

T-117-19

Sentencia T-117/19

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL PBS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Reiteración de jurisprudencia

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA DE PERSONERO MUNICIPAL PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA A NOMBRE DE MENORES DE EDAD

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

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo normativo mediante Ley Estatutaria 1751 de 2015

PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Mismas coberturas en el régimen subsidiado y en el régimen contributivo

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Precedente constitucional

La facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede ser oficiosa o a solicitud de parte cuando: “(i) la norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) la regla formalmente valida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaración de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad

según sea el caso. O (iii) en virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental”

SUMINISTRO DE PAÑALES-Aplicación de excepción de inconstitucionalidad sobre Resolución que excluyó pañales desechables del PBS

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Orden de suministrar pañales desechables que se requieren con necesidad

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Orden a las EPS-S Savia Salud y Asmet Salud procedan a valorar a través de su médico tratante a los accionantes, con el fin de evaluar la continuidad en el uso de pañales desechables

Referencia: Expedientes acumulados T-6.982.011 y T-6.992.167

Acciones de tutela interpuestas por: Enorbita Berrío Sanmartín como agente oficioso de Tomás Berrío Jiménez contra la EPS-S Savia Salud y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia; y Luis Miguel Correa Gómez en su calidad de personero municipal de Morales -Cauca-, en representación de la menor Samantha contra la EPS-S Asmet Salud

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, han proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias de tutela emitidas en primera instancia, por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

1. Decisión dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes - Antioquia-, del 12 de julio de 2018, que negó tutelar los derechos fundamentales solicitados por la señora Enorbita Berrío Sanmartín, quien actuó como agente oficiosa de su progenitor Tomás Berrío Jiménez contra la EPS-S Savia Salud (T-6.982.011).
2. Fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales -Cauca-, del 17 de julio de 2018, que decidió no tutelar los derechos invocados por el personero municipal Luis Miguel Correa Gómez, en representación de la menor Samantha contra la EPS-S Asmet Salud (T-6.992.167).

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno), mediante auto del 28 de septiembre de 2018, la Sala de Selección de Tutelas No. Nueve[1] de la Corte Constitucional seleccionó para efectos de revisión, la tutela de referencia T-6.982.011. Posteriormente, en auto del 16 de octubre de 2018, la Sala de Selección No. Diez[2] del alto Tribunal escogió el expediente T-6.992.167 y decidió acumularlo al proceso seleccionado con anterioridad, por presentar unidad de materia para fallarlos en un sola providencia.

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

I. ANTECEDENTES

Expediente T-6.982.011

1. Solicitud y hechos

La señora Enorbita Berrío Sanmartín, como agente oficiosa de su progenitor Tomás Berrío Jiménez, mediante escrito de tutela presentado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes -Antioquia- solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de su padre, presuntamente vulnerados por la EPS-S Savia Salud y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por no autorizar la entrega de pañales desechables talla L

a su usuario. Basa su demanda en los siguientes hechos:

1.1. El accionante tiene 96 años de edad[3], se encuentra afiliado como beneficiario a la EPS del régimen subsidiado Savia Salud, y reside en el barrio San Agustín del municipio de Arboletes[4] -Antioquia-.

1.2. El señor Tomás Berrío Jiménez, presenta dificultad para caminar debido a problemas en su cadera ocasionados por un accidente que ocurrió el 8 de abril del 2013, el cual se describió en la historia clínica como: “cuadro clínico de 40 minutos, caracterizado por dolor, edema, deformidad en cadera derecha e imposibilidad para deambular, secundario a trauma recibido por caída de su propia altura en el baño de familiares; refieren no pérdida de conocimiento”[5].

1.3. Después de lo anterior, el actor quedó “postrado en cama”, con inconvenientes para realizar las necesidades fisiológicas, presentando episodios de incontinencia; pues el diagnóstico dado por su médico tratante fue el de “paciente senil con fractura proximal de fémur derecho desplazada”[6].

1.4. En razón a lo mencionado, el 25 de junio de 2018, el doctor Sergio Raúl Upegui S., mediante formula médica ordenó al demandante el uso de pañales desechables talla L, tres veces al día, durante el lapso de dos meses, para un total de 180[7].

1.5. Por último, la agente oficiosa afirma, ser una familia de escasos recursos económicos, que no tienen la forma de sufragar los costos de los pañales desechables que requiere el actor, los cuales son de vital importancia para su salud y bienestar, ya que así se le evita hacer esfuerzos físicos, pues es una persona de avanzada edad[8].

2. Contestación de la Demanda

2.1. EPS-S SAVIA SALUD[9]

2.1.1. Por intermedio de apoderado judicial, la entidad accionada manifestó que dentro de los soportes allegados con la acción de tutela, no reposa la solicitud de pañales desechables talla L en el formato destinado para el trámite de estudio ante el Comité Técnico Científico - CTC- de la EPS, puesto que estos no están cubiertos en el Plan de Beneficios en Salud -en adelante PBS-[10].

2.1.2. Adicionalmente, sostuvo que la entidad es garante de la destinación de los recursos, y que requiere de razones objetivas, claras, ciertas e indiscutibles para su materialización en los usuarios. Por lo tanto, afirma que es lógico y entendible que su representada no pueda autorizar la prestación de un servicio, si éste no ha sido debidamente ordenado por un médico[11].

2.1.3. Finalmente, solicita declarar improcedente la tutela, por tres razones: (i) carencia de objeto, (ii) falta de legitimación en la causa, y (iii) debido a que no se adjuntaron los soportes necesarios para que se pudiera ejercer el derecho de defensa y contradicción[12].

2.2. DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA

2.2.1. No obstante, el ente territorial haber sido notificado el 3 de julio de 2018, mediante oficio No. 0674, la entidad guardó silencio[13].

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copias de las cédulas de ciudadanía de la agente oficiosa y del accionante (folios 4 y 5).

3.2. Copia de la historia clínica que contiene la consulta realizada el 08 de abril de 2013, fecha en que se produjo la caída del accionante en el baño, con valoración del doctor Henry Rafael Caldera – Médico General del Hospital Pedro Nel Cardona (folios 6 y 7).

3.3. Copia de la formula médica de fecha 25 de junio de 2018 expedida en papelería del Hospital Pedro Nel Cardona, que ordenó pañales desechables talla L de adulto (folio 8).

4. Decisión Judicial

4.1. En Sentencia del 12 de julio de 2018, el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes - Antioquia- resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora Enorbita Berrío Sanmartín, agente oficiosa de su progenitor Tomás Berrío Jiménez, en razón a que no aportó justificación médica que evidenciara la necesidad y urgencia de los insumos no cubiertos en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-; asimismo, no encontró una omisión por parte de la EPS-S accionada frente a la negativa de los insumos requeridos[14].

