

Sentencia T-133/20

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Improcedencia por cuanto suministro de pilas para audífonos no hace parte del derecho a la salud y corresponde asumir costo a padres 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

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

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

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura

El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios, pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, el sistema de recobros, sin que pueda entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva - UPC - no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas.

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN EL REGIMEN SUBSIDIADO-MIPRES tiene limitación para su aplicabilidad

La prescripción y suministro de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC para la vigencia del año 2018 en el Régimen Subsidiado; año en el que los servicios y tecnologías con cargo a la UPC se encontraban definidos en la Resolución 5269 de 2017, debían someterse al trámite y aprobación por parte del respectivo Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Pilas para audífonos no hacen parte del derecho a la salud

Las pilas para audífonos no pueden ser entendidas como una tecnología en salud, en tanto no son una actividad, intervención, medicamento, procedimiento ni dispositivo médico o servicio que haga parte de la prestación del servicio de salud, por tratarse de elementos accesorios que por sí mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente. Por otra parte, las pilas para audífonos tampoco forman parte del grupo de servicios complementarios, en tanto, no tienen la virtualidad de garantizar el goce efectivo del derecho, pues no mejoran o recuperan el estado de salud del paciente.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Acceso de personas que no tienen recursos para sufragar los servicios de salud que requieren

El principio de solidaridad que rige la prestación del servicio público en salud por disposición constitucional y estatutaria: (i) implica una obligación, en cabeza del Estado, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al conglomerado social; e (ii) impone un deber de los ciudadanos, y concretamente de los afiliados del SGSSS, de asumir unas cargas mínimas soportables que se derivan de la prestación del servicio de salud, como por ejemplo, la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, o la adquisición de insumos accesorios a dispositivos médicos, en aras de proteger fines constitucionalmente válidos como la sostenibilidad financiera del SGSSS.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN SALUD-Obligaciones de los padres respecto de la garantía de los derechos de sus hijos menores de edad

Los primeros obligados a asumir las cargas mínimas requeridas para garantizar la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes son sus progenitores, quienes en virtud de los principios de solidaridad, corresponsabilidad y de responsabilidad parental, deben asumir, al margen de la intervención estatal, las cargas soportables que acarree el acceso a los servicios y prestaciones que aquellos requieran para la efectividad de sus derechos, a no ser, de que en virtud del principio constitucional de solidaridad, el Estado deba entrar a suplir las necesidades de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, en el marco de la doctrina de las cargas soportables y la afectación al mínimo vital.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN SALUD Y PRINCIPIO DE CARGAS SOPORTABLES-
Corresponde a los padres de menores, asumir costo de pilas para audífonos

En tratándose de menores de edad, las pilas para el dispositivo audífono deben ser asumidas, en primer lugar, por los padres, en virtud de sus obligaciones parentales, y subsidiariamente, con cargo a los subsidios que otorgue la entidad territorial correspondiente a la población vulnerable residente en su jurisdicción.

Referencia: Expediente T-7.334.183

Acción de tutela interpuesta por Gloria Esperanza Díaz Burbano, en representación de las menores Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, contra Comfamiliar del Huila EPS-S y la Secretaría Departamental de Salud del Huila.

Magistrado sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES

LA DEMANDA DE TUTELA

1. 1. El día doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano, obrando como representante legal de sus hijas menores de edad Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, instauró acción de tutela contra Comfamiliar del Huila EPS-S (en adelante, Comfamiliar) y la Secretaría Departamental de Salud del Huila para lograr la protección de los derechos a la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y la

dignidad humana de aquellas.

2. Expuso que sus hijas fueron diagnosticadas con “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral”, y que su médico tratante les prescribió el uso de audífonos, junto con sus respectivas pilas, para efectos de mejorar su capacidad auditiva.

3. Los audífonos fueron proveídos a ambas menores de edad por la referida EPS. No obstante, esta se rehusó a suministrar las pilas, a pesar de la solicitud que al respecto hiciera el referido profesional de la salud ante el Comité Técnico Científico (en adelante, “CTC”).

4. Por lo anterior, la accionante solicita que se ordene a Comfamiliar (i) el suministro de las pilas en la forma prescrita por el galeno, (ii) que su entrega se realice en el municipio de Saladoblanco, lugar en que residen, y (iii) que se brinde una atención integral en salud para la patología que ambas padecen.

B. HECHOS RELEVANTES

5. Las niñas Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz tienen catorce (14) y quince (15) años de edad, respectivamente, y se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante “SGSSS”), en el régimen subsidiado, a través de Comfamiliar del Huila EPS – S.

6. Ambas menores de edad, fueron diagnosticadas con “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral” , y les fue prescrito el uso de audífonos, con el objeto de mejorar su capacidad auditiva.

7. Mediante escritos de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), la Personera Municipal de Saladoblanco – Huila, elevó dos derechos de petición ante a la EPS accionada, con el fin de que fueran autorizadas unas fórmulas médicas que prescribían pilas para los audífonos de las niñas.

8. Mediante comunicaciones de fecha primero (1°) de octubre de dos mil dieciocho (2018), la Coordinadora de Gestión de Calidad EPS-S Regional Huila dio respuesta a dichas solicitudes, indicando que las tecnologías solicitadas eran “No Pos”, de conformidad con lo prescrito Resolución 5269 de 2017, y por lo tanto, serían tramitadas por el Comité Técnico Científico una vez que se hubieren aportado las historias clínicas y formulaciones médicas vigentes, las

cuales no habían sido anexados por la solicitante.

9. El día veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el médico tratante de ambas menores de edad prescribió las “pilas para audífonos con referencia 13, cuatro pares”, e igualmente, diligenció formatos de justificación de servicios médicos y/o prestaciones No Pos, en los cuales consignó como motivo de la solicitud: “para entender las conversaciones se inicia rehabilitación auditiva con ampliación con conducción de área con el fin de favorecer la comunicación familiar y social de la paciente”.

10. En la misma fecha, la EPS accionada envió dos correos electrónicos al respectivo Comité Técnico Científico, en los que remitió solicitud de pilas para ayudas auditivas, con el fin de surtir el trámite respectivo. No obstante, manifiesta la accionante que las pilas no fueron entregadas, a pesar, incluso, “de la intervención de la Dirección Local de Salud del Municipio”.

11. Afirma la accionante, que la falta de suministro de las pilas para audífonos ha causado un deterioro en la salud auditiva de sus hijas, que incluso puede llegar a producir “pérdida total de su audición”. Agrega que su núcleo familiar no cuenta con los recursos necesarios para asumir el costo de las pilas, pues “son una familia de muy bajos recursos”.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADOS.

12. Mediante auto del trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Saladoblanco – Huila admitió la acción de tutela de la referencia, y ordenó notificar de la misma a Comfamiliar y a la Secretaría Departamental de Salud. Así mismo, dispuso oficiar al Hospital Nuestra Señora de Las Mercedes de dicha localidad, en el que las menores venían siendo atendidas, para efectos de que informara sobre la necesidad del tratamiento ordenado.

13. De igual forma, decretó de oficio las siguientes pruebas: (i) la presentación de un informe, por parte de cada uno de los sujetos procesales, sobre el valor de las pilas ordenadas por el médico tratante; y (ii) practicar interrogatorio de parte a la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano, en lo relacionado con los hechos de la demanda, especialmente, en lo concerniente al estado de salud de sus hijas y su capacidad económica.

14. Finalmente, el referido despacho judicial resolvió oficiar a la Tesorería Municipal de Saladoblanco para efectos de que informara si en la base de datos de catastro figuraban los nombres de la accionante o de alguna de sus hijas, y ordenó por Secretaría la consulta en las bases de datos SISPRO – RUAF y SISBEN.

Consulta realizada por el juez de tutela.

15. Mediante consulta realizada el día dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el despacho de conocimiento pudo constatar que la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano se encuentra afiliada al SGSSS en el régimen subsidiado, con tipo de afiliación madre cabeza de familia, y que no reporta afiliaciones en cuanto a pensiones, riesgos laborales, caja de compensación familiar, cesantías ni pensionados.

16. Así mismo, verificó que la accionante se encuentra vinculada al programa “Más Familias en Acción, Sisben” administrado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante “DPS”) en estado activo, y que en la plataforma SISBEN consta que la demandante reside en área “rural disperso” y cuenta con 24,44 puntos.

Caja de Compensación Familiar del Huila “Comfamiliar”.

17. Mediante respuesta del dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la entidad accionada expuso que ambas menores de edad son usuarias activas en la base de datos de la EPS- S Comfamiliar, y como tal tienen derecho a acceder a los beneficios garantizados en la Resolución No. 5857 de 2018. En este sentido, señaló que, una vez verificado su sistema de gestión, constató que les ha garantizado de forma oportuna todos los servicios prescritos por sus médicos tratantes.

18. Sobre el suministro de las pilas para audífonos, señaló que la solicitud fue estudiada por el respectivo CTC, el cual concluyó que con la entrega del equipo audífono, el prestador cumple con su obligación de suministro; mientras que su cuidado y mantenimiento corresponde a los usuarios. De esta manera, expuso que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 5857 de 2018, los servicios y tecnologías conexos en salud, es decir, aquellos que no sean del ámbito de la salud, o que puedan configurarse como determinantes sociales de la salud son servicios e insumos “No pos”, que deben ser asumidos directamente por el usuario. No obstante, aclaró que en aquellos casos en los que el usuario no cuente con

los recursos para cubrir dichos gastos, los mismos serán asumidos por la entidad territorial respectiva.

19. Finalmente, sobre la solicitud de tratamiento integral, manifestó que no es procedente por cuanto esta entidad no ha incurrido en conductas negligentes en la prestación del servicio de salud ni ha puesto en riesgo los derechos de las niñas. En consecuencia, solicitó “declarar improcedente” la acción, por cuanto no ha vulnerado sus garantías fundamentales, y así mismo, pidió vincular a la Secretaría Departamental de Salud, para efectos de que fuera esta autoridad la que asumiera los gastos a que hubiere lugar por prestaciones o servicios financiados por fuera de la UPC.

20. Posteriormente, en respuesta de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), manifestó que no era posible presentar un informe sobre el valor de las pilas ordenadas por el médico tratante, toda vez que, al ser tecnologías no financiadas con recursos de la UPC, no contaban con código CUPS ni marca ni modelo que permitiera identificar las mismas. Por lo anterior, señaló que debería oficiarse al prestador “audicom” (sic) , institución que sí podía suministrar dicha información.

Comunicación vía telefónica entre el Despacho de primera instancia y Audiocom el día veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

21. De conformidad con la última respuesta allegada por la EPS, mediante auto del veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el juez de primera instancia dispuso consultar vía telefónica con el prestador “audicom”, sobre el precio de las pilas para audífonos. En dicha llamada, se informó que las pilas pueden adquirirse: 1. seis (6) pilas por el valor de diecinueve mil pesos (\$19.000); 2. treinta (30) pilas por el valor de sesenta y tres mil pesos (\$63.000); y 3. sesenta (60) pilas por el valor de ciento trece mil pesos (\$113.000).

Tesorería Municipal de Saladoblanco.

22. Mediante comunicación de fecha veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), se informó al despacho de primera instancia que, en la base catastral del municipio correspondiente a la vigencia de 2019, figuraba un predio a nombre de la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano, el cual reporta un área total de 2.500 metros, de la cual 89 metros están contruidos, y se encuentra avaluado en tres millones ciento diez mil pesos

(\$3.110.000).

