de protección.<sup>3</sup>

Pero, adicionalmente, la jurisprudencia ha estimado que el derecho a la salud adquiere una connotación especial cuando su titular es una persona de la tercera edad, circunstancia que refuerza el que su protección proceda mediante la acción de tutela. Así lo ha afirmado la Corte Constitucional en numerosos fallos, como lo pone de presente la siguiente Sentencia:

“Es jurisprudencia reitera de la Corte Constitucional que el derecho a la salud puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando se halla en conexión directa con el derecho a la vida.

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha considerado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es un derecho fundamental autónomo, lo ha protegido a través de la tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y a la integridad de la persona, en los casos en que deslindar la salud y la vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad.

“...

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.”

(...)

“Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la protección especial reservada para este grupo social incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno a la vigencia de los derechos fundamentales, de los cuales se derive un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidas por el ordenamiento jurídico. También sobre este particular se pronunció la Corporación:

“La Corte ha reconocido que algunas personas, en particular, quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de lo que se ha denominado un derecho de trato o protección especial. El mencionado derecho apareja, entre otras cosas, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna<sup>4</sup>. (T-801/98 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”<sup>5</sup> (Negrillas fuera del original)

Así pues, establecido como está por la jurisprudencia, que el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, la presente acción, en cuanto fue incoada para la defensa del derecho a la salud y a la vida digna de una anciana de setenta y nueve (79) años de edad, resulta procedente.

### 3. El problema jurídico que plantea la demanda.

Establecida la procedencia de la presente acción, corresponde que la Sala resuelva, en su orden, los siguientes problemas jurídicos: (i) si es cierto, como lo afirma el juez de instancia, que la demandante no ha adelantado ninguna gestión directa ante CAPRECOM E.P.S., con el fin de que se suministren los servicios médicos requeridos, como tampoco ante la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por lo cual no podría hablarse de vulneración de derechos alguna por parte de estas entidades; (ii) si en el presente caso es posible demandar la prestación de un procedimiento, tratamiento o medicamento excluido del POS-S; (iii) si es posible hacerlo directamente frente a la A.R.S. CAPRECOM, y si ésta puede ser obligada a prestarlo, o si era necesario que la petente se dirigiera contra la entidad territorial responsable de la prestación de los servicios excluidos de dicho plan obligatorio, en este caso la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

#### 3.1. La solicitud de los servicios ante la E.S.E. Hospital San Juan de Dios.

Dice la presente demanda de tutela, que la señora Amalia Londoño viene siendo atendida en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Segovia, Antioquia, por cuenta de la A.R.S. CAPRECOM, a la cual se encuentra vinculada por haber sido clasificada por el SISBEN en el estrato socioeconómico uno. Agrega que en dicha entidad hospitalaria fue atendida por una médica general adscrita a la referida A.R.S, la cual le diagnosticó “Enfermedad pulmonar crónica” y le formuló “oxígeno domiciliario”.

Ahora bien, agrega la demanda que “al solicitar el despacho de la fórmula médica en la E.S.E Hospital San Juan de Dios, nos manifestaron que CAPRECOM no lo suministra, que el oxígeno está por fuera del POS, por lo tanto debemos comprarlo por nuestra cuenta”.

La anterior afirmación no fue desvirtuada por la demandada, quien en la contestación de la demanda antes bien confirmó que la solicitante se encuentra afiliada a esa entidad administradora del régimen subsidiado, y que no es posible suministrarle el oxígeno domiciliario que requiere, por estar excluido del POS-S.