4.2. Por otra parte, a pesar que dentro del trámite de instancia no se decretaron pruebas distintas a las allegadas por el accionante, el Juzgado llamó la atención en que la historia clínica aportada data del 8 de abril de 2013, y que transcurridos 5 años, no se allegara información actualizada sobre el estado actual del paciente, situación que dificultó al Despacho de conocimiento establecer la necesidad de los insumos solicitados por vía tutela[15].

4.3. Contra la decisión adoptada, no se interpuso recurso de impugnación[16].

Expediente T-6.992.167

Advertencia preliminar

En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños en el presente proceso, la Sala Séptima de Revisión, decidió cambiar en esta providencia el nombre de la menor y el de su núcleo familiar, por nombres ficticios.

El señor Luis Miguel Correa Gómez, en su calidad de Personero Municipal de Morales[17] -Cauca-[18], actuando como agente oficioso, acudió a la jurisdicción constitucional solicitando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la integridad física y a la seguridad social de la menor Samantha, quien padece de parálisis cerebral, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos focales y parciales, y no controla esfínteres, derechos presuntamente conculcados por la EPS-S Asmet Salud, al negar el suministro de 120 pañales talla M y una caja de guantes talla M para aseo y cambio de pañales. El agente oficioso sustentó su petición en los siguientes hechos:

1.1. Manifestó que la menor Samantha tiene 12 años, y que está afiliada a la EPS-S Asmet Salud desde el 1 de abril de 2011, en calidad de beneficiaria de su progenitora Evelyn[19].

1.2. Afirmó que la agenciada padece de parálisis cerebral, enfermedad diagnosticada a los 2 años de edad, por lo que no controla esfínteres[20]. Además, que la menor sufre de retraso severo en su neurodesarrollo secundario a una asfixia perinatal y epilepsia secundaria a insuficiencia motora de origen central con manejo irregular farmacológico, espasticidad generalizada y deformidad en pie izquierdo, cuadro que se hace crítico debido

a que vive en una de las veredas más alejadas de la cabecera municipal, donde no llega la señal de celular[21].

1.3. En razón de lo anotado, el doctor Jorge Orejuela, médico que labora en la ESE Centro I, el 23 de mayo de 2018, formuló para la menor agenciada, 120 pañales talla M y una caja de guantes talla M para aseo y cambio de pañales, durante un mes[22].

1.4. Adicionalmente, refirió que la menor Samantha, depende económicamente de su madre, persona de escasos recursos, con un puntaje de 2.42 en el Sisbén, conforme a la información que se desprende de la ficha No. 03740, consultada el 26 de junio de 2018, en la página web del Departamento Nacional de Planeación -DNP-[23].

2. Contestación de la demanda

2.1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Morales -Cauca-, mediante Auto No. 454 del 6 de julio de 2018, admitió la tutela, vinculó a la Secretaria de Salud del Cauca, y ordenó correr traslado a la entidad accionada y al respectivo ente territorial por el término de 3 días, para que ejercieran su legítimo derecho a la defensa[24].

2.2. A pesar de que la EPS-S Asmet Salud y la Secretaria de Salud del Cauca fueron notificadas en debida forma[25], dentro del término de ley, ninguna de ellas hizo pronunciamiento alguno sobre los hechos objeto de la presente tutela[26]. Para los efectos del caso, la entidad accionada radicó extemporáneamente respuesta de tutela, al día siguiente de haberse proferido el fallo de instancia[27].

2.3. En dicho documento, la entidad accionada afirmaba que, a la agenciada se le han prestado los servicios que ha requerido conforme a la Resolución 5267 de 2017, y frente a la orden del médico de la ESE I Nivel de Morales Cauca-, indica que éste se abstuvo de emitir la fórmula en el formato NO POS, por lo tanto no pudo ser tramitada por el Comité Técnico Científico[28].

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia del registro civil de nacimiento y tarjeta de identidad de la menor Samantha (folios 12 y 13).

3.2. Copia del acta de posesión para el cargo de Personero Municipal de Morales -Cauca- de fecha 19 de abril de 2017, y de la cédula de ciudadanía del señor Luis Miguel Correa Gómez (folios 15 y 16).

3.3. Copia de resumen de la historia clínica de la pequeña Samantha de fecha 10 y 11 de abril de 2018, en la que la profesional en pediatría Ángela Patricia Meneses la valora luego de haber sido remitida del Hospital de primer nivel de Morales, Cauca, al presentar convulsiones febriles y parálisis cerebral infantil (Folios 4 a 7).

3.4. Copia de la formula médica, en papelería del Hospital de Primer Nivel de Morales, Cauca, expedida el 23 de mayo de 2018 por el doctor Jorge Orejuela Upeguí, en la que ordena el suministro de 120 pañales desechables talla M y guantes para aseo y cambio de pañales talla M (Folio 8 y 9).

3.5. Copia del reporte de afiliación de la menor Samantha a la EPS-S Asmet Salud, generada por la página web de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- (Folio 11).

3.6. Copia de la consulta efectuada en la página web del Departamento Nacional de Planeación -DNP- de la señora Evelyn, madre de la menor agenciada, con un puntaje de 2.42 (Folio 10).

4. Decisión Judicial

4.1. Mediante sentencia del 17 de julio de 2018, el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales -Cauca-, negó la tutela interpuesta por el señor personero Luis Miguel Correa Gómez, quien actuó como agente oficioso de la niña Samantha, en consideración a que del material probatorio aportado al expediente, no había certeza sobre la posible negación de la entidad accionada frente a la entrega de los pañales desechables y guantes ordenados por el médico tratante. De igual manera, tampoco se observó que el galeno hubiera expedido la orden médica en el formato de elementos o medicamentos No Pos, requerido para dichos casos[29].

4.2. Contra la decisión adoptada, ninguna de las partes acudió al recurso de impugnación.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia y procedibilidad

La Sala Séptima de Revisión es competente para revisar las sentencias de tutela dictadas en los procesos de la referencia, según lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma que establece el Reglamento Interno de la Corporación (Acuerdo 02 de 2015).

Legitimidad de la acción

1.1. El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 permiten a cualquier persona, sin restricción alguna, acudir a la acción de tutela para que, mediante un trámite preferente y sumario se reclame la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares.

En igual sentido, el artículo 10° del mencionado decreto señala que en todo momento y lugar, el mecanismo de amparo podrá ser ejercido, incluso en causa ajena, cuando el titular no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo[30]. Al respecto la sentencia T-742 de 2017[31] ha dicho que el referido método constitucional:

“Puede ser ejercido (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente”.

1.2. Frente al cuarto evento, esta Corporación, mediante sentencia T-029 de 2016[32], ha reiterado que la acción debe proceder cuando se presentan los siguientes elementos:

(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional”.

Más adelante, en la misma providencia, se indica que: “La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales” (negrilla fuera de texto).

Asimismo, en cuanto a las funciones que desempeñan los personeros municipales, la sentencia T-1087 de 2007[33] dijo que:

“El Personero Municipal está legitimado para presentar acciones de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o de indefensión. Esa facultad otorgada por el Constituyente está ajustada a los principios del Estado social de derecho y tiene su razón de ser, además, en que dentro de sus funciones está la de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”.