23. En lo que respecta a las menores de edad, informó que no figuraban como titulares del derecho real de dominio sobre predio alguno.

E.S.E Hospital Nuestra Señora de las Mercedes Saladoblanco – Huila.

24. Mediante respuesta de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el hospital allegó las historias clínicas de las niñas, junto con un certificado médico en que se da fe de que ambas requieren pilas para audífonos.

25. Por su parte, el interrogatorio ordenado por el juez a la accionante no fue realizado por cuanto esta no se presentó a la respectiva diligencia ni allegó el informe sobre el valor de las pilas requerido por el fallador. Así mismo, no se recibió respuesta por parte de la Secretaría Departamental de Salud del Huila, también accionada.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Saladoblanco – Huila

26. Mediante fallo del veinticinco (25) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el juez de primera instancia negó el amparo solicitado, por considerar que no se cumplían las reglas jurisprudenciales para “inaplicar el listado de servicios expresamente excluidos de la financiación del SGSSS”. Esto, toda vez que de conformidad con la sentencia C-313 de 2014, uno de los requisitos que deben cumplirse para la inaplicación de dicho listado, es que el paciente “carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo” del insumo o servicio solicitado. De esta manera, consideró que, a pesar de las afirmaciones realizadas por la accionante, en el sentido de carecer de los recursos suficientes para asumir el costo de las pilas, pudo establecerse que su valor no es desproporcionado, de conformidad con los siguientes datos:

Unidades por paquete

Valor por paquete

Valor unitario

6

\$19.000

\$3.167

30

\$ 63.000

\$2.100

60

\$ 113.000

\$1.883

27. En este sentido, el juez de primer grado concluyó que no era admisible que una persona que posee un inmueble de un cuarto de hectárea a su nombre y participa en el programa Más Familias en Acción, no pueda asumir el costo de los insumos que solicita. Correspondiendo, pues, a la accionante “realizar el esfuerzo menor de adquirir las pilas de los audífonos”.

28. Finalmente, expuso que tampoco había lugar a acceder a la solicitud de tratamiento integral solicitado en la demanda de amparo, por cuanto el sistema de salud ha provisto lo que ambas menores de edad han necesitado, y no existe una orden médica distinta a la prescripción de las pilas que deba ser resuelta.

29. La decisión adoptada en primera instancia no fue impugnada por ninguna de las partes.

E. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN.

Auto del veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) .

30. Mediante auto del veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), el Magistrado

sustanciador resolvió decretar pruebas de oficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, para efectos de contar con mayores elementos de juicio que permitieran resolver de fondo la controversia planteada.

31. En dicho auto, se dispuso oficiar a las siguientes entidades:

i. (i) La Personería Municipal de Saladoblanco – Huila, para que por su conducto notificara a la accionante para que esta informara sobre: 1. el estado actual de salud de las menores, 2. el suministro de los insumos solicitados en la tutela, 3. la frecuencia de uso de los audífonos y duración de las pilas, 4. su estado de escolarización, 5. composición de su núcleo familiar, 6. ocupación e ingresos de sus integrantes, y 7. los beneficios recibidos por estar incluida en el programa Más Familias en Acción, administrado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante, DAPS).

Así mismo, se preguntó a la Personería si tenía conocimiento de la situación socioeconómica del núcleo familiar de la accionante.

() Comfamiliar del Huila EPS – S, para que allegara las actas del CTC sobre el estudio de las solicitudes de servicios “No Pos” suscritas por el médico tratante de ambas menores de edad; e informara (i) en qué fecha les fue realizado el diagnóstico de “hipoacusia mixta conductiva neurosensorial bilateral”; (ii) qué prestadores y a qué costo ofertaban los insumos prescritos; (iii) lugar de suministro de las pilas para audífonos para los afiliados residentes en el municipio de Saladoblanco; y señalara (iv) de conformidad con el concepto del médico tratante, las consecuencias del no uso de audífonos para la salud de las niñas a nombre de quienes se instauró la acción de tutela.

() Se preguntó al DAPS si la accionante se encuentra registrada en su base de datos de beneficiarios del programa “Más Familias en Acción”, qué requisitos deben acreditarse para obtener tal calidad, y qué beneficios recibe o ha recibido de dicho programa;

() Se ofició a la IPS Audiocom, para que informara sobre el precio, forma de adquisición y duración de las pilas prescritas a ambas menores de edad; y

() Se dispuso librar un despacho comisorio dirigido al juzgado de primera instancia para que realizara una inspección judicial en el domicilio de la accionante y estableciera,

especialmente 1. Las condiciones en que vive el núcleo familiar, y 2. La ocupación e ingresos de sus integrantes.

Respuestas al auto de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Personería Municipal de Saladoblanco.

32. La Personera Municipal de Saladoblanco allegó acta de notificación en la que dio a conocer a la accionante los interrogantes contenidos en el auto de pruebas. En respuesta al cuestionario allí planteado, la demandante informó lo siguiente:

- * Sobre el estado de salud de sus hijas, señaló que la patología subsiste a la fecha, sin que hayan sido suministrados los insumos solicitados en la demanda de tutela.

- * Informó que la duración de las pilas es de quince (15) días.

- * Expuso, que las menores se encuentran cursando los grados octavo y décimo, respectivamente, y que el no uso de sus audífonos ha afectado su desempeño escolar, en tanto se encuentran perdiendo varias asignaturas por no poderlas escuchar.

- * Informó que el núcleo familiar de las menores está compuesto por ambos padres y sus cuatro hijos, de los cuales, los dos mayores y el padre son agricultores, mientras que ella es ama de casa y sus hijas menores estudiantes.

- * Finalmente, indicó que como beneficiarios del programa Más Familias en Acción del DAPS reciben una asignación correspondiente a \$ 180.000 pesos. No obstante, señaló que la entrega de dicho subsidio no es regular, y que en lo que va corrido del año han recibido un solo pago por ese concepto.

Junto con su respuesta, la accionante anexó una captura de pantalla del SISBEN, en la que consta que tiene un puntaje de 24,44 y que su estado actual es validado. Adicionalmente, anexó captura de pantalla del sistema Vivanto, en el que aparece que se encuentra incluida junto con su núcleo familiar en el Registro Único de Víctimas por el hecho victimizante de desplazamiento forzado.

Por su parte, la Personería informó que tenía conocimiento de que el núcleo familiar de la

accionante se encuentra en una situación “crítica” por el estado de salud de las menores, la imposibilidad económica de acceder a un tratamiento integral para ellas, y la falta de posibilidades laborales en el municipio. Señaló que por ese motivo, procedió a elaborar los derechos de petición con el fin de solicitar a la EPS el suministro de pilas para las niñas (ver supra, numeral 7), y que posteriormente asistió a la accionante en la elaboración de esta acción constitucional.

Departamento Administrativo de la Prosperidad Social – DAPS.

33. El DAPS informó que la accionante se encuentra inscrita en el programa Familias en Acción desde el 19 de noviembre de 2012 como titular de un núcleo familiar compuesto por un joven de veintitrés (23) años de edad, desvinculado del programa por culminación de estudios, y por las menores de edad Anyela Daniela y Karen Lizeth, quienes actualmente son beneficiarias del incentivo de educación secundaria. Señaló que a la fecha fueron efectuadas las “liquidaciones por incentivo” hasta la segunda entrega de 2019, y anexó un comprobante según el cual en lo que va del año se han efectuado dos liquidaciones:

□ La suma de \$ 286.850 correspondiente al periodo octubre – noviembre de 2018, y

□ La suma de \$ 352. 580 correspondiente al periodo febrero – marzo de 2019.

Igualmente, informó que el programa Familias en Acción se encuentra regulado por la Ley 1532 de 2012, y consiste en la entrega condicionada y periódica de una transferencia monetaria directa a las familias en situación de pobreza y pobreza extrema, como complemento al ingreso monetario para la formación de capital humano, generación de movilidad social, acceso a programas de educación media y superior, superación de la pobreza y prevención del embarazo en la adolescencia. En este sentido, explicó que el programa ejecuta sus acciones por medio de dos componentes: (i) el incentivo de salud, que se otorga a las familias con niños, niñas y adolescentes menores de 6 años de edad; y (ii) el incentivo de educación, con destino a los niños, niñas y adolescentes que cursen los grados transición a undécimo, del cual son beneficiaras las hermanas Burbano Díaz.

Audiocom IPS.

34. Audiocom informó que cuenta con pilas para audífonos de todas las referencias, y que las

mismas pueden ser adquiridas de manera particular con los siguientes costos:

Cantidad de pilas

Valor

Seis (6)

Diecinueve mil pesos (\$ 19.000)

Treinta (30)

Sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000)

Sesenta (60)

Ciento trece mil pesos (\$ 113.000)

Comfamiliar del Huila EPS – S.

35. La accionada allegó un escrito de respuesta en el que expuso de forma preliminar, que de conformidad con lo previsto en el artículo 83 de la Resolución No. 5857 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Plan de Beneficios con cargo a la UPC financia para personas menores de tres (3) años de edad, con sordera prelocutoria o poslocutoria profunda bilateral, el implante coclear, la sustitución parcial o total de la prótesis coclear y la rehabilitación post implante, cuya financiación no incluye el suministro o entrega periódica de baterías. En este sentido, señaló que el suministro de los insumos solicitados no se encuentra incluido dentro de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Seguidamente, se pronunció sobre los interrogantes planteados por la Corte, en los siguientes términos:

i. (i) Sobre los prestadores que ofrecen el insumo “pilas para audífonos con referencia 13, cuatro pares” y su costo, señaló que Comfamiliar cuenta con contrato vigente con la IPS Audiocom, ubicada en la ciudad de Neiva, la cual suministra las baterías para los audífonos de los usuarios que así lo soliciten y asuman dicho costo. Sobre el valor de las pilas, reiteró la

información contenida en el fallo de primera instancia (ver supra, numeral 26).

ii. (ii) Informó que el lugar de entrega de las pilas para los afiliados residentes en el municipio de Saladoblanco es la IPS Audiocom, ubicada en la ciudad de Neiva, a unos 187 kilómetros de distancia de Saladoblanco.

iii. (iii) Sobre la fecha del diagnóstico de la patología “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral” en ambas menores, informó que, según su registro de autorizaciones, el 18 de abril de 2013 se expidió orden médica que solicitó valoración por la especialidad de otorrinolaringología en el Hospital Nuestra Señora de las Mercedes de Saladoblanco, determinando como diagnóstico inicial de ambas menores “hipoacusia no especificada”.

iv. (iv) Señaló que según verificación realizada en el módulo CTC en la plataforma SGA, encontró que nunca fue solicitado ante la EPS trámite ante el CTC por servicios “No Pos” para las menores Burbano Díaz.

Finalmente, anexó un informe suscrito por un auditor médico adscrito a la EPS, en que se informó que ambas niñas cuentan con “diagnósticos” desde el 30 de mayo de 2014, y relacionó las fechas de diferentes atenciones médicas efectuadas a cada una de ellas, de conformidad con la información que a su vez suministró Audiocom.

Diligencia de inspección judicial realizada por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Saladoblanco.

36. En cumplimiento del despacho comisorio No. 008 de fecha dos (02) de julio de dos mil diecinueve (2019), librado por la Secretaría General de esta corporación en cumplimiento del auto de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) (ver supra, numeral 30), el juez de primera instancia fijó diligencia de inspección judicial para el día tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019). En la fecha señalada, dicha agencia judicial se desplazó al predio El Mirador, ubicado en la Vereda Las Brisas – municipio de Saladoblanco, Huila, para efectos de llevar a cabo la diligencia encomendada.