Así pues, la Sala entiende que obra en el expediente prueba sumaria de que la demandante sí solicitó ante CAPRECOM A.R.S. el servicio médico que requiere, haciéndolo por medio de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Segovia, Antioquia, entidad hospitalaria contratada por

aquella A.R.S. para la prestación del POS-S a los afiliados inscritos, y que a través de tal institución le fue negado el suministro del oxígeno domiciliario, indicándosele que tendría que sufragarlo de su cuenta. No estima entonces la Sala que para buscar por medio de la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales involucrados en el caso, sea menester que se cumplan previamente otros requisitos adicionales, cuales serían la presentación de una solicitud directa ante CAPRECOM A.R.S, o ante la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Ciertamente, la relación con la A.R.S. se establece a través de la I.P.S. contratada para la prestación del servicio médico, de manera que si ésta informa al paciente que una determinada prestación no está cubierta por el POS-S, sin hacerle más indicaciones que aquella según la cual tal servicio debe ser provisto por su cuenta, es de presumirse que el usuario se atenga a esta información, y ante la premura en lograr la protección de los derechos fundamentales comprometidos por la falta del servicio, acuda prontamente ante el juez de tutela a lograr su protección.

3.2 La acción de tutela para la obtención de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS, o del POS-S.

En relación con cualquier clase de enfermedad que ponga en peligro el núcleo esencial del derecho a la vida o la vida en condiciones dignas, la Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o las ARS se encuentran obligadas a proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento requerido e indicado por el médico tratante, aún cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial, pudiendo la entidad, posteriormente, repetir contra el Estado<sup>6</sup>. Para ello, la Corte, dando cabal cumplimiento al artículo 4° de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

De manera general, en los casos en que el juez de tutela pretende inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional.<sup>7</sup> Dichas condiciones son las siguientes: i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace

los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a la EPS o a la ARS a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos; ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente; iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y iv) que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; y finalmente, v) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la ARS a la cual se halle afiliado el demandante.

En el presente caso está establecido que la falta del oxígeno domiciliario le ocasiona asfixia permanente a la petente, lo cual afecta su derecho a la vida en condiciones dignas, que se trata de un servicio que no puede ser substituido por otro, pues no resulta razonable el traslado permanente de la paciente al hospital para el suministro del oxígeno, que se trata de una persona de escasos recursos que no tiene ninguna fuente de ingresos y que depende de su familia la que tampoco dispone de medios para atenderla, que el medicamento fue ordenado por un médico adscrito a la A.R.S. demandada, y que no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Por lo tanto, independientemente de si se trata o no de un servicio médico que pueda ser demandado a CAPRECOM A.R.S, o si deba ser solicitado a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, cosa que se examinará más adelante, para la Sala es claro que la prestación está llamada a ser reconocida mediante la presente acción.

3.3 Obligaciones de las Administradoras del Régimen Subsidiado en Salud frente a la prestación de servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S - Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la decisión a tomar se limitará a una breve justificación, toda vez que existe reiterada jurisprudencia sobre el particular.

En efecto, en ocasiones anteriores la Corte ha resuelto casos idénticos al presente, en donde

lo reclamado también era el suministro de oxígeno domiciliario, denegado por estar por fuera del POS-S. Dijo en esas oportunidades la Corporación:

“Corresponde a esta Sala determinar si con la conducta asumida por la entidad demandada, en el sentido de negar el suministro de las pipetas de oxígeno ordenadas por el médico tratante, por considerar que no está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado P.O.S-S, pero que requiere la peticionaria como tratamiento para su enfermedad, implica el desconocimiento de sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social.

“Mediante sentencia T-632 de 2002, esta Corporación con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en relación al tema de la prestación de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Servicios de Salud Subsidiado POS-S, después de hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto 806 de 1998, artículo 4 del Acuerdo 72 de 1997 y de la Resolución 3384 de 2000, concluyó que, “cuando una persona está afiliada al Régimen Subsidiado en Salud y requiere de servicios no contemplados en el POS-S, ella puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, ante las cuales tendrá prioridad para ser atendido conforme a la ley”.