1.3. Por tanto, la Sala encuentra que la legitimidad en la causa por activa está acreditada en los expedientes objeto de estudio, ya que en ambos expedientes se invoca la agencia oficiosa; en el primero de ellos (T-6.982.011), es la hija del accionante quien actúa en dicha calidad, y en el segundo de los casos (T-6992167), es por intermedio del personero municipal quien aboga por los intereses de una menor de edad en condición de discapacidad, lo cual se ajusta a las normas y a la jurisprudencia de esta Corporación.

1.4. En relación con la legitimidad en la causa por pasiva, que se define como la condición del sujeto contra quien se encamina la acción, de ser esa persona llamado a responder por la posible amenaza o vulneración del derecho fundamental. En la sentencia T-626 de 2016[34], la Corte Constitucional, en referencia al tema, mencionó que:

“La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Es un presupuesto procesal que exige que la persona contra quien se incoa la tutela sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental.”

De igual manera, esta Corporación ha referido que:

“Con el cumplimiento de este requisito procesal, se busca entre otras cosas, evitar que se profieran sentencias desestimatorias con base en argumentos formales o de ritualidad exclusiva, que como es obvio resultan perjudiciales para el demandante, e igualmente, que se adopten decisiones inhibitorias las cuales se encuentran proscritas en sede de amparo constitucional por expreso mandato del párrafo único del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991”[35].

1.5. En este contexto, la Sala de Revisión al validar los casos objeto de estudio, encuentra que los expedientes T-6.982.011 y T-6.992.167 cumplen en su totalidad con el aludido requisito de procedibilidad, ya que los sujetos demandados, EPS-S Savia Salud y EPS-S Asmet Salud, son personas jurídicas encargadas de garantizar adecuadamente la prestación del servicio público esencial de salud a sus afiliados[36].

Inmediatez

1.6. Frente al principio de inmediatez, el artículo 86 superior, no establece propiamente un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela; es un concepto que ha tenido desarrollo a partir de la jurisprudencia constitucional, que para cada caso en concreto, ha determinado el período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante a la fecha de interposición de la acción[37].

De esta manera, la sentencia T-332 de 2015[38] se pronunció sobre el particular, así:

“El principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados”.

Asimismo, reviste gran importancia lo expresado en la sentencia T-022 de 2017[39], que dice:

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, supuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial

se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales”.

1.7. En los casos sub examine, la Sala encuentra acreditado el requisito de la inmediatez, toda vez que las tutelas se interpusieron en un plazo razonable; así, para el expediente T-6.982.011, el escrito de amparo fue interpuesto unos días después de haberse expedido la formula médica de pañales, y para el caso del expediente T-6.992.167, transcurrió alrededor de un mes y medio entre la fecha de expedición de la orden médica y la fecha de admisión de la tutela.

Adicionalmente, en jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha dicho que cuando se trata de prestaciones, cuyo suministro sea continuo, la presunta afectación a los derechos fundamentales perdura y persiste en el tiempo; por lo que la valoración de éste elemento se entiende superada[40].

Subsidiariedad

1.8. En relación al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 reconocen en dicha herramienta un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente procederá cuando no exista otro medio de defensa o que existiendo tal, éste no sea idóneo para el amparo de los derechos amenazados o vulnerados.

Por lo tanto, se torna indispensable analizar la procedencia del requisito en mención desde dos variables, la primero de ellas, relacionada con la existencia o no de un medio de defensa judicial y si éste es idóneo y eficaz; y una segunda, alusivo al carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección creado por la Carta Política[41].

1.8.1. Respecto del primer enunciado, la Corte ha determinado la procedencia de la tutela, únicamente en tres escenarios: (i) que no haya otro medio judicial para salvaguardar el derecho fundamental vulnerado o amenazado; (ii) a pesar de haber otras acciones judiciales de protección, estas resultan ineficaces para la protección del derecho invocado; y (iii) cuando teniendo los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, estos no impiden que se materialice un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en

principio, como mecanismo transitorio[42].

Pues bien, en aras de proteger el derecho fundamental a la salud, se expidió la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, que amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud -en adelante SNS-, en materia de inspección vigilancia y control[43], creando una función jurisdiccional, para dirimir los conflictos entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y las entidades que hacen parte de éste[44].

Particularmente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le permite a la SNS, conocer y fallar en derecho, de forma definitiva y con las facultades propias de un juez, los asuntos allí establecidos[45]. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” añadió otros asuntos a los ya regulados en el artículo anterior, para que hicieran parte de la competencia del ente de inspección vigilancia y control[46]; dada la importancia del mismo, se procede a transcribir el siguiente aparte:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

1.8.2. A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal[47], cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad,

mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala[48], se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a:

(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos[49].

Las debilidades mencionados han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: “...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años”[50]. (Negrilla fuera de texto)

Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS[51].

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales[52].

1.9. Como se insinuó al inicio del análisis del presente requisito, las siguientes son las situaciones en que este Tribunal Constitucional ha considerado que la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otro medio judicial, a saber:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa

judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”[53].

Por cierto, el papel del juez frente a los sujetos de especial protección constitucional, ha de ser más flexible y menos estricto en cuanto a la procedibilidad del amparo invocado. Precisamente, se ha señalado que “existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”[54].

1.10. En los expedientes bajo estudio, los accionantes son sujetos de especial protección constitucional en razón a su edad y a sus serios quebrantos de salud, en ambos casos se acude al mecanismo de la tutela a través de la agencia oficiosa[55]. Ahora, toda vez que ya se ha surtido todo un trámite jurisdiccional, no sería adecuado solicitar a los demandantes que se reclame la protección de los derechos ante la SNS, protección que esta Sala considera prioritaria, en razón a la situación fáctica de cada uno de los afectados.

Por las razones expuestas, la Sala procederá a hacer un análisis de fondo de las solicitudes de amparo.

2. Planteamiento del problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos y acorde a los fallos emitidos por los jueces de instancia, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

2.1. ¿Vulneran los derechos a la salud y a la dignidad humana, la EPS-S Salud Vida, al no autorizar el suministro de pañales desechables a una persona de avanzada edad (96 años), y la EPS-S Asmet Salud al no autorizar el suministro de pañales desechables y guantes desechables a una menor en condición de discapacidad (12 años), quienes son sujetos de especial protección constitucional, en razón a encontrarse expresamente excluidos del Plan

de Beneficios en Salud, y a que las órdenes médicas no se elaboraron en el formato preestablecido para llevar a cabo su estudio?

2.3. Para resolver el problema jurídico, la Sala procederá a examinar (i) El derecho fundamental a la salud en adultos mayores y menores de edad. Reiteración jurisprudencial; (ii) El Plan de Beneficios en Salud: principios, coberturas y criterios de exclusión; (iii) El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado en salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración jurisprudencial; y, (iv) concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad; para luego realizar los análisis de cada caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud en adultos mayores y menores de edad. Reiteración jurisprudencial

3.1. En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. Así en el artículo 44, se le menciona como parte del derecho fundamental de los niños; en el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud[56].