Según la información remitida por el Juzgado, pueden destacarse los siguientes datos relevantes para el proceso:

Características físicas del inmueble en que habita el núcleo familiar Burbano Díaz: (i) se trata de un predio con dos construcciones, una de menor tamaño con tejas de barro, paredes de ladrillo, servicios de luz y agua potable, cocina enchapada en un 90% con fogón de leña, cuatro habitaciones y pisos de cemento, junto con servicios sanitarios ubicados fuera del inmueble, y un “beneficiadero” para el proceso productivo de café; (ii) una estructura de guadua y madera, en la que se seca ese grano; y (iii) una hectárea sembrada con café, árboles frutales y otras plantaciones agrícolas.

Antes de concluir la inspección judicial, el despacho de instancia concedió el uso de la palabra a la señora Gloria Esperanza Díaz, quien informó sobre los siguientes aspectos:

□ Indicó que su núcleo familiar se compone por ella, su esposo y 4 hijos, de 13, 15, 23 y 26 años de edad.

□ Manifestó que su ocupación es ama de casa y que su esposo es agricultor, quien se dedica a recolección de café aproximadamente cada tres (3) semanas en la finca junto con los trabajadores que contrata para esa actividad. Informó, que la recolección del grano les reporta entre \$300.000 y \$400.000 pesos de ganancia. Igualmente, señaló que sus hijos mayores son agricultores y realizan labores en su predio “cuando hay trabajo”, y cuando no, “acuden a otras fincas buscando su jornal”. Así mismo, indicó que su núcleo familiar recibe un beneficio por la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000) para ambas menores cada dos o cuatro meses del programa Familias en Acción, pero ni ella ni su esposo perciben mesada pensional.

□ Además, expuso que las obligaciones económicas suyas y las de su esposo correspondían a “(...) los hijos (...) estar pendiente de la salud, de la comida, del estudio”, e igualmente, señaló que actualmente se encontraban pagando un crédito con la entidad Coofisam. Sin embargo, no tenía claridad sobre el monto del crédito ni de la correspondiente cuota mensual.

□ También, señaló que el inmueble en que residen tiene una extensión aproximada de una hectárea y media, se encuentra a nombre de su esposo y estima su avalúo catastral entre unos dieciocho (18) y veinte (20) millones de pesos. Así mismo, informó que tienen en propiedad dos motos para las diferentes labores de la finca, y dijo ser titular de un predio cercano, de una extensión aproximada de media hectárea, destinado al cultivo de café y lo

avalúa en un aproximado de quince millones de pesos (\$15.000.000).

Finalmente, el despacho dejó constancia de que el predio se encuentra ubicado a unos 20 minutos de distancia del pueblo (Saladoblanco), aproximadamente.

Auto del tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

37. Mediante auto de la referida fecha, el Magistrado sustanciador consideró necesario obtener mayores elementos de juicio para mejor proveer sobre el asunto objeto de conocimiento. En consecuencia, resolvió oficiar a las siguientes entidades:

* Al Ministerio de Salud y Protección Social, para que en su calidad de rector de la política pública en salud, informara si las pilas para audífonos (i) pertenecen al ámbito del derecho fundamental a la salud; o (ii) pueden ser entendidos como servicios o tecnologías complementarios; (iii) en caso de que no fueran un servicio de salud, ni un servicio complementario, se le solicitó que indicara a qué sector le corresponde asumir el suministro de ese tipo de prestaciones; (iv) informara si las pilas para audífonos fueron objeto de estudio en el procedimiento técnico científico de que tratan el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la Resolución No. 330 de 2017; (v) indicara si se han impuesto condenas judiciales o administrativas al SGSSS relativas al suministro de pilas para audífonos, y de ser así, el impacto que han tenido dichas decisiones para el Sistema.

Para efectos de contextualizar el concepto del Ministerio, se ordenó remitir copia íntegra del expediente a esa cartera.

□ Toda vez que en la contestación de la demanda de tutela, la entidad accionada informó que las solicitudes de pilas para audífonos de ambas menores fueron estudiadas por el CTC de Comfamiliar, pero posteriormente aquella negó que tal procedimiento se hubiera efectuado, en sede de revisión (ver supra, numeral 35) se ofició a dicha entidad para que informara sobre el trámite impartido a ambas solicitudes y expusiera los motivos que llevaron a su negación.

□ A la Secretaría Departamental de Salud del Huila, para que (i) informara si le han sido impuestas condenas judiciales por el no suministro de pilas para audífonos y de ser así, el impacto que han tenido estas condenas en los recursos a su cargo; y (ii) que informara

acerca de si las pilas para audífonos hacen parte del derecho fundamental a la salud o pueden ser entendidas como servicios o tecnologías complementarios.

□ Finalmente, se requirió a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante “Adres”) para que se sirviera informar si le han sido impuestas condenas judiciales relacionadas con el suministro de pilas para audífonos, y de ser así, el impacto que han tenido en el Sistema dichas condenas.

Auto de suspensión.

38. Mediante auto de la misma fecha, y de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional – Acuerdo 02 de 2015 – la Sala de Revisión dispuso la suspensión del presente proceso por el término de un (1) mes contado a partir de la fecha en que se allegaran las pruebas solicitadas.

Respuestas allegadas en cumplimiento del segundo auto de pruebas.

Ministerio de Salud y Protección Social.

39. En primer lugar, el Ministerio señaló que “a través del tiempo” las pilas se han considerado elementos accesorios de consumo de dispositivos médicos, y en ese sentido, no hacen parte del ámbito de la salud. Expuso que tampoco pueden considerarse como servicios complementarios, toda vez que de conformidad con el principio de corresponsabilidad (artículo 95.9 CP), los ciudadanos deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad, en armonía con el artículo 10 de la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015 – , según el cual es un deber de las personas contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud, acorde con su capacidad de pago. Y señaló que (i) de conformidad con la Resolución No. 5857 de 2018, en sus artículos 59 y 83, sobre el implante coclear a menores de 3 años, el suministro o entrega periódica de baterías no se financia con cargo a la UPC; y (ii) en las resoluciones No. 1885 y 2438 de 2018 no se incluyeron las pilas como una de las tecnologías que pueden ser prescritas a través de la herramienta tecnológica Mipres.

40. En cuanto al segundo punto (ver supra, numeral 37), sobre el sector o entidad a la que corresponde asumir el costo de las pilas para audífonos de las personas que no tienen la

capacidad económica para sufragarlo, señaló que, como elementos accesorios, las pilas podrían considerarse como bienes y servicios de consumo, los cuales son de rectoría del Ministerio del Comercio, Industria y Turismo. No obstante, afirmó que como bienes de consumo deben ser asumidos por la persona interesada, y de conformidad con la Ley 715 de 2001, corresponde a los entes territoriales establecer las políticas y subsidios respectivos para la población pobre y vulnerable. En ese sentido, citó el artículo 9 de la Ley 1751 de 2015, según el cual, es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho, e impone la obligación al legislador de crear los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados de salud.

41. Sobre el tercer interrogante (ver supra, numeral 37), informó que las pilas para audífonos no fueron objeto de valoración en el procedimiento técnico científico de que tratan el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y la Resolución 330 de 2017, toda vez que no fue causa de nominación por parte de los actores del SGSSS y no ha sido considerada como una tecnología perteneciente al ámbito de la salud.

Secretaría Departamental de Salud del Huila.

42. Informó que, una vez verificados sus archivos, no encontró condenas judiciales por el suministro de los insumos en mención. Sobre las pilas en relación con el ámbito de la salud, anexó concepto técnico de un contratista del ente territorial, en que señala que mientras el equipo audífono es suministrado al usuario en los términos del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018, las pilas son “elementos de bajo costo y fácil consecución” que deben ser adquiridos por el usuario o su familia. Así mismo, citó el artículo 83 de la misma Resolución, según el cual, el implante coclear, tecnología en salud de mayor complejidad que los audífonos, y que es financiado con recursos de la UPC, no incluye el suministro o entrega periódica de baterías. Finalmente, sobre la pregunta alusiva a si las pilas pueden ser consideradas como servicios complementarios, informó que estas tecnologías no se encuentran en las tablas de los servicios que pueden ser prescritos a través del aplicativo Mipres.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres –.

43. Sobre el primer interrogante, consistente en si le habían sido impuestas condenas relacionadas con el suministro de pilas para audífonos, la Adres informó que una vez estandarizada la búsqueda en su base de datos de recobros, realizando un filtro con las palabras “batería, pila, cargadores, cables y batería recargable, audífonos”, pues las pilas para audífonos no están contempladas como una tecnología en salud, arrojó 12 resultados que se aproximaron al criterio de búsqueda, cuyo valor recobrado asciende a la suma de \$ 13.269.781. No obstante, informó que no pudo revisar los soportes documentales correspondientes, ya que dichas prestaciones se efectuaron en las vigencias 2008 - 2009, y en ese entonces no se conservaban las solicitudes de recobro rechazadas en etapa de auditoría. En este sentido, señaló que no era posible determinar si la información de los registros encontrados correspondía efectivamente a los documentos presentados por la EPS. De lo anterior, concluye que sí han existido condenas que han obligado a pagar a la Adres la tecnología en mención, a pesar de que la misma no es considerada una tecnología en salud.

44. En relación con el segundo interrogante, sobre el impacto que han tenido dichas condenas en el sistema, expuso que si bien la suma arrojada - \$ 13.269.781 - no es alta en comparación con los demás valores de recobro que se manejan en el mismo; este tipo de imposiciones presupone su desfinanciamiento en tanto se obliga a la entidad a cubrir los costos de elementos que no son propiamente tecnologías en salud. La administradora del SGSSS hizo énfasis en que cada orden judicial que obligue a la Adres o a cualquier otra autoridad del Sistema a financiar servicios o tecnologías que no sean de salud, como baterías o pilas, está atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema, y repercutirá tarde o temprano en la cobertura de elementos que sí son propios de las atenciones de un paciente.

Caja de Compensación Familiar del Huila - Comfamiliar.

45. Por su parte, la entidad accionada señaló, en primer lugar, que la manifestación hecha al juez de primera instancia en el sentido de indicar que la solicitud de las pilas para ayudas auditivas había sido objeto de estudio por parte del CTC obedeció a un error involuntario, en tanto la misma fue evaluada por uno de sus médicos auditores concurrentes, y no su Comité Técnico Científico. Adicionalmente, afirmó que de conformidad con la Resolución No. 5857 de 2018, no existe un código Cups que permita identificar las pilas solicitadas por la accionante como “insumos no pos”, por lo que no resultaba procedente que la EPS o la entidad territorial cubrieran dicho gasto, “tal y como se argumentó y posteriormente validó el juez de

conocimiento”.

Levantamiento de la suspensión de términos judiciales

46. En cumplimiento de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526 y comunicado del 11 de abril de 2020, adoptados con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia que afectaba a Colombia, los términos fueron suspendidos en el asunto de la referencia, entre el 16 de marzo y el 27 de abril de 2020. De igual manera, el artículo 1 del Decreto 469 de 2020 dispuso que la Sala Plena de la Corte Constitucional podrá levantar la suspensión de los términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Igualmente, por tratarse de vacancia judicial en semana santa, durante los días 4 a 12 de abril de 2020, los términos judiciales tampoco corrieron.