“En la misma sentencia antes citada se sostuvo que no obstante las ARS no estar obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos por no encontrarse incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, la protección de los derechos constitucionales fundamentales invocados por vía de tutela se puede llevar a cabo de dos formas: “i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.<sup>8</sup>

“(…)

“En síntesis, cuando la ARS no está obligada a practicar el procedimiento o la intervención

ordenada ni a suministrar los medicamentos ordenados –por no encontrarse incluidos éstos ni aquellos en el POS-S–, la protección constitucional del derecho a la salud, cuando adquiere el carácter de fundamental por conexidad, puede llevarse a cabo a través de una de las dos alternativas antes mencionadas. Por lo tanto, corresponderá al juez de tutela analizar las circunstancias fácticas en cada caso y tomar la decisión a que haya lugar en consideración al grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, a la naturaleza de las obligaciones asumidas por las ARS y a la finalidad de las limitaciones y exclusiones del POS-S”.

“3. Caso concreto.

En el presente caso quien instaura la acción de tutela es el cónyuge de una persona que se encuentra enferma y en imposibilidad de ejercer su propia defensa, motivo por el cual la situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos.

“...

“...se encuentra demostrado que a la señora Olga Cecilia Pérez Gutiérrez se le diagnosticó COR PULMONALE, y que requiere de manera urgente del suministro de pipetas de oxígeno a domicilio ordenado por su médico tratante, siendo necesario este tratamiento para recuperar su salud, pues la carencia de este elemento esencial podría desencadenar consecuencias funestas en su salud o poner en peligro su vida misma. Para este propósito, la Corte procederá a garantizar la efectividad de la atención requerida aplicando la primera medida señalada en esta sentencia, es decir ordenando la prestación de los servicios de salud directamente por parte de la entidad Administradora del Régimen Subsidiado, no obstante su exclusión del POS-S, por tratarse de una persona que goza de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (Art. 46 C.P.) y carece de recursos económicos para asumir los gastos que la atención requerida.” (Negrillas fuera del original)

Visto pues que en casos iguales al presente, en donde se encontraban comprometidos derechos de sujetos de especial protección, como lo son los adultos mayores, la Corte ha procedido a ordenar directamente a las Administradoras del Régimen Subsidiado la prestación de los servicios excluidos del POS-S, concretamente el suministro de oxígeno domiciliario, y teniendo en cuenta que en el presente evento se cumplen los presupuestos

establecidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar a la A.R.S la prestación del servicio que urgentemente requiere la petente, esta Sala revocará el fallo de fecha cuatro (4) de agosto de 2005, proferido por el Juez Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia, que decidió no conceder la tutela solicitada para la protección de los derechos de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar, y en su lugar tutelaré el derecho a la salud en conexidad con la vida digna y la seguridad social. Para ello ordenaré a la ARS CAPRECOM que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, suministre las pipetas de oxígeno domiciliario ordenadas por el médico tratante que se requieran para la recuperación de la salud de la señora Amalia Londoño, con la opción de repetir contra el Fosyga por los gastos adicionales en los que incurra, con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema.

#### IV. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo de fecha cuatro (4) de agosto de 2005, proferido por el Juez Promiscuo de Familia de Segovia, Antioquia, que decidió no conceder la tutela solicitada para la protección de los derechos de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar.

Segundo. CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna y la seguridad social de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar.

Tercero. ORDENAR a la A.R.S CAPRECOM que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, suministre las pipetas de oxígeno domiciliario ordenadas por el médico tratante y que se requieren para la recuperación de la salud de la señora Amalia Londoño viuda de Salazar. Se advierte a la A.R.S. CAPRECOM que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por los gastos en que incurra en el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no estén cubiertos por el POS- S.

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

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Nota del Despacho del magistrado sustanciador: estos datos no reposan en el expediente.

2 ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

3 Sobre este tema pueden consultarse, entre muchas otras, las Sentencias SU-111/97 y SU-225/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-958/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4 Cfr. T-036/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz);

5 T-1081 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

6 Sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias. T-271/95, T-666/97

7 ver, entre otras, las Sentencias Su-111 de 1997, SU- 480 de 1997, T-236 de 1998, T-238 de 1998, T-560 de 1998 y T- 409 de 2000

8 Un común denominador de las dos alternativas de solución parte de reconocer la

vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela.

9 En igual sentido las sentencias T-541 y T- 738 de 2003 M. P Jaime Araújo Rentería.