3.2. Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios[57]. En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007[58] y la Ley 1438 de 2011[59] han efectuado ajustes “encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud[60] y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios[61]. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización de dichos cambios estructurales”[62].

3.4. Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se

estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el status de sujetos de especial protección constitucional. Tal era el caso de los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los enfermos del VIH, entre otros[66].

En relación con la protección de los derechos de los menores de edad, la sentencia T-282 de 2008[67] se pronunció de la siguiente manera:

“Los menores son sujetos de especial protección constitucional por expreso mandato constitucional. Debido a que tal condición implica el reconocimiento de su situación de extrema vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos”.

En tanto, que en el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003[68] estableció que:

“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.

Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo” (n.f.d.t.).

3.5. Con posterioridad, los primeros antecedentes del carácter autónomo del derecho a la salud, se dieron con la sentencia T-307 de 2006[69], cuando se protegió el derecho a la salud de un menor de edad con una deformidad en sus orejas, enfermedad que afectaba su esfera psíquica; postura que tomo una mayor fuerza con la sentencia T-760 de 2008[70], la cual hizo evidente graves falencias dentro del sistema de salud, por lo cual profirió una serie de órdenes a diferentes entidades, en aras de brindar una real y efectiva protección de todos los usuarios[71].

Existe un aspecto a tener en cuenta de la providencia hito, por cuanto se abordó el estudio del derecho fundamental a partir de una definición amplia, entendiendo la salud como:

“Un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. (...) Es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona”.

3.6. No obstante, hoy la salud al ser un derecho fundamental plenamente autónomo, todavía conserva un vínculo cercano con el derecho a la dignidad humana y con el de otros derechos de índole constitucional; en este sentido, la sentencia T-014 de 2017[72] expresó:

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

3.7. Por último, vista la autonomía del derecho a la salud con la actual legislación, artículo 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual fue estudiado previamente en sede de constitucionalidad en la sentencia C-313 de 2014[73] se tiene que:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

3.8. En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los adultos mayores y a los menores de edad, que como población en circunstancias de

debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran[74].

3.8.1. En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó que:

“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”[75].

3.8.2. En igual sentido, respecto de la garantía dada a los menores de edad, en la actualidad, ésta Corporación ha sostenido que:

“Cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”[76].

4. El Plan de Beneficios en Salud: principios, coberturas y criterios de exclusión

4.1. Como ya se ha reiterado en recientes fallos emanados de la Sala Séptima de Revisión[77], y de otras salas de revisión[78], el artículo 2º de la Ley 1751 de 2015, que se transcribió en líneas anteriores, elevó esa autonomía que por vía jurisprudencial se le venía reconociendo al derecho a la salud, a un nivel casi constitucional al estar en un texto legal estatutario.

Así las cosas, dicha norma comprometió al Estado en una serie de acciones indispensables para que los ciudadanos tengan una absoluta tranquilidad en el acceso a los servicios de

salud integral; derecho que, en caso de encontrarse amenazado o vulnerando, puede ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela[79].

4.2. Ahora, es el artículo 6º ejusdem el que dotó de unas características especiales al derecho fundamental a la salud, con cinco elementos: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional; y los principios de: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas, protección pueblos y comunidades indígenas, ROM (comunidad gitana) y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras.

4.3. En la misma vía, el artículo 8º ibídem, menciona un elemento inescindible, llamado integralidad, que en relación con la prestación de los servicios de salud, es transversal a toda la atención, en dicha norma se manifestó que:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Al respecto, la sentencia C-313 de 2014[80] -que realizó el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria- estableció que:

“(…) El servicio de salud se rige por una serie de axiomas, entre los que se encuentra el principio de integralidad, que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (…)”.

En relación con lo anterior, al igual que lo indicó la sentencia T-465 de 2018[81], es un

deber para el Sistema de Salud garantizar el tratamiento médico al paciente, en todo el iter de la enfermedad (prevención, curación, rehabilitación y paliación), procurándole una mejor calidad de vida y respetando su dignidad humana (negrilla fuera de texto). Más aun, acorde con la sentencia T-253 de 2018[82] es obligación de la EPS “no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos de manera que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud”

Ahora bien, para el cumplimiento de esta serie de objetivos se requieren recursos financieros que deben respetar el principio de sostenibilidad del sistema, el cual es definido como: “los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal”[83]; por cuanto debe haber una estricta racionalización en el uso de los recursos públicos que financian el acceso a la salud, dado que no es posible garantizar una prestación ilimitada, por la falta de recursos económicos suficientes para tales efectos[84].

4.4. Si bien, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, en aplicación del principio de integralidad analizado, le otorga al afiliado una garantía de acceso al contenido del Plan de Beneficios en Salud en todas las fases de la enfermedad, al existir unos criterios de exclusión, habrán ciertas prestaciones que quedaran por fuera de éste. El PBS procura dar cobertura a los servicios y tecnologías necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud y excluye de forma expresa aquellos a los que les aplicaron los criterios establecidos en la norma en mención[85].

4.5. Con la nueva normatividad, se debe advertir que los términos POS y NO POS, dejaron de existir y fueron reemplazados por el PBS; así pues, ha de hacerse una delimitación en relación con su cobertura, ya que es de 3 tipos: a) inclusión explícita de medicamentos, insumos o procedimientos, que es aquella que se menciona en la resolución que contiene el Plan de Beneficios (en el año 2018, era la Resolución 5269 de 2017, derogada por la hoy vigente Resolución 5857 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social) financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), si es del régimen contributivo o a la Unidad de Pago por Capitación subsidiado (UPC-S) si es del régimen subsidiado; b) inclusión implícita, que recoge los medicamentos, insumos o procedimientos que no se mencionan dentro del PBS pero tampoco se excluyen expresamente, y que en el

régimen contributivo se soportan económicamente con cargo al ADRES[86] (antes Fosyga y que se encuentra adscrito al Ministerio de Salud), o en el régimen subsidiado se respaldan con cargo a los recursos del ente territorial; y c) las expresamente excluidas en la Resolución 5267 de 2017, hoy, Resolución 244 de 2019[87].

En este contexto, es el segundo inciso del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, que establece los criterios de exclusión al PBS, así: (i) que los servicios y tecnologías tengan un fin “cosmético o suntuario”, (ii) que los servicios y tecnologías estén en fase de “experimentación”, (iii) se presten en el exterior o no estén aceptadas por la “autoridad sanitaria” -INVIMA-, y (iv) no demuestren “evidencia científico-técnica” sobre su “seguridad y eficacia clínica” y sobre su “efectividad clínica”[88].