47. En seguimiento a lo dispuesto en el Auto 121 proferido por la Sala Plena el 16 de abril de 2020, en este caso, la Sala de Revisión dispone el levantamiento de la suspensión de términos referida en el numeral anterior, en la medida que, existe la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.

. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

48. Esta Corte es competente para conocer del presente asunto, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 86 y el artículo 241, numeral 9, de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y conforme a lo señalado en el auto del veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, que decidió someter a revisión el presente asunto.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

49. De conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 86 CP, para determinar la

procedencia de la acción de tutela en un caso concreto, debe analizarse (i) si la persona respecto de la cual se predica la vulneración es titular de los derechos invocados – legitimación por activa; (ii) que la presunta vulneración pueda endilgarse a la entidad o persona accionada- legitimación por pasiva; y (iii) que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o se busque obtener el amparo de forma transitoria – subsidiariedad. Sobre este último aspecto, es importante precisar que la tutela procede como mecanismo definitivo cuando (i) el accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, o (ii) a pesar de contar con el mismo, este carece de idoneidad y eficacia para proteger los derechos; y procede como mecanismo transitorio cuando a pesar de contar con un mecanismo idóneo, este carece de eficacia para lograr la protección invocada. En este caso, el accionante debe promover la acción respectiva dentro de los cuatro (4) meses siguientes al fallo -sin perjuicio de que deba respetar los términos de caducidad previstos en el ordenamiento jurídico para las respectivas acciones judiciales-, y la protección durará hasta que se profiera la sentencia por parte del juez natural. Y, además de los anteriores requisitos, la jurisprudencia constitucional ha interpretado la expresión contenida en el artículo 86 superior, consistente en que la acción de tutela puede ser instaurada “en todo momento”, en el sentido de determinar que, si bien la acción de tutela no está sometida a caducidad, el término para instaurarla debe ser razonable, con el fin de no desnaturalizar uno de sus requisitos esenciales como lo es el de la inmediatez.

50. Antes de abordar el estudio de fondo del caso, la Sala evaluará si se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

51. Legitimación por activa: El artículo 86 de la Constitución habilita a toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuandoquiera que estos se vean vulnerados o amenazados.

52. Al respecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reguló lo relativo a la legitimación por activa. De esta manera, dispuso que la acción de tutela podrá ejercerse (i) en nombre propio; (ii) mediante apoderado, debidamente facultado; (iii) a través de agente oficioso, cuando el titular de los mismos no se encuentre en condiciones de promover su propia

defensa; y (iv) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

53. Además, es importante precisar que cuando se trata de menores de edad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil “la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”. De esta manera, los padres están legitimados para ejercer la acción de tutela, en representación de sus hijos menores de edad. Pues no sobra recordar que, según el artículo 44 CP, en lo que respecta a los derechos fundamentales de los niños, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

54. En el presente caso, la acción de tutela fue ejercida por la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano, en representación de sus hijas menores de edad, Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, por lo que la Sala encuentra satisfecho el requisito de legitimación por activa.

55. Legitimación por pasiva: establece el artículo 86 CP, que la acción de tutela procede cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, y sobre la vulneración imputable a particulares, determina que “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. En este sentido, el Decreto 2591 de 1991 prevé que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares, entre otras situaciones, cuando estos presten cualquier servicio público y por la vulneración de cualquier derecho fundamental. Concretamente, la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra Entidades Promotoras de Salud -EPS- en su calidad de particulares encargados de la prestación de un servicio público.

56. En este caso, la tutela se dirige contra una EPS del régimen subsidiado, en su calidad de particular encargado de la prestación del servicio público de salud. Al respecto, se encuentra que ambas menores de edad se encuentran afiliadas a Comfamiliar del Huila EPS - S, que es la entidad a la que corresponde autorizar el suministro los servicios e insumos en salud que aquellas requieran. Igualmente, se advierte que, al tratarse del suministro de prestaciones no financiadas con cargo a la UPC, de conformidad con el listado taxativo contenido en la Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social No. 5269 de 2017, vigente para la

fecha en que ocurrieron los hechos, su costo debe ser asumido con cargo a los recursos de la entidad territorial respectiva, por lo que la decisión que eventualmente se adopte, puede afectar a la Secretaría de Salud, autoridad contra la que también va dirigida la acción de tutela. Así las cosas, la Sala da por acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva, respecto de ambas accionadas.

57. Inmediatez: sobre el plazo para la interposición de la acción de tutela, el artículo 86 dispone que esta podrá ser ejercida “en todo momento”, por lo que no es posible imponer un término de caducidad para su ejercicio. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que con base en el principio de inmediatez que rige la acción de tutela, el amparo debe invocarse dentro de un término razonable, que debe ser analizado conforme a las particularidades de cada caso en concreto, y flexibilizando su rigurosidad cuando se está ante sujetos de especial protección constitucional.

58. En el presente caso, se observa que transcurrió un plazo razonable, entre la prescripción de los insumos no PBS a las menores de edad y el envío de la solicitud ante del Comité Técnico Científico, el 27 de noviembre de 2018; y la instauración de la acción de la acción, el día 12 de febrero de 2019, habiendo transcurrido un lapso inferior a tres meses.

59. Subsidiariedad: el artículo 86, dispone que la acción de tutela solo es viable solo cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. De esta forma, como se explicó con antelación, la acción de tutela procede (i) como mecanismo transitorio, cuando, a pesar de existir un mecanismo para la protección de los derechos, se está ante un perjuicio irremediable; y (ii) como mecanismo definitivo, cuando existiendo un medio judicial para la protección de los derechos, el mismo no es idóneo ni eficaz. De esta manera, la Corte ha precisado que antes de acudir a la acción de tutela, los afectados deben buscar solución a su controversia en el marco de los procesos ordinarios, que se encuentren dotados de idoneidad y eficacia para la protección de sus derechos, pues “la acción de tutela no tiene la virtud de poder desplazar mecanismos previstos en la normatividad vigente (...) de lo contrario se estaría haciendo un uso indebido de este mecanismo que conllevaría un desgaste innecesario de la justicia constitucional y una paulatina desarticulación de las competencias asignadas a determinadas autoridades jurisdiccionales”. (resaltado por fuera del texto original).

60. Ahora bien, en lo que respecta a las controversias que se generan en el SGSSS, entre las EPS y sus usuarios, la Ley 1122 de 2007 en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, dotó a la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante “SNS” o “Superintendencia”) de funciones jurisdiccionales, con el fin de garantizar la efectiva prestación de dicho servicio público a los usuarios. Para tales fines, determinó que dicho organismo podrá conocer y fallar en derecho, con las mismas facultades de un juez, entre otros asuntos, los conflictos entre las Administradoras de Planes de Beneficios y sus usuarios por prestaciones no incluidas en dichos planes, salvo las controversias relativas a los servicios expresamente excluidos. El procedimiento adelantado por la Superintendencia es sumario, y se desarrolla 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. Además, (i) la acción puede ejercerse en nombre propio, sin ninguna formalidad ni autenticación; (ii) la decisión de fondo debe adoptarse dentro de los veinte (20) días siguientes al recibo de la solicitud, y es susceptible de impugnación; y (iii) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad. Sobre la impugnación de las decisiones de la Superintendencia, en la sentencia T-603 de 2015 (reiterada recientemente, en la SU-124 de 2018), la Corte consideró pertinente aplicar, por analogía, el término de 20 días contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para la impugnación de los fallos de tutela, y exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en que debían surtirse dichas impugnaciones ante las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial. De lo anterior, puede concluirse que el procedimiento que se adelanta por la SNS, es (i) jurisdiccional; (ii) preferente y sumario; y (iii) que se rige por los mismos principios de la acción de tutela en cuanto a la prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia, doble instancia, debido proceso, derecho de defensa, contradicción e informalidad.

61. Por lo anterior, esta corporación ha afirmado que para analizar la idoneidad y eficacia de este mecanismo, el juez constitucional debe estudiar los siguientes elementos:

i. (i) Que el asunto se encuentre dentro de los supuestos sobre los cuales tiene competencia para fallar la Superintendencia, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 y sus modificaciones. De esta manera, cuando la controversia no se enmarque en alguno de estos supuestos, el mecanismo ante la SNS carecerá de idoneidad; y

ii. (ii) De ser procedente el mecanismo ante la Superintendencia para el caso concreto, deberá evaluarse su eficacia a la luz de los hechos. Así, se ha estimado que la tutela prevalecerá, entre otros, en los casos en los que “se encuentre en riesgo la vida, salud o integridad de las personas” o “los peticionarios se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta, o sean sujetos de especial protección constitucional”.

62. Adicionalmente, se ha estimado que la idoneidad y eficacia del referido mecanismo deben ser consideradas a la luz de los elementos de juicio que fueron allegados a esta corporación en la audiencia pública celebrada el día 06 de diciembre de 2018, realizada en seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, para efectos de evidenciar la problemática persistente y estructural en el Sistema de Salud y encontrar soluciones efectivas. En dicha audiencia la SNS informó a la Sala Plena que (i) no cuenta con la capacidad de emitir decisiones de fondo sobre los asuntos que conoce en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en el término de 10 días (plazo para fallar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019); (ii) existe un retraso de entre dos y tres años para decidir los asuntos a su cargo; y (iii) la entidad no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a las controversias que se presentan entre los actores del sistema de salud fuera de Bogotá.

63. En el caso concreto, encuentra la Sala que la tutela procede como mecanismo definitivo, debido a que (i) se trata de sujetos de especial protección constitucional pues son dos niñas con una condición adicional de vulnerabilidad por su diagnóstico de “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial bilateral”,; (ii) prima facie, su familia se encuentra en una situación socioeconómica vulnerable, al ser desplazada por la violencia (ver supra, numeral 32), motivo por el cual está inscrita en un programa de asistencia social a cargo del DAPS (ver supra, numerales 33 y 36); y (iii) la SNS no cuenta con una sede administrativa en el municipio de Saladoblanco – Huila.

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

64. Según lo antes expuesto, corresponde a la Sala de Revisión determinar si Comfamiliar vulneró el derecho fundamental a la salud de las menores de edad Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, al negarles el suministro de las “pilas para audífonos con referencia 13, cuatro pares”, prescritas por su médico tratante para el manejo de su patología “hipoacusia

mixta conductiva y neurosensorial bilateral”, bajo el argumento inicial de que (i) dicha prestación es una carga que debe asumir el usuario, al tratarse de tecnologías “No pos; y (ii) porque éstas no se encuentran financiadas con cargo a la UPC ni tampoco pueden considerarse como insumos “No pos”.

65. Para absolver dicha cuestión, la Sala abordará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud. Cobertura y exclusiones del plan de beneficios. Derecho a la atención integral en salud; (ii) el suministro de pilas en el ámbito del derecho a la salud; (iii) el principio de solidaridad en el Estado Social de Derecho. Doctrina de las cargas soportables; (iv) las obligaciones de los padres respecto de la garantía de los derechos de sus hijos menores de edad y competencia de los municipios para el otorgamiento de subsidios a la población vulnerable; y (v) la resolución del caso concreto.

D. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. COBERTURA Y EXCLUSIONES DEL PLAN DE BENEFICIOS. DERECHO A LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD.