4.6. Frente a los casos estudiados, es preciso destacar que el ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019, cumpliendo con el proceso técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente[89], calificó como prestaciones expresamente excluidas del PBS: “Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo”; éste término, en el sentir de la Sala, debe interpretarse en el sentido natural y obvio de las palabras[90], y por tanto, debe incluir a los pañales desechables y a los guantes para cambio de pañal[91] que no se ordenan propiamente para el paciente sino para un tercero.

4.7. Adicionalmente, en otra normativa muy a fin al sector salud, tal es el caso del anexo 1º de la Decisión 706 de 2008[92], que ubica a los pañales desechables como un producto de higiene personal -sinónimo de insumo de aseo- en el mismo grupo en que se encuentran las toallas higiénicas, los tampones, los protectores de flujos íntimos y los pañitos húmedos; y por otro lado la regulación del INVIMA[93] -autoridad que hace parte del Sistema de Salud-, que al establecer las tarifas de los productos sujetos a registro sanitario, otorga el mismo código (3010) a los pañales desechables, toallas higiénicas, protectores sanitarios, tampones, protectores para lactancia y pañitos húmedos[94]. Así pues, bajo un análisis sistemático, se considera, en efecto, que los pañales desechables se encuentran expresamente excluidos del PBS.

5. El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado de salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración

jurisprudencial

5.1. El acceso a insumos de aseo, tal como el de pañales desechables, entre otros, ha tenido un desarrollo interesante por la Corte Constitucional, al imprimirle un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad[95].

5.2. En los más recientes pronunciamientos[96], la Corte en su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales[97], sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

5.3. Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana[98].

5.4. En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario. En cambio, no ocurre lo mismo con el suministro de guantes para cambio de pañal, por cuanto no contribuyen ni a la recuperación de la enfermedad del paciente, ya que el uso sería para un tercero, y tampoco impacta positivamente en su dignidad humana[99].

5.5. Por consiguiente, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, es la respectiva entidad prestadora la que tiene el deber de brindarlos, acudiendo al trámite que más adelante se explicará, sin que dicho procedimiento sea una barrera de acceso para el usuario[100].

5.6. Para ilustrar de una mejor manera el procedimiento de recobro de insumos excluidos expresamente del Plan de Beneficios, que las EPS-S deben surtir ante los entes territoriales, es necesario referirnos a una de las fuentes de financiación de las EPS, que es la unidad de pago por capitación definida como un monto en dinero fijo y anual que reconoce el SGSSS a estas entidades por cada afiliado, con el fin de garantizar las prestaciones del Plan de

Beneficios en Salud; que para el régimen subsidiado se le denomina unidad de pago por capitación del régimen subsidiado -UPC-S-. Es el valor reconocido por el SGSSS para cubrir aquellos servicios incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud del régimen subsidiado[101].

5.7. En un principio, la función de definir el valor de la unidad de pago por capitación, en atención a componentes técnicos, epidemiológicos y demográficos le correspondió al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, suma que debía ser ajustada año tras año[102]. Posteriormente, dicha responsabilidad se trasladó a la Comisión de Regulación en Salud -CRES-[103] que en virtud de la Ley 1122 de 2007 reemplazó al CNSSS. En la actualidad, el valor de la UPC (valor anual por cada uno de los afiliados al SGSSS) tanto del régimen contributivo como del subsidiado, la define directamente el Ministerio de Salud y Protección Social anualmente[104].

5.8. Se tiene estipulado que hasta el 1º de abril de 2019, la normativa aplicable al procedimiento para el recobro que deben hacer las EPS-S a su respectivo ente territorial, por la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC-S de sus afiliados del régimen subsidiado, conforme al artículo 1º de la Resolución 5871 de 2018[105] “por la cual se modifica la Resolución 2438 de 2018, en relación con el plazo para la activación de las entidades territoriales en el aplicativo de prescripción MIPRES del régimen subsidiado”, es la contenida en la Resolución 1479 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social y la del título II de la Resolución 5395 de 2013 que regula específicamente la conformación y funcionamiento de los comités técnicos científicos (CTC).

5.9. A partir de lo expuesto, cada departamento con fundamento en las necesidades y exigencias propias, adoptaron un modelo, ya fuera centralizado[106] o descentralizado[107], para garantizar el acceso de los usuarios del régimen subsidiado en salud a los servicios no incluidos en el PBS, asegurando el adecuado flujo de recursos para los prestadores de servicios de salud[108]. Pues bien, en relación con el expediente T-6.982.011, es la Dirección Seccional de Salud Departamental de Antioquia, la llamada a garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS; y en el caso del expediente T-6.992.167, es la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, la responsable de garantizar aquellos servicios no incluidos en el PBS.

5.10. De conformidad con lo anotado en el acápite 5.8, las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de las tecnologías en salud y servicios complementarios no financiadas con recursos de la UPC-S acorde con su capacidad tecnológica y administrativa, deberán estar activas en el aplicativo de prescripción definido por la Resolución 2438 de 2018, y tendrán un plazo de seis meses a partir de la inscripción exitosa en la herramienta para adecuarse al procedimiento de la nueva plataforma, tiempo durante el cual continuarán surtiendo el trámite establecido en el título II de la Resolución 5395 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social[109].

6. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

6.1. El artículo 4º Superior expresa que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley, prevalece la primera. Es tal su carácter imperativo, que la inaplicación de una norma contraria a la Constitución es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad bajo la figura de la “excepción de inconstitucionalidad”.

6.2. De acuerdo a lo establecido por la sentencia T-215 de 2018[110], la facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede ser oficiosa o a solicitud de parte cuando:

“(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) en virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental.”[111]

Es éste último evento, el que corresponde analizar cuando la aplicación de una norma de carácter legal trae efectos que no son acordes al ordenamiento iusfundamental. Dicho de otra manera, puede haber una norma que, en abstracto, resulta conforme a la Constitución, pero no se puede aplicar en un caso particular sin vulnerar disposiciones constitucionales[112].

6.3. En consecuencia, cuando se examina el precepto que excluye expresamente los pañales desechables del PBS contenido en el ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, surge la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, toda vez que no tienen un producto similar dentro del PBS y su falta impide el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna[113].

6.4. En síntesis, el alto Tribunal, con base en aquellos criterios debe ordenar la inaplicación por inconstitucionalidad de las exclusiones expresas en casos concretos en los que la prestación de esos servicios o tecnologías buscan garantizar: (i) la recuperación y (ii) la dignidad e integridad del paciente; aunado a que si en el proceso de atención se encuentran usuarios del régimen subsidiado, existe la presunción de su incapacidad económica para sufragar los costos requeridos para adquirir por cuenta propia los pañales desechables. Es decir, que al tratarse de la población más vulnerable, no solo desde el punto de vista económico, emerge un criterio objetivo por la naturaleza de la vinculación de esa persona a dicho régimen, en la falta de capacidad de pago[114].