66. El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, y es definido como un servicio público a cargo del Estado, en virtud del cual se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A pesar su ubicación en el texto constitucional, esta corporación reconoció desde sus primeros pronunciamientos que el derecho a la salud era susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, cuando se encontrara estrechamente asociado al goce efectivo de algún derecho fundamental, como la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Este criterio de conexidad toma en cuenta la íntima e inescindible relación entre la salud y algunos derechos fundamentales. Ahora bien, en tratándose de los niños, el artículo 44 CP expresamente califica este derecho como fundamental y, por consiguiente, es susceptible del amparo constitucional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 86 ibidem.

67. Hace unos años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional abandonó el referido criterio de conexidad, por estimarlo insuficiente, y consideró que los derechos prestacionales o de segunda generación –entre ellos la salud-, podían calificarse como derechos fundamentales autónomos cuando (i) su garantía depende de la simple omisión o abstención; (ii) se trate de

un derecho subjetivo, es decir, de una prestación reconocida por la ley o el reglamento; y (iii) aunque no haya nacido un derecho subjetivo, se esté ante circunstancias de debilidad manifiesta que requieren especial protección del Estado.

68. Posteriormente, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se reguló el derecho a la salud como un derecho fundamental y autónomo, en cabeza de todos los colombianos, sin distinción de grupo etario o sector poblacional. Sobre esta nueva regulación, la Corte señaló que “Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, (...) ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo.” (Resaltado por fuera del texto original).

69. De lo anterior, se colige que, por su desarrollo jurisprudencial y su posterior regulación estatutaria, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, en cabeza de todos los colombianos, susceptible de amparo a través de este mecanismo de protección constitucional, independientemente de la edad o condición socioeconómica en que se encuentre su titular. Y, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta en razón a su edad, los requisitos generales de procedencia de la acción deberán ser analizados con mayor flexibilidad, propendiendo a que el derecho fundamental a la salud les sea garantizado de forma inmediata, expedita y prioritaria.

Cobertura y exclusiones del Plan de Beneficios en Salud.

70. Ahora bien, la garantía del derecho fundamental a la salud comprende el acceso de todos los colombianos a unas prestaciones que tienen por objeto lograr la preservación, mejoramiento y promoción de la salud. Mediante la Ley 1751 de 2015, se creó un nuevo modelo de aseguramiento para los usuarios del sistema diferente al originalmente previsto en la Ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 15 de la precitada ley estableció un nuevo criterio de definición de los servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, según el cual, la garantía del derecho se da a través de la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral del derecho, que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las secuelas, salvo

los servicios y tecnologías que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

- i. (i) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- ii. (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- iii. (iii) Que no haya evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- iv. (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- v. (v) Que se encuentren en fase de experimentación; o
- vi. (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior.

71. Para efectos de materializar la implementación de este nuevo esquema de aseguramiento con base en exclusiones, el mencionado artículo dispuso que los servicios o tecnologías que cumplieran con alguno de los criterios reseñados no estarían cubiertos con la financiación del Sistema por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante un procedimiento técnico científico de carácter público, colectivo, transparente y participativo, que debe contar con el criterio de expertos independientes, asociaciones profesionales y pacientes potencialmente afectados. Dicho procedimiento, culminó con la expedición de la Resolución No. 5267 de 2017, en la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos expresamente de la financiación con los recursos públicos destinados a la salud para el año 2018. Así mismo, dicho Ministerio actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para esa vigencia, mediante Resolución No. 5269 de 2017.

72. Mediante sentencia C-313 de 2014, este tribunal avaló la constitucionalidad del sistema de exclusiones, al considerar que resulta congruente con un concepto del servicio de salud en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. En este sentido, señaló 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”.

73. Por el contrario, la Corte consideró que la disposición contenida en el inciso 4º del artículo 15, sobre la implementación de un mecanismo para definir las prestaciones en salud cubiertas por el sistema, resultaba inconstitucional al partir del inaceptable supuesto de servicios y tecnologías no cubiertos por el sistema, pero que a la vez no correspondían a las limitaciones taxativamente señaladas por el legislador, configurándose, una restricción indeterminada al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud. De esta manera, procedió a declarar la inconstitucionalidad de la expresión según la cual se definirían de forma expresa las prestaciones en salud cubiertas por el SGSSS.

74. Por su parte, la Sala Especial de Seguimiento de la sentencia T - 760 de 2008, en auto 410 de 2016, al hacer alusión al marco normativo y jurisprudencial sobre la actualización integral del plan de beneficios, señaló que la Ley 1751 de 2015 estableció una nueva forma de actualización basada en un sistema de exclusiones, según el cual “en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios. De esta manera se pretende garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (art. 15).” (Resaltado por fuera del texto original).

75. Lo anterior, supuso una transformación en el diseño de los planes contentivos de los beneficios en salud para los colombianos, pues a partir de la implementación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, todo se entiende incluido, salvo lo que sea expresamente excluido tras la realización del procedimiento técnico científico.

76. En este punto, es importante precisar que la expedición de la Resolución No. 5269 de 2017, que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios, pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, el sistema de recobros, sin

que pueda entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva – UPC – no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 15, la Resolución No. 5267 de 2017 y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014.

77. En la parte considerativa de la citada Resolución se señaló que:

“(…) en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, las leyes que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), han previsto un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud a través de un esquema de aseguramiento mediante la definición de un Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías en salud se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen la provisión de servicios y tecnologías en salud de manera individual, salvo que se defina su exclusión de ser financiados con recursos públicos asignados a la salud.”(Resaltado por fuera del texto original).

78. Mediante Resolución No. 3951 de 2016 el Ministerio de Salud y Protección Social estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. En este acto se dispuso que la prescripción de los servicios y tecnologías antes mencionados, así como de los servicios y tecnologías complementarias se realizaría a través de un aplicativo de diligenciamiento en línea –Mipres– para el régimen contributivo; mientras que para el régimen subsidiado, continuaría rigiendo la Resolución No. 5395 de 2013, según la cual la prescripción de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios estarían sujetos a la aprobación del Comité Técnico Científico.

79. Además, mediante Resolución No. 2438 de 2018, el Ministerio estableció que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios en el Régimen Subsidiado se realizaría a través del aplicativo Mipres, y otorgó plazo hasta el 1º de enero de 2019 para que las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de estos servicios y tecnologías se activaran en dicha plataforma. El plazo fue ampliado al 1º de abril de 2019 mediante Resolución No. 5871 de

2018, que señaló que mientras la entidad territorial realizaba el proceso de activación respectivo, la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC y servicios complementarios, deberían continuar con el trámite de aprobación ante el Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

En conclusión, la prescripción y suministro de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC para la vigencia del año 2018 en el Régimen Subsidiado; año en el que los servicios y tecnologías con cargo a la UPC se encontraban definidos en la Resolución 5269 de 2017, debían someterse al trámite y aprobación por parte del respectivo Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

Integralidad de los servicios en salud bajo los parámetros de la Ley 1751 de 2015. Casos en los que procede ordenar el tratamiento integral vía judicial.

80. Ahora bien, de conformidad con el artículo 8º de la Ley Estatutaria en Salud –Ley 1751 de 2015–, los servicios y tecnologías en salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, independientemente del mecanismo de provisión o financiamiento definido por el legislador. Así mismo, este artículo establece que ante la duda sobre el alcance de un servicio en salud cubierto por el Estado, se entenderá que aquel comprende todos los elementos necesarios para superar la necesidad específica en salud evidenciada por el médico tratante.

81. Sobre el particular, esta corporación en sentencia C-313 de 2014 consideró que la inclusión del principio de integralidad al ordenamiento estatutario implica que: (i) se debe otorgar una protección completa a los afiliados en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida, y (ii) las personas afiliadas al SGSSS tienen derecho a recibir, como un todo, los servicios de promoción, fomento, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

82. De esta manera, la Corte ha entendido que en virtud del principio de integralidad, el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento

integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante.

83. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:

□ Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y

□ Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.

E. SOBRE LA NO PERTENENCIA DE LAS PILAS PARA AUDÍFONOS AL ÁMBITO DEL DERECHO A LA SALUD.

84. De conformidad con el concepto técnico allegado por el Ministerio de Salud y Protección Social en sede de revisión, las pilas son elementos accesorios a dispositivos médicos, y como tal, no pueden ser consideradas como tecnologías del ámbito de la salud, ni como servicios o tecnologías complementarias, en virtud del principio de solidaridad. En ese mismo sentido, la Secretaría Departamental de Salud del Huila, en su intervención, señaló que las pilas son “elementos de bajo costo y fácil consecución que deben ser adquiridos por el usuario o su familia” (ver supra, numeral 42) y, de conformidad con la respuesta remitida por la EPS accionada, no existe un código CUPS que permita identificar las pilas como un insumo en salud por fuera de la UPC, razón por la cual no es procedente que ni la EPS ni la entidad territorial cubran su suministro (ver supra, numeral 45).

85. Al respecto se tiene que, en primer lugar, mediante Resolución No. 3951 de 2016, el Ministerio definió las tecnologías en salud, y los servicios y tecnologías complementarios, en los siguientes términos:

□ Tecnología en salud: se entiende por tal, la intervención, medicamento, procedimiento, dispositivo médico o servicios usados en la prestación de servicios de salud, así como

sistemas organizativos y de soporte con los que se presta la atención en salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 5592 de 2015; y

□ Servicios o tecnologías complementarias: corresponde a aquellos que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.

86. Por su parte, el artículo 126 de la Resolución No. 5269 de 2017 prevé que en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, deben entenderse como no financiadas aquellas tecnologías que, entre otras:

□ No tengan como finalidad la promoción de la salud, o la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad; y

□ Los servicios y tecnologías que no sean propiamente del ámbito de la salud o que se puedan configurar como determinantes sociales de la salud, conforme al artículo 9º de la Ley 1751 de 2015.

87. Al respecto, existen diferentes pronunciamientos en que la Corte Constitucional se ha referido a prestaciones que, por su naturaleza, no pertenecen al ámbito del derecho fundamental a la salud. Por ejemplo, los guantes para el cambio de pañales, en tanto no contribuyen a la recuperación de la enfermedad del paciente; los pañales en sí mismos, que no están orientados a prevenir o remediar la enfermedad del afiliado; las cirugías de tipo estético, que no tienen relación con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional de las personas; las terapias tipo ABA en el caso de los pacientes con Trastorno del Espectro Autista – TEA –, toda vez que no tienen incidencia sobre su estado de salud sino en el ámbito educativo; o el pago de los gastos de un acompañante para asistir a la prestación de servicios de salud en un sitio diferente al lugar de residencia, en tanto se trata de pretensiones económicas que corresponde asumir al núcleo familiar, en virtud del principio de solidaridad.

88. Ahora bien, la Resolución No. 5267 de 2017 previó en su artículo 59 la financiación de los audífonos, como ayudas técnicas con cargo a la UPC para los procedimientos cubiertos con dicho mecanismo de protección colectiva. En concordancia con esa disposición, el artículo 83

ibídem señaló que el procedimiento de implante coclear, así como la sustitución de la prótesis y la rehabilitación post implante para las personas menores de 3 años de edad que padezcan de sordera prelocutoria o poslocutoria bilateral, serán financiados con cargo al mecanismo de protección colectiva, haciendo la claridad de que dicha financiación no incluye el suministro o entrega periódica de baterías. Al respecto, es importante destacar que la Secretaría Departamental de Salud del Huila señaló en su intervención que el procedimiento de implante coclear previsto en el artículo 83, que se realiza para el manejo de la hipoacusia o sordera es de mayor complejidad que aquella que se trata con audífonos, y a pesar de ello, no incluye en su financiación el suministro de las pilas.