7. Análisis de los casos concretos

7.1. Expediente T-6.982.011

7.1.1. La agente oficiosa interpuso la acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su padre Tomás Berrío Jiménez, los cuales consideró transgredidos porque su EPS-S Savia Salud no autorizó el suministro de los pañales desechables ordenandos por su médico tratante, pasando por alto su avanzada edad -96 años- y el accidente que lo dejó postrado en cama[115].

7.1.2. De las pruebas obrantes en el proceso de la referencia, la Sala evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: i) que el accionante es una persona de 96 años de edad, acorde con lo reflejado en el documento aportado al expediente[116]; ii) que sufrió un accidente el 8 de abril de 2013 que le ocasionó una fractura proximal desplazada de fémur derecho de cadera, la cual lo ha dejado con imposibilidad para la deambulacion y dificultad para realizar sus necesidades fisiológicas[117]; iii) que hace parte del régimen subsidiado en salud en calidad de beneficiario; iv) que requiere los pañales desechables formulados por su médico tratante[118].

7.1.3. Dentro del trámite de la primera instancia, la parte accionada manifestó que la orden médica no estaba en el formato establecido para llevarla a su respectivo análisis y estudio del Comité Técnico Científico[119]; por su parte, el ente territorial vinculado -por ser el accionante del régimen subsidiado-, guardó silencio[120].

7.1.4. Conforme a lo expuesto, se tiene que el actor es una persona de edad avanzada, que a pesar de que goza de los beneficios del sistema de salud del régimen subsidiado al encontrarse afiliado a la EPS-S Savia Salud, se evidencia una falencia de acceso que afecta su salud y su dignidad humana, dado que la misma EPS en su respuesta reconoció la existencia de la orden médica expedida por su médico tratante a pesar de no encontrarse diligenciada en el formato respectivo[121]; y que por un simple formalismo, la entidad no le dio el trámite correspondiente a los insumos que se encuentran expresamente excluidos del PBS con cargo a la UPC, conforme a la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social[122].

7.1.5. En la parte de las consideraciones de esta providencia, se reiteró la importancia que entraña el derecho fundamental a la salud, y de los requisitos para la procedencia excepcional de pañales, por lo que no debe olvidarse que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad, que sumado a su mal status económico, hacen que su condición de salud sea de completa vulnerabilidad; y por ende, proceda la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem no. 57 del Anexo Técnico de la Resolución 244 de 2019, referente al insumo de aseo -pañales desechables-, puesto que dicho producto no tiene un sustituto dentro del PBS.

7.1.6. En este evento, se considera que la EPS-S Savia Salud ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana del accionante, y por tanto, la Sala revocará la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes -Antioquia- del 12 de julio de 2018, que negó tutelar los derechos fundamentales solicitados por la señora Enorbita Berrío Sanmartín, quien actuó como agente oficiosa de su progenitor Tomás Berrío Jiménez; y en su lugar concederá la tutela por las razones expuestas.

7.1.7. Por todo lo anterior, se ordenará a la EPS-S Savia Salud, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, suministre al señor Tomás Berrío Jiménez los pañales desechables talla L que requiere acorde con la orden médica allegada al

expediente. Asimismo, se le ordenará a la demandada, para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a valorar al demandante por su médico tratante, para evaluar la continuidad en el uso de los pañales desechables en cantidad y periodicidad; y en caso de requerirlos, se proceda de conformidad con la normatividad vigente.

7.2. Expediente T-6.992.167

7.2.1. El Personero Municipal de Morales -Cauca-, Luis Miguel Correa Gómez, interpuso acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la menor de edad Samantha, los cuales estimó infringidos por la EPS-S Asmet Salud, al no garantizar el suministro de pañales desechables y la caja de guantes talla M para aseo y cambio de pañales prescritos por su médico. La niña fue diagnosticada con parálisis cerebral y epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos focales y parciales a los 2 años de edad[123]. En el trámite de instancia al ser la accionada del régimen subsidiado, se vinculó a la Secretaria de Salud del Cauca[124].

7.2.2. Del acervo probatorio allegado al proceso de la referencia, se probaron los siguientes hechos: i) la agenciada es una menor de 12 años[125]; ii) que sufre de parálisis cerebral desde sus 2 años epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos focales y parciales, con retraso severo en su neurodesarrollo[126], y manejo irregular farmacológico; iii) que pertenece al régimen subsidiado como beneficiaria de su progenitora, que a su vez tiene un puntaje de 2.42 del Sisbén[127] iv) que requiere del suministro de pañales, según consta en la copia de fórmula médica del 23 de mayo de 2018[128].

7.2.3. Por su parte, la accionada que respondió por fuera de términos, manifestó que se encuentra en un proceso de reorganización empresarial aprobado por la SNS, situación que no significa una desmejora en la prestación de sus servicios a los afiliados[129]. Frente al caso concreto, la parte accionada manifestó que a la menor se le ha brindado toda la atención integral requerida; adicionalmente señaló que lo ordenado por el médico tratante no se encontraba en el formato de justificación NO POS y que en ese orden de ideas, no se pudo llevar a que el CTC realizara su respectivo análisis y estudio; la Secretaria de Salud del Cauca guardó silencio[130].

7.2.5. En esta sentencia, se ha recalcado la importancia que entraña el derecho

fundamental a la salud, y los requisitos para la procedencia excepcional de pañales, por lo que, debe tenerse presente que la menor es un sujeto de especial protección constitucional en una situación de vulnerabilidad, que por su condición de salud se hace necesario aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem no. 57 del Anexo Técnico de la Resolución 244 de 2019, en referencia exclusiva a los pañales desechables.

7.2.6. Por lo tanto, se considera que la EPS-S Asmet Salud ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor Samantha, porque (i) existe una orden médica que no fue tramitada por la accionada ante la instancia respectiva imponiendo una barrera de acceso, (ii) porque la historia clínica allegada refleja una situación de vulnerabilidad que permite establecer la necesidad del uso de pañales, mas no de la caja de guantes talla M para aseo y cambio de pañales por ser un insumo de aseo expresamente excluido del PBS y porque su uso sería para una persona distinta a la paciente. En este sentido la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales -Cauca-, del 17 de julio de 2018, la cual negó la solicitud elevada por Luis Miguel Correa Gómez que en calidad de Personero Municipal de Morales -Cauca- actuó como agente oficioso de la menor Samantha; y en su lugar concederá la tutela por las razones expuestas.