89. Pues bien, de lo anteriormente expuesto, se extrae como conclusión que las pilas para audífonos no pueden ser entendidas como una tecnología en salud, en tanto no son una actividad, intervención, medicamento, procedimiento ni dispositivo médico o servicio que haga parte de la prestación del servicio de salud, por tratarse de elementos accesorios que por sí mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente. Por el contrario, si las tecnologías en salud comprendieran los elementos accesorios a los dispositivos médicos que se utilizan para el tratamiento de las diferentes patologías que presentan los afiliados al sistema, así lo hubiera previsto el Ministerio al fijar el alcance de dicho concepto. Al respecto, esa cartera fue clara al delimitar su alcance, y con ello, definió de forma taxativa qué puede considerarse como una tecnología en salud. Por otra parte, las pilas para audífonos tampoco forman parte del grupo de servicios complementarios, en tanto, como se explicó, no tienen la virtualidad de garantizar el goce efectivo del derecho, pues no mejoran o recuperan el estado de salud del paciente.

90. Es por ello que, tal como fue expuesto por el referido Ministerio en su intervención, al tratarse de elementos accesorios a un dispositivo médico que no hacen parte del ámbito del derecho a la salud, no se ha costeado ni calculado su valor en los estudios de suficiencia de la UPC, no se encuentran contempladas en las tablas de prescripción vía Mipres para servicios complementarios (afirmación reiterada por la Secretaría Departamental de Salud, *ut supra*, 42), ni han sido objeto de nominación y estudio por parte de los diferentes actores del SGSSS, en desarrollo del procedimiento técnico científico que culminó con la expedición de la Resolución No. 5267 de 2017, contentiva del listado de exclusiones para la vigencia 2018.

91. Es importante establecer un límite entre las prestaciones que debe asumir el SGSSS y aquellas que no, pues de lo contrario, las variadas interpretaciones que se dan a los conceptos antes referidos pueden incidir en la sostenibilidad financiera del mismo, al costear servicios y tecnologías que no hacen parte del ámbito del derecho a la salud, y que, por lo tanto, deben ser asumidos con cargo a otro sector público.

92. Al respecto, se reitera lo sostenido por la Adres en la respuesta allegada a esta corporación en sede de revisión, en el sentido de indicar que “cada orden judicial que obligue a la Adres o a cualquier otra autoridad del SGSSS a financiar elementos o tecnologías que no sean propias de salud, como baterías o pilas, está atentando contra la sostenibilidad del Sistema, y repercutirá tarde o temprano en la cobertura de elementos que sí son propios de las atenciones de un paciente” (resaltado por fuera del texto original).

93. En este orden, debe precisarse que en tratándose de menores de edad, las pilas para el dispositivo audífono deben ser asumidas, en primer lugar, por los padres, en virtud de sus obligaciones parentales, y subsidiariamente, con cargo a los subsidios que otorgue la entidad territorial correspondiente a la población vulnerable residente en su jurisdicción, como pasa a verse a continuación.

F. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO – DOCTRINA DE LAS CARGAS SOPORTABLES.

94. De conformidad con el artículo 1º CP, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado, entre otros principios, en el de solidaridad de las personas que lo integran. Por su parte, el artículo 48 ibidem, prevé la solidaridad como uno de los principios que gobiernan el SGSSS. El artículo 49 ibidem, señala que aquel es un principio que rige la prestación del servicio de salud. Y el artículo 95 superior impone a los ciudadanos el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad.

Sobre el principio de solidaridad, esta corporación ha explicado que en el Estado Social de Derecho no sólo se prevé la obligación de las autoridades de imponer el orden y garantizar los derechos de los asociados, sino que también se contempla un escenario de contribución colectiva, en el cual la ciudadanía debe concurrir al aseguramiento de unos mínimos de bienestar que permitan la efectiva realización de los derechos fundamentales. En este

sentido, ha señalado que el principio de solidaridad impone obligaciones recíprocas, tanto al Estado como a los particulares, en virtud de las cuales:

□ El Estado debe adoptar medidas que de forma directa o indirecta protejan a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad o inferioridad frente al resto del conglomerado social; y

□ Dicho deber es exigible a los particulares, en los términos que establece la ley, y excepcionalmente, sin que medie disposición normativa, cuando su desconocimiento implica la vulneración de algún derecho fundamental.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha definido el contenido de la solidaridad en su acepción de deber ciudadano, como una imposición dirigida a toda persona, por el solo hecho de pertenecer al conglomerado social, consistente en la vinculación de su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Particularmente, ha sostenido que aquel principio constitucional impone a los miembros de la sociedad el deber de contribuir con su propio esfuerzo a apoyar a sus congéneres, para hacer efectivos los derechos de éstos, especialmente cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.

Ahora bien, en lo que respecta al SGSSS, se tiene que por expresa disposición constitucional (ver supra, numeral 94) la prestación de este servicio público se rige por el principio de solidaridad. Así mismo, la Ley 100 de 1993, al definir los principios que gobiernan el Sistema General de la Seguridad Social, previó, en su artículo 2º, que el Estado se encargaría de garantizar la solidaridad en dicho sistema mediante su dirección, control y participación. Así, dicho principio guía el Sistema General de Pensiones y el SGSSS.

Por su parte, la Ley Estatutaria de Salud -Ley 1751 de 2015- previó la solidaridad como uno de los principios que rigen este derecho fundamental, e igualmente, en su artículo 10, literal i) impuso a los afiliados del sistema el deber de contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud, de acuerdo con su capacidad de pago. En sentencia C-313 de 2014 la Corte Constitucional reiteró la importancia que cobra este principio en la resolución de casos concretos y que permite la realización de los derechos a la salud y a la seguridad social.

A su vez, en relación con el deber de contribución solidaria frente a los gastos que demande la atención en salud, en dicho fallo la Corte consideró que se encontraba en armonía con lo dispuesto en el artículo 95.9 CP, que impone el deber ciudadano de contribuir a los gastos e inversiones del Estado, lo cual no se entiende como una barrera en el acceso al servicio por la capacidad económica de los usuarios, sino como una obligación de financiamiento que debe corresponder a la capacidad de éstos. Y, en todo caso, quedan a salvo las circunstancias en las que la salud debe protegerse aunque no haya capacidad económica. Un ejemplo del deber de contribución solidaria lo constituyen los pagos moderadores, previstos en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, posteriormente diferenciados como cuotas moderadoras y copagos, sobre los cuales este tribunal ha considerado que constituyen una medida necesaria para proteger la sostenibilidad financiera del sistema de salud.

En conclusión, el principio de solidaridad que rige la prestación del servicio público en salud por disposición constitucional y estatutaria: (i) implica una obligación, en cabeza del Estado, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al conglomerado social; e (ii) impone un deber de los ciudadanos, y concretamente de los afiliados del SGSSS, de asumir unas cargas mínimas soportables que se derivan de la prestación del servicio de salud, como por ejemplo, la cancelación de copagos y cuotas moderadoras, o la adquisición de insumos accesorios a dispositivos médicos, en aras de proteger fines constitucionalmente válidos como la sostenibilidad financiera del SGSSS.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo de los aspectos anteriormente mencionados, esta corporación se ha referido al concepto de las cargas soportables. Así, por ejemplo, en materia de mesadas pensionales, ha considerado que aquellas variaciones en el capital (ingresos decrecientes) que no comporten una afectación al mínimo vital del peticionario, esto es, que no comprometan su capacidad de procurar la satisfacción de sus necesidades básicas, constituyen cargas soportables que no ameritan la intervención del juez de tutela. Ahora bien, específicamente en materia de gastos asociados al estado de salud, la Corte ha sostenido que el pago de prestaciones o insumos no financiados con cargo a los recursos públicos, sin que se vea afectado el mínimo vital del peticionario, constituye una carga soportable. Particularmente, en la Sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional se refirió de forma conjunta a los deberes de solidaridad y de asumir cargas soportables. Al respecto, sostuvo que cuando una persona con capacidad de pago no cancela los costos adicionales

que genera su atención en salud, es esta misma quien impone la barrera, siendo la práctica de la Corte no tutelar el derecho en estos casos, aun cuando se trate de niños. En este sentido, destacó que eximir a una persona con capacidad de pago de los costos razonables del servicio sería atentar contra el principio de solidaridad, en el marco de los escasos recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantías -Fosyga (hoy Adres).

De conformidad con lo anterior, se tiene que el criterio determinante para efectos de establecer si una carga es soportable en un caso particular, consiste en analizar la potencial afectación que dicha erogación generaría en el mínimo vital del peticionario, de tal forma que no pueda cumplir la carga que razonablemente se espera que asuma, sin desatender los mínimos básicos de su subsistencia. Sobre el derecho al mínimo vital, esta Corte ha entendido que consiste en la prerrogativa de que gozan todas las personas de “vivir en unas condiciones que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades más urgentes”, tales como alimentación, vivienda, vestuario, acceso a los servicios públicos domiciliarios, educación, entre otros.

G. OBLIGACIONES DE LOS PADRES RESPECTO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.

Deber de corresponsabilidad de los padres en la garantía de derechos de sus hijos menores de edad.

95. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, los niños gozan de una especial protección constitucional que requiere de una actuación articulada entre el Estado, la familia y la sociedad para lograr la efectividad de sus derechos, y estos han de prevalecer frente a los derechos de los demás.

96. Esta disposición trae además un catálogo enunciativo de derechos y garantías, que tiene como sustento la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes que, por su edad y grado de madurez, física y emocional, se encuentran en desventaja frente al resto del conglomerado social. Dicha protección especial, impone como consecuencia lógica una serie de obligaciones a los involucrados, quienes, si bien deben trabajar de forma conjunta en la consecución de este mandato, atienden a diferentes niveles de responsabilidad dependiendo de si se trata de la familia, el Estado o la sociedad.

De esta manera, por ejemplo, la garantía de acceso a las prestaciones del SGSSS estará en cabeza del Estado, que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio público (ver supra, numeral 66), mientras que la custodia y el cuidado personal corresponderán en primer nivel al grupo familiar, o la protección frente a diferentes formas de explotación, además de involucrar a la familia, constituye un llamado importante para la sociedad.

Ahora bien, además de su previsión en el texto constitucional, estas obligaciones han sido objeto de desarrollo por el ordenamiento legal y la jurisprudencia constitucional, con base en la condición de sujetos de especial protección que el ordenamiento constitucional otorgó a los menores de edad.

En este sentido, la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia– reiteró la especial jerarquía de los derechos de los menores en el ordenamiento, y definió el interés superior como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos del menor de edad.

A su vez, dicho estatuto legal definió el principio de corresponsabilidad, referente a la concurrencia de esfuerzos entre la familia, el Estado y la sociedad, y sobre el cual la Corte Constitucional ha señalado que “En virtud de este principio, todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento constitucional consagra a favor de los niños y niñas, contienen obligaciones a cargo del Estado y de la familia, los padres, o aquellos que tienen su custodia”. Y también ha dicho que si bien existe una obligación genérica en cabeza de la familia y el Estado de asistir a los menores para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, la intervención del Estado en el núcleo familiar es marginal y subsidiaria, y en esta medida, la primera obligada frente a la satisfacción de los derechos de los niños es la familia, como núcleo esencial de la sociedad.

Particularmente, sobre la obligación de los padres en la garantía de los derechos de sus hijos, el Código de la Infancia y la Adolescencia previó el concepto de responsabilidad parental, como una ampliación de los deberes de la patria potestad, que consiste en la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes en su proceso de formación, que además propende a que estos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

Esta corporación ha reconocido que en virtud del principio de corresponsabilidad, a los

padres les es exigible asumir ciertas cargas mínimas para lograr la efectividad de los derechos de estos últimos, como por ejemplo, matricular a sus hijos en una institución educativa para garantizar su derecho a la educación, o su afiliación al SGSSS para que estos accedan a las prestaciones en salud.

De lo anterior, se tiene que los primeros obligados a asumir las cargas mínimas requeridas para garantizar la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes son sus progenitores, quienes en virtud de los principios de solidaridad, corresponsabilidad y de responsabilidad parental, deben asumir, al margen de la intervención estatal, las cargas soportables que acarree el acceso a los servicios y prestaciones que aquellos requieran para la efectividad de sus derechos, a no ser, de que en virtud del principio constitucional de solidaridad, el Estado deba entrar a suplir las necesidades de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, en el marco de la doctrina de las cargas soportables y la afectación al mínimo vital.

H. COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS A LA POBLACIÓN VULNERABLE.

Garantía de subsidios a la población vulnerable en el marco de la Ley 715 de 2001.

97. En virtud del principio constitucional de solidaridad el Estado debe entrar a suplir las cargas mínimas que no pueda asumir el ciudadano cuando su capacidad económica se constituya en una barrera de acceso a un servicio o prestación que requiera -en este caso, accesorio a una ayuda técnica del ámbito de la salud-. La Sala se referirá brevemente al deber que tienen las entidades territoriales de adoptar políticas públicas en que se focalicen los recursos que les son girados por la Nación, a través del Sistema General de Participaciones (en adelante, “SGP”), para otorgar subsidios a la población vulnerable que permitan subsanar deficiencias de acceso a la educación, la salud, y de propósito general en otros sectores.

En primer lugar, de conformidad con el artículo 356 CP, corresponde al legislador, a iniciativa del gobierno nacional, fijar los servicios a cargo de la nación, los departamentos, distritos y municipios, y para efectos de proveer los recursos que requiere cada nivel para la prestación de dichos servicios, se dispuso la creación del SGP. De esta manera, el artículo 357 siguiente estableció las condiciones generales de incremento anual, reparto y asignación de tales

recursos. En desarrollo de lo anterior, fue expedida la Ley 715 de 2001, por medio de la cual se dictan las normas orgánicas en materia de recursos y competencias de la Nación, los departamentos, distritos y municipios en los sectores de salud, educación y otros sectores de propósito general. Dicha norma, se refirió a la naturaleza del SGP como un sistema constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los precitados artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales para la financiación de servicios cuya competencia se les asigna por medio de dicha Ley.

Así, la Ley 715 de 2001 establece en su artículo 76, que además de las competencias establecidas en la Constitución y la Ley, corresponde a los municipios, con recursos propios, del SGP u otros recursos, establecer programas de apoyo integral a grupos de población vulnerable, como la población infantil, ancianos, desplazados o madres cabeza de hogar.

Sobre la especial obligación que tienen las autoridades del Estado de brindar protección a los individuos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, esta corporación ha entendido que es un mandato derivado del artículo 13 superior, en virtud del cual dichas autoridades deben adoptar acciones afirmativas para lograr que el mandato de igualdad allí contenido sea efectivo, y en especial, para que las personas que de acuerdo a su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta, tengan una especial protección, cuya finalidad es contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad.

De esta manera, por ejemplo, en sentencia T-352 de 2010, al conocer del caso de una persona de la tercera edad clasificada entre nivel 0 y 1 de SISBEN que solicitaba la internación en un hogar – ancianato – a cargo del municipio en que residía, la Corte Constitucional consideró que en desarrollo del principio de solidaridad, era exigible la asistencia pública para garantizar su derecho a la vivienda digna. En este sentido, consideró que “Para la Sala resulta evidente que el órgano estatal que debe acudir a la protección del derecho al mínimo vital del actor es el Municipio de Tenjo, pues de acuerdo con la Ley 715 de 2001, cuando el usuario es beneficiario del régimen subsidiado y pertenece a la población vulnerable, como el caso de los adultos mayores, debe, de conformidad con el artículo 76 de dicha ley, directa o indirectamente promover o cofinanciar proyectos de atención para este grupo de personas” (resaltado por fuera del texto original).

En este orden, se tiene que en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley 715 de 2001, y en desarrollo del principio de solidaridad, en concordancia con la protección especial que debe dispensar el Estado a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad para garantizar su acceso en condiciones de igualdad a los servicios o prestaciones que no pueden procurarse por sí mismos, debido a su situación física, económica o mental, ya sea que se trate de niños, personas desplazadas, en situación de pobreza o cualquier otro grupo en circunstancias de debilidad manifiesta, el Estado, y en este caso, el municipio, tiene a su cargo el diseño de políticas públicas que garanticen programas de apoyo integral a esta población, de tal forma que a través de medidas como la asignación de subsidios o la financiación de programas con los recursos de propósito general, garanticen la protección especial que debe dispensar el Estado a esos grupos poblacionales. Dicha competencia, se ejerce con supervisión por parte de la nación y bajo la coordinación y apoyo del departamento.

I. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

98. En el asunto objeto de análisis la Sala deberá determinar si la EPS accionada vulneró el derecho a la salud de las menores Burbano Díaz, por el no suministro de las “pilas para audífonos con referencia 13, cuatro pares” que fueron prescritas por su médico tratante, en relación con la patología de “hipoacusia mixta conductiva neurosensorial bilateral” con que ambas fueron diagnosticadas.

Ausencia de vulneración de los derechos alegados.

99. A partir de las pruebas aportadas al expediente, y de conformidad con los anteriores criterios, la Sala constata que si bien la EPS accionada se encuentra obligada a garantizar el servicio de salud a las menores Burbano Díaz, en su calidad de aseguradora del SGSSS, y en el marco del Plan de Beneficios que ha actualizado cada año el Ministerio, lo cierto es que dicha entidad no está llamada a suministrar las pilas para audífonos que fueron prescritas por su médico tratante, en tanto, como se pudo verificar, se trata de insumos accesorios a una ayuda técnica que por sí mismos no tienen la virtualidad de restablecer o tratar el estado de salud de las pacientes, y por ende, no hacen parte del ámbito del derecho fundamental a la salud.

En la Resolución No. 5269 de 2017, mediante la cual se definen los servicios y tecnologías

financiados con cargo a la UPC para la vigencia del año 2018, el Ministerio de Salud dejó por fuera las pilas para audífonos, e incluso fue explícito al mencionar que el procedimiento de implante coclear en las personas menores de 3 años edad con sordera prelocutoria o poslocutoria profunda bilateral, procedimiento de mayor complejidad que el uso del audífono en el pabellón auricular, no incluye el suministro periódico de baterías. De lo anterior se deduce claramente que las pilas no hacen parte del procedimiento médico, esto es, no son usadas en la prestación del servicio de salud, situación que se predica igual en los audífonos de uso externo, en tanto el dispositivo que se suministra al usuario es el audífono, en calidad de ayuda técnica, y por ende los accesorios que requiera, como sus baterías, no pueden ser considerados una tecnología en salud o un servicio complementario en los términos de la Resolución No. 3951 de 2016.

Igualmente, y de conformidad con lo informado tanto por el Ministerio de Salud y Protección Social como por la Secretaría Departamental de Salud del Huila, las pilas para audífonos no se encuentran incluidas en las tablas de servicios y tecnologías complementarias que pueden ser prescritas por medio de la herramienta tecnológica Mipres. Y, al no contar con código Cups, las pilas para audífonos no pueden tratarse como tecnologías financiadas por fuera de la UPC, y no es procedente que ni la EPS ni la entidad territorial asuman el costo de su suministro.

De esta manera, la Sala concluye que las baterías para audífonos no se financian con cargo a los recursos públicos asignados a la salud. En este sentido, debe determinarse a quién corresponde su suministro, en el caso de las menores de edad.

En primer lugar, tal como se señaló anteriormente, los afiliados al SGSSS deben concurrir a financiar solidariamente los gastos derivados de la atención en salud, en los términos del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015. Como se vio, se trata de una carga soportable que es imponible al ciudadano en virtud del principio de solidaridad, que propende a la consecución de la sostenibilidad financiera de un sistema que cuenta con recursos limitados, y con ello, a la garantía del derecho a la salud de todos los colombianos.

Ahora bien, debe aclararse que dicha carga debe ser analizada en cada caso concreto, según la capacidad económica del usuario. Lo anterior, ha conducido a que existan casos en los que aquella no sea soportable cuando se logra constatar que de asumir la erogación impuesta, el

petionario o su núcleo familiar verían afectados de forma negativa los ingresos que permiten la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia, como alimentación, vivienda, vestuario, acceso a los servicios públicos domiciliarios, educación, entre otros. En este escenario, el principio de solidaridad adquiere la connotación de obligación a cargo del Estado, y este debe intervenir en favor de la población en situación de debilidad o vulnerabilidad que no puede valerse por sí misma.

En el caso de los niños y niñas, la Sala evidencia que los primeros llamados a velar por el goce efectivo de sus derechos son los integrantes de su núcleo familiar, y concretamente sus padres, quienes ejercen la patria potestad, y al margen de la intervención estatal, cuentan con la responsabilidad de lograr que aquellos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. De esta manera, a quienes corresponde asumir la carga de sufragar los elementos accesorios a las ayudas técnicas que fueron entregadas a las menores de edad es a sus padres.

En este orden, y de conformidad con las pruebas allegadas en sede de revisión, para efectos de verificar si dicha carga es soportable, se tiene que los padres de las niñas poseen dos predios que sumados dan una extensión aproximada de casi dos hectáreas (ver supra, numerales 22 y 36) , en su mayoría cultivadas con café, árboles frutales y otros productos agrícolas, donde además se encuentra construida su casa de habitación, que cuenta con los servicios públicos de agua y luz, cuatro habitaciones y piso de cemento; lotes que la misma accionante estima valuados en treinta y tres millones de pesos (\$33.000.000) aproximadamente (ver supra, numeral 36). Adicionalmente, resalta la Sala que el núcleo familiar lo integran también dos hermanos en edad productiva, que cuentan con experiencia en las labores de agricultura, residen en el mismo domicilio y están llamados a contribuir a la garantía de los derechos de sus hermanas según el régimen de alimentos señalado en nuestro ordenamiento (artículo 411 del Código Civil) y que desarrolla el principio de solidaridad familiar. Además, como medio de transporte, la familia tiene dos motocicletas de su propiedad.

Por otra parte, la Sala toma en cuenta el criterio expuesto por la Secretaría Departamental de Salud del Huila, en el sentido de que las pilas o baterías de recambio de los audífonos como ayudas técnicas son elementos de “bajo costo y fácil consecución que deben ser adquiridos por el usuario o su familia” (ver supra, numeral 42). Dicha afirmación, se refuerza con la

información allegada ante el juez de instancia como en sede de revisión por parte del prestador Audiocom, el que corroboró los datos sobre los precios de las pilas para los audífonos de las menores, en la forma como sigue:

Cantidad de pilas

Valor

Seis (6)

Diecinueve mil pesos (\$ 19.000)

Treinta (30)

Sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000)

Sesenta (60)

Ciento trece mil pesos (\$ 113.000)

En conclusión, la compra de las pilas para audífonos que requieren las menores de edad constituye una carga soportable para el núcleo familiar, por las siguientes razones:

□ Según lo informado por la accionante durante la diligencia de inspección judicial, los ingresos que obtiene su esposo, titular del predio, durante la cosecha de café, que recoge aproximadamente cada tres semanas, es entre trescientos y cuatrocientos mil pesos (\$ 300.000 – \$ 400.000); ello, sin tener en cuenta los ingresos que le reportan los demás productos agrícolas que cultiva en el terreno, o que en su defecto consume la familia y representa un ahorro en la canasta familiar.