7.2.7. En consecuencia, se ordenará a la EPS-S Asmet Salud, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, suministre a la menor Samantha los pañales desechables talla M que requiere acorde con la orden médica allegada al expediente. De la misma manera, se le ordenará a la demandada, que dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente fallo, valore a la menor por médico tratante, acerca de la necesidad de los pañales desechables en cantidad y periodicidad; y en caso de proceder, de conformidad con la normatividad vigente, se efectuó el trámite de recobro ante la Secretaria de Salud del Cauca, por tratarse de insumos excluidos del PBS.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, dentro del expediente T-6.982.011, la sentencia proferida el 12 de julio de 2018 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes -Antioquia-, que negó la tutela presentada por la señora Enorbita Berrío Sanmartín, quien actuó como agente oficiosa de su progenitor Tomás Berrío Jiménez contra la EPS-S Savia Salud; y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR, dentro del expediente T-6.982.011, a la EPS-S Savia Salud a través del representante legal o quien haga sus veces, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de este fallo, conforme a la orden médica del 25 de junio de 2018, emitida por el Dr. Sergio R. Upegui S., suministre al señor Tomás Berrío Jiménez, los 180 pañales desechables talla L de adulto que requiere por el término de dos meses.

TERCERO.- ORDENAR, dentro del expediente T-6.982.011, a la EPS-S Savia Salud a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en un término de diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a valorar al demandante por su médico tratante, con el fin de evaluar a futuro y en lo sucesivo, la continuidad en el uso de los pañales desechables en cantidad y periodicidad; y en dicho caso, cumplir con lo establecido en la Resolución 2438 de 2018, garantizándose la entrega oportuna de pañales.

CUARTO.- REVOCAR, dentro del expediente T-6.992.167, la sentencia proferida el 17 de julio de 2018, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales -Cauca-, la cual negó la solicitud elevada por Luis Miguel Correa Gómez que en su calidad de personero municipal actuó como agente oficioso de Samantha contra la EPS-S Asmet Salud; y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR, dentro del expediente T-6.992.167, a la EPS-S Asmet Salud a través del representante legal o quien haga sus veces, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de este fallo, conforme a la orden médica del 23 de mayo de 2018, emitida por el Dr. Jorge Orejuela Perea, suministre a la menor Samantha, los 120 pañales desechables talla M que requiere por el término de un mes.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-117 de 2019

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-No se debió aplicar excepción de inconstitucionalidad puesto que un insumo se entiende ajeno al PBS cuando es excluido de forma taxativa (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes T-6.982.011 y T-6.992.167 acumulados.

Acciones de tutela interpuestas por Ernobita Berrío Sanmartín, como agente oficioso de

Tomás Berrío Jiménez contra la EPS-S Savia Salud y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia; y, Luis Miguel Correa Gómez, personero municipal de Morales, Cauca, en representación de la menor Samantha contra la EPS-S Asmet Salud.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión, procedo a aclarar mi voto en la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. La sentencia T-117 de 2019 estudió dos acciones de tutela. En el primer asunto (T-6.982.011) Enorbita Berrío Sanmartín, en calidad de agente oficiosa de Tomás Berrío Jiménez, solicitó ordenar a la EPS-S Savia Salud y a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, autorizar la entrega de 180 pañales mensuales. En el segundo caso (T-6.992.167) Luis Miguel Correa Gómez, personero municipal de Morales, Cauca, en calidad de agente oficioso de una menor de edad, pidió ordenar a la EPS-S Asmet Salud autorizar el suministro de 120 pañales mensuales y una caja de guantes.

2. Los juzgados de instancia negaron el amparo de los accionantes. En el primer caso, el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes, Antioquia, mediante sentencia del 12 de julio de 2018, arguyó que el accionante “no aportó justificación médica que evidenciara la necesidad y urgencia de los insumos.” En el segundo caso, el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales, Cauca, en sentencia del 17 de julio de 2018 estimó que “no había certeza sobre la posible negación por parte de la entidad accionada frente a la entrega de los pañales y guantes ordenados por el médico tratante (...)”. Las anteriores decisiones no fueron impugnadas.

3. La Sala Séptima de Revisión revocó los fallos de instancia. En su lugar, concedió el amparo constitucional pretendido pues encontró acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, así como los parámetros para reconocer los insumos médicos “excluidos” del Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS). En consecuencia, ordenó a las EPS demandadas autorizar y entregar los insumos de pañales solicitados por los accionantes, acorde con las órdenes médicas allegadas a los expedientes.

4. Bajo esta perspectiva, si bien comparto la protección otorgada en la providencia, me veo precisado a aclarar mi voto respecto de un planteamiento realizado en la parte motiva, esto es la aplicación de la “excepción de inconstitucionalidad” sobre la norma que excluye los pañales del PBS, ítem 47 del Anexo Técnico de la Resolución 244 de 2019, de lo cual disiento por las razones que explico a continuación.

5. Resulta oportuno destacar que la sentencia C-313 de 2014 estableció que “[s]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas”. (Negrilla fuera de texto)

6. Por ello, el análisis sobre la inclusión de insumos médicos al PBS debe partir de una premisa básica, a saber, la de que todos los servicios, medicamentos y tecnologías están incorporados al Plan de Beneficios en Salud y tan solo aquellos que expresa y explícitamente han sido excluidos se encuentran por fuera de su cubrimiento.

7. Pese a ello, la parte motiva de la sentencia T-117 de 2019 refiere que la resolución 244 de 2019[133] excluye “expresamente” del PBS los pañales desechables, por ser un “insumo de aseo”, con fundamento en que dicha denominación es sinónimo de la expresión “productos de higiene” referenciada en el anexo 1 de la decisión 706 de 2008 de la Comunidad Andina de Naciones,[134] que ubica a dicho producto en esta categoría[135].

8. No comparto tal planteamiento, en tanto, como acaba de exponerse, un insumo solo se entiende ajeno al Plan de Beneficios en Salud cuando ha sido excluido de forma taxativa y determinada del mismo, por lo tanto, en el caso objeto de estudio no había lugar a dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad. Tales son, en consecuencia, las razones por las cuales aclaro mi voto en este caso.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] La Sala de Selección No. 09, la conformaron los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

[2] La Sala de Selección No. 10, la conformaron los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado.

[3] Información tomada del respectivo documento de identidad a folio 4 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[4] Arboletes es un municipio que pertenece al departamento de Antioquia; localizado en la región del Urabá, que limita al norte con el mar Caribe y con el departamento de Córdoba, al este con el departamento de Córdoba y con el municipio de San Pedro de Urabá, al sur limita con los municipios de San Pedro de Urabá, Turbo y Necoclí, y al oeste con los municipios de Necoclí y San Juan de Urabá. Su cabecera se encuentra a 472 kilómetros de la ciudad de Medellín, capital del departamento de Antioquia (Tomado de la página oficial de la respectiva Alcaldía Municipal).

[5] Folio 6 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[6] Folios 1 y 7 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[7] Folio 8 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[8] Folio 1 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[9] El Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes, por medio de auto del 28 de junio de 2018, admitió la tutela y ordenó notificar a las entidades accionadas para que en el término de 2 días rindieran un informe detallados respecto de los hechos de la demanda.

[10] Folio 15 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[11] Folio 16 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[12] Folio 17 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[13] Folios 11, 14 y 26 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[14] Folio 28 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[15] Ibídem.