□ En igual sentido, el núcleo familiar se encuentra integrado por dos jóvenes, de 23 y 26 años de edad, que se dedican, al igual de su padre, a las labores del agro, y como informó la accionante, además de la finca de su propiedad, acuden a otras fincas “buscando su jornal”.

□ Al residir en un predio de su propiedad, la familia no reporta gastos mensuales por concepto de arrendamiento, e incluso cuenta con dos medios de transporte de su propiedad, para la movilización de sus integrantes.

□ De conformidad con la información aportada por la madre de ambas menores, según la cual las pilas de los audífonos de sus hijas tienen una duración de 15 días (ver supra, numeral 32), y de conformidad con la prescripción médica que se realizó por su médico tratante (ver supra, numeral 9), estas requieren un total de 4 pilas, cada una, para un total de 8 al mes. De esta manera, según la información suministrada por el prestador Audiocom, las niñas requieren el paquete de 30 pilas, que tiene un costo de sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000), pues no se pueden adquirir por unidad. Dicho paquete, tendría una duración inicial de tres meses, y posteriormente, las menores deberían adquirir nuevamente el mismo paquete, el cual tendría una duración de cuatro meses, durante los siguientes tres cuatrimestres que adquieran el paquete, y así sucesivamente.

Lo anterior, arroja un gasto mensual de veintiún mil pesos (\$21.000) con la duración del paquete por tres meses, y de quince mil setecientos cincuenta pesos (\$15.750) con la duración del paquete por cuatro meses, cifras que no se consideran desproporcionadas para un núcleo familiar titular del derecho de dominio sobre casi dos hectáreas de predios productivos, que cuenta con los recursos necesarios para el mantenimiento de dos medios motorizados de transporte, pago de servicios públicos y en el que generan ingresos tres de sus seis miembros, siendo razonable que además de asumir el costo de las pilas, puedan atender los gastos ordinarios del núcleo familiar relacionados con la salud, alimentación y educación de las menores.

□ Y, de conformidad con la información suministrada por el DAPS el subsidio educativo que percibe el núcleo familiar por ambas menores cuenta con cuatro entregas anuales, de las cuales este año se ha girado la suma de doscientos ochenta y seis mil ochocientos cincuenta pesos (\$286.850), y se estaba pendiente de recibir, al momento de la interposición de la acción de tutela, la segunda liquidación del período 2019 por la suma de trescientos noventa y dos mil pesos (\$392.000), lo que constituye una ayuda adicional para el financiamiento de los gastos que tienen las niñas en materia de educación.

La Sala considera que en el presente caso no se cumplen los presupuestos decantados por la jurisprudencia constitucional para acceder al tratamiento integral solicitado en la demanda de tutela, toda vez que la controversia planteada gira únicamente en torno al suministro de las pilas para audífonos; elementos que, como se dijo, la entidad accionada no se encuentra legalmente obligada a suministrar. En este sentido, no obran en el expediente órdenes

médicas a nombre de las menores que se encuentren pendientes por cumplir o algún procedimiento de salud cuya programación o realización aún no se haya realizado a pesar de la prescripción del médico tratante. Por tal razón, no puede afirmarse que la accionada haya actuado con negligencia, en ningún sentido, respecto de la prestación del servicio de salud que le corresponde garantizar a ambas menores.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se tiene que el suministro de las pilas para audífonos solicitadas por la accionante, en representación de sus hijas, (i) corresponde a prestaciones ajenas al ámbito del derecho a la salud, en tanto se trata de elementos accesorios a una ayuda técnica que no tienen la finalidad de tratar o restablecer el estado de salud, y por tanto, no garantizan el goce efectivo del derecho, entonces, no es procedente ordenar su suministro con cargo a los recursos del SGSSS; (ii) el suministro de las pilas para audífonos es una carga soportable que se deriva de la atención en salud y debe ser financiada por el usuario en virtud del principio constitucional de solidaridad; (iii) tratándose de menores de edad, a quien corresponde asumir dicha erogación es a su núcleo familiar, y más concretamente, a sus padres, en virtud del criterio de corresponsabilidad y de la responsabilidad parental. En este caso, la accionante, junto con su esposo, y de ser necesario, los demás miembros del núcleo familiar, están llamados a hacer el esfuerzo mínimo para sufragar las pilas que requieren las menores de edad, toda vez que la relación entre sus ingresos y patrimonio familiar con el costo de las pilas no resulta desproporcionado; (iv) dicho deber no obsta para que en caso de considerarlo necesario, el núcleo familiar acceda a alguno de los programas de atención a la población vulnerable con que cuente el municipio de Salado Blanco - Huila, lugar donde residen, previo cumplimiento de los requisitos que la entidad territorial establezca para tal efecto; y (v) por lo anteriormente expuesto, toda vez que la EPS accionada no se encuentra legalmente obligada a suministrar los insumos solicitados, ni ha obrado negligente respecto de cualquier otro servicio o insumo prescrito a las niñas Burbano Díaz, no procede la orden del tratamiento integral, respecto de la patología “hipoacusia mixta conductiva neurosensorial bilateral” que ambas presentan.

Por estas mismas razones, no se emitirá ninguna orden dirigida a la Secretaría Departamental de Salud del Huila, en tanto no ha transgredido ninguna garantía fundamental de las menores, al no ser la entidad encargada de la prestación del servicio de salud y no encontrarse obligada a cubrir el valor de los elementos reclamados a través de la acción de

tutela.

100. La Sala confirmará el fallo proferido el 25 de febrero de 2019 por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Saladoblanco – Huila, que negó el amparo del derecho fundamental a la salud de las menores Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, por las razones expuestas en precedencia.

J. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN.

101. De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en esta providencia, correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la ESP accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de las menores de edad Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, por el no suministro de las pilas para audífonos con referencia 13, cuatro pares, que fueron prescritas por su médico tratante en relación con su diagnóstico de “hipoacusia mixta conductiva neurosensorial bilateral”.

Para efectos de absolver el interrogante planteado, la Sala, luego de hacer un recuento de la evolución jurisprudencial sobre el derecho a la salud, reiteró que actualmente este ha sido calificado expresamente como un derecho fundamental autónomo por la Ley Estatutaria en Salud. Se señaló cómo esta ley estableció un nuevo modelo de aseguramiento en salud para los colombianos, con un sistema a base de exclusiones, en el que el SGSSS garantiza todas las prestaciones y tecnologías pertenecientes al ámbito de la salud, salvo las que se encuentren expresamente excluidas tras la realización de un procedimiento técnico científico público, transparente y participativo.

Se expuso que para la vigencia del año 2018 el Ministerio de Salud reguló el nuevo Plan de Beneficios, a través de la expedición de: (i) la Resolución No. 5267 de 2017, que contiene el listado de los servicios y tecnologías que se encuentran expresamente excluidos de la financiación con cargo a los recursos públicos destinados a la salud; y (ii) la Resolución No. 5269 de 2017, que define las tecnologías del Plan de Beneficios que se encuentran financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación – UPC –. Lo anterior, se precisó, no implica que las tecnologías que no fueron contenidas en la financiación con los recursos de la UPC hagan parte del listado de las tecnologías expresamente excluidas del Sistema, en tanto al no encontrarse expresamente en el listado de exclusiones, estas prestaciones sí se financian con cargo al sistema de salud por el mecanismo de protección individual, mediante

la prescripción a través de la plataforma tecnológica Mipres. Sin embargo, se expuso que de conformidad con la Resolución No. 5871 de 2018, el trámite vía Comité Técnico Científico para las tecnologías no PBS en el régimen subsidiado estuvo vigente hasta el 1º de abril de 2019.

La Sala pasó a referirse al concepto de la integralidad en la prestación de los servicios de salud, en los términos de la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional. Explicó que los actores del sistema se encuentran obligados a prestar el servicio de salud de manera completa y sin la posibilidad de fraccionamiento, independientemente del mecanismo de provisión o financiamiento definido por el legislador, y que la orden de su suministro vía acción de tutela procede únicamente cuando a pesar de la existencia de las órdenes en que el médico tratante determina las prestaciones y servicios requeridos por el paciente, la EPS actúa de forma negligente, y demora o niega el suministro de las prestaciones a que el usuario tiene derecho.

Luego se analizó si las pilas para audífonos pertenecían al ámbito del sector salud. En este sentido, expuso que de conformidad con las respuestas del Ministerio de Salud y Protección Social, y de la Secretaría Departamental de Salud del Huila, las pilas para audífonos son accesorios del dispositivo audífono, y como tal, al no prevenir, curar o tratar la enfermedad que exige el uso de las ayudas auditivas, no hacen parte del ámbito del derecho a la salud.

Ello, en concordancia con las definiciones sobre tecnología en salud y servicios complementarios contenidos en la Resolución No.3951 de 2016, según las cuales estas prestaciones, o bien son usadas en la prestación del servicio de salud, o se relacionan con el goce efectivo del derecho; condición con la que no cumplen las pilas para audífonos, en tanto ni hacen parte de la prestación del servicio médico ni se relacionan con el goce efectivo del derecho, en tanto la recuperación o tratamiento del estado de salud es una función propia de las ayudas técnicas.

En este mismo sentido, la Sala encontró que las pilas para audífonos se encuentran excluidas tanto de la Resolución No. 5269 de 2017, como de las tablas de tecnologías complementarias para prescripción vía Mipres diseñadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por ello, al evidenciar que las mencionadas prestaciones no hacen parte del ámbito del derecho a la salud, entró a verificar a quién corresponde su suministro. Al respecto encontró,

en primer lugar, que asumir el costo de las pilas para audífonos constituye una carga para el usuario, de conformidad con el principio constitucional de solidaridad y la contribución solidaria en los gastos que genere la atención en salud, en los términos del artículo 10 de la Ley Estatutaria en Salud. Carga esta que debe ser asumida por los padres en el caso de los menores de edad, en virtud del principio de corresponsabilidad y la responsabilidad parental definidos en la Ley 1098 de 2006 y en la jurisprudencia constitucional.

La Sala encontró que en el caso concreto el núcleo familiar de las menores Burbano Díaz cuenta con bienes e ingresos que hacen soportable la carga de asumir la compra de las pilas, por lo que sus padres, e incluso sus hermanos, de ser necesario, tendrían la capacidad de aunar esfuerzos para garantizar dicho suministro. No obstante lo cual se precisó que, de conformidad con el principio de solidaridad en su faceta de obligación exigible al Estado, y en el marco de las competencias asignadas a los municipios por la Ley 715 de 2001, la capacidad económica del núcleo familiar Burbano Díaz no obsta para que gestionen su inscripción, de considerarlo necesario, en los programas de asistencia a la población vulnerable que tenga diseñados el municipio de Salado blanco - Huila, previo cumplimiento de los requisitos que se exijan para tal efecto.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR, respecto del presente asunto, la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de febrero de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Salado blanco - Huila, que resolvió negar la acción de tutela promovida por la señora Gloria Esperanza Díaz Burbano en representación de las menores Anyela Daniela y Karen Lizeth Burbano Díaz, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos en él contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General