[16] Folio 36 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[17] Morales es un municipio del departamento de Cauca ubicado a 41 km de la localidad de Popayán, con alrededor de 26.000 habitantes. Al norte limita con los municipios de Buenos Aires y Suárez; al sur con Cajibío; al oriente con Piendamó y Caldono; y al occidente con El Tambo y López de Micay. (Tomado de la página oficial de la respectiva Alcaldía Municipal)

[18] Folio 15 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[19] Folios 1, 11 y 12 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[20] Folio 1 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[21] Folios 1, 7 y 25 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[22] Folio 7 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[23] Folio 10 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[24] Folio 18 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[25] Folios 20 a 23 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[26] Folio 26 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[27] Folios 35 a 44 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[28] Folios 36 y 37 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[29] Folio 29 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[30] El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo 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 (...). Así mismo, de conformidad con el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 le brinda la posibilidad de que una persona agencie derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.

[32] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[33] M.P. Humberto Sierra Porto.

[34] M.P. María Victoria Calle Correa.

[35] Ver sentencia T-560 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[36] Ver núm. 2, artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

[37] Ver sentencias SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-245 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-036 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[38] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[39] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[40] Ver sentencias T-590 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-171 y T-196 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[41] Ver sentencia T-329 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[42] Ver sentencias T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-742 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; entre otras.

[43] Ver artículos 35 y subsiguientes de la Ley 1122 de 2007.

[44] Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[45] a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[46] El artículo 126 agrega los siguientes literales: e. Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo. f. Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. g. Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

[47] Se cita entre otras, las sentencias C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-234 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-742 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[48] Ver sentencias T-329 de 2018, T-215 de 2018, T-196 de 2018 T-171 de 2018, y T-163 de 2018.

[49] Ver sentencias T-042 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-403 de 2017, M.P. Carlos Libardo Bernal Pulido; T-218 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-375 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (A.V. José Fernando Reyes Cuartas).

[50] Ver sentencia T-010 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger (A.V. José Fernando Reyes

Cuartas).

[51] Ver sentencia T-001 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[52] Ver sentencia T-003 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

[53] Ver sentencias T-177 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-472 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo T-575 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; entre otras.

[54] Ver sentencia T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y sentencia T-539 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[55] Ver folio 1 del cuaderno 1, expediente T-6982011; folio 1 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[56] Ver sentencias T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[57] Ver artículos 211, 212, 213 y 214 de la Ley 100 de 1993.

[58] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[59] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[60] La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la Atención Primaria en Salud como la asistencia sanitaria esencial accesible a todos los individuos y familias de la comunidad a través de medios aceptables para ellos, con su plena participación y a un costo asequible para la comunidad y el país. Es el núcleo del sistema de salud del país y forma parte integral del desarrollo socioeconómico general de la comunidad (Tomado el 01-02-2019 de http://www.who.int/topics/primary_health_care/es/).

[61] Ver artículos 1° de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

[62] Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[63] Ver sentencias T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[64] Ver sentencias T-021 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Linett; T-1105 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[65] Ver sentencia T-1030 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

[66] Ver sentencias T-535 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-638 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; entre otras.

[67] M.P. Mauricio González Cuervo.

[68] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[69] M.P. Humberto Sierra Porto.

[70] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[71] Ver sentencia T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[72] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[73] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[74] Ver sentencia T-014 de 2017, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

[75] Ibídem.

[76] Ver sentencia T-196 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[78] Ver sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-651 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-458 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

[79] Ver artículo 5º de la Ley 1751 de 2015 y la sentencia T-439 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[80] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[81] M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[82] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[83] Ver artículo 6º de la Ley 1751 de 2015.

[84] Ver sentencia T-439 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[85] Ver sentencia T-439 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[86] Administradora de los Recursos del Sistema de Salud.

[87] Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[88] Ver sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[89] El procedimiento se encuentra regulado por la Resolución 330 de 2017.

[90] Ver Artículo 28 del Código Civil. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;

[91] Ver sentencia T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[92] Emanada por la Comunidad Andina de Naciones, CAN, y que estableció la Armonización de Legislaciones en Materia de Productos de Higiene Doméstica y Productos Absorbentes de Higiene Personal.

[93] Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.

[94] Ver Resolución No. 2018035612 del 17 de agosto de 2018, del Invima.

[95] Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[96] Ver sentencias T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-491 de 2018, M.P. Diana Constanza Fajardo Rivera.

[97] Ver sentencias T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-260 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

[98] A modo de ilustración se citan las sentencias: T-023 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, T-610 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[99] Ver ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019.

[101] Ver sentencia T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[102] Ver numeral 3) artículo 172 de la Ley 100 de 1993 y Acuerdo 306 de 2005 del CNSSS.

[103] Ver Decreto 2560 de 2012.

[104] Ver numeral 3º del artículo 26 del Decreto 2560 de 2012 y Resolución 5858 de 2018 del Ministerio de Salud.

[105] Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[106] Ver artículo 7º de la Resolución 1479 de 2015.

[107] Ver artículo 9º de la Resolución 1479 de 2015.

[108] Ver sentencia T-329 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[109] Ibídem.

[110] M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[111] Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[112] Ver sentencia T-215 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[113] Ver sentencias T-499 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-590 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-507 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[114] Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[115] Folios 4, 6 y 7 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[116] Folio 4 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[117] Folio 6 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[118] Folio 8 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[119] Folio 16 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[120] Folios 26 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[121] Folios 15 y 16 del cuaderno 1, expediente T-6982011

[122] Folio 16 del cuaderno 1, expediente T-6982011.

[123] Información tomada del documento de identidad, visible a folio 7 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[124] Folio 18 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[126] Folios 1 y 7 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[127] Folios 10 y 11 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[128] Folios 8 y 9 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[129] Folios 35 y 36 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[130] Ibídem.

[131] “Enfermedad actual: paciente femenina de 11 años de edad, procedente de área rural

de Morales (vereda El Socorro) con antecedente de asfixia perinatal con retraso severo en neurodesarrollosecundario y desde los 2 años de vida epilepsia, con manejo farmacológico irregular con ácido valpróico indicado por neuropediatría cuyo último control fue hace más de 2 años. Desde entonces, sin controles con especialista, no recibe terapias físicas ni de fonoaudiología en casa...Fractura de pie izquierdo abandonada, maltrato infantil por negligencia”.

[132] Folio 7 del cuaderno 1, expediente T-6992167.

[133] Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud. Allí se excluyen, las “TOALLAS HIGIÉNICAS, PAÑITOS HÚMEDOS. PAPEL HIGIÉNICO E INSUMOS DE ASEO”.

[134] A través de la cual se armonizan las legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal.

[135] En este grupo se encuentran las toallas higiénicas, los tampones, los protectores de flujos íntimos y los pañitos húmedos. Entre otras afirmaciones, se puede destacar que en el fallo se menciona que “(...) El invima contempla el mismo código a los pañales desechables, toallas higiénicas, protectores sanitarios, tampones, protectores par lactancia y pañitos húmedos y, por tal razón se entienden excluidos del PBS”.