

T-160-14

Sentencia T-160/14

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Casos en que EPS niegan suministro de elementos no incluidos en el POS

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Requisito de procedibilidad

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Requisito de procedibilidad

LEGITIMACION POR ACTIVA Y LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL
PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

PERSONAS CON LIMITACIONES FISICAS, PSIQUICAS O SENSORIALES-Son sujetos de
especial protección en la Constitución Política

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER
PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS suministrar pañales desechables,
pañitos húmedos, suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en
la calidad, cantidad y periodicidad que indique el médico tratante

Referencia: expedientes T-4104259, T-4108064, T-4108588, T-4108957 y T-4111571,
acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Martha Cecilia Duque Jurado en representación de su
padre José Arturo Duque Jaramillo, contra la EPS SOS (T-4104259); Luz Etedy Morales
Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín, contra la Nueva EPS
(T-4108064); Yolanda Carrillo en representación de su hermana Mercedes Carrillo, contra
Cooemeva EPS (T-4108588); Dina Luz Oróstegui en representación de su hija María Angélica

Parra Oróstegui, contra Famisanar EPS (T-4108957); y Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón, contra la Nueva EPS (T-4111571), acumulados.

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos dictados por los Juzgados 3° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales (T-4104259); 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (T-4108064); 6° Penal Municipal de Barranquilla (T-4108588); 13 Penal Municipal de Bogotá (T-4108957); y 17 Civil del Circuito de Medellín (T-4111571), respectivamente, dentro de las acciones de tutela incoadas por Martha Cecilia Duque Jurado en representación de su padre José Arturo Duque Jaramillo, contra la EPS SOS (T-4104259); Luz Etedy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín, contra la Nueva EPS (T-4108064); Yolanda Carrillo en representación de su hermana Mercedes Carrillo, contra Coomeva EPS (T-4108588); Dina Luz Oróstegui en representación de su hija María Angélica Parra Oróstegui, contra Famisanar EPS (T-4108957); y Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón, contra la Nueva EPS (T-4111571).

Los respectivos expedientes llegaron a esta corporación por remisión efectuada por los referidos despachos judiciales, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución, y 31 del Decreto 2591 de 1991.

Mediante auto de octubre 31 de 2013, la Sala Décima de Selección decidió acumular entre sí los expedientes T-4104259, T-4108064, T-4108588, T-4108957 y T-4111571, por presentar unidad de materia y ser posible fallarlos en una sola sentencia, como en efecto

realizará esta Sala, a la que correspondió el reparto.

I. ANTECEDENTES.

Martha Cecilia Duque Jurado en representación de su padre José Arturo Duque Jaramillo, Luz Eneidy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín, Yolanda Carrillo en representación de su hermana Mercedes Carrillo, Dina Luz Oróstegui en representación de su hija María Angélica Parra Oróstegui y Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón, incoaron sendas acciones de tutela en julio 26, julio 19, marzo 18, julio 11 y julio 24 de 2013, contra la EPS SOS, la Nueva EPS, Coomeva EPS, Famisanar EPS y la Nueva EPS, respectivamente, invocando el desconocimiento de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relatos efectuados por los accionantes.

Expediente T-4104259.

1. Martha Cecilia Duque Jurado, actuando en representación de su padre José Arturo Duque Jaramillo, de 89 años de edad, afirmó que su progenitor sufre incontinencia urinaria, debido a una “enfermedad renal crónica, demencia y aneurisma de aorte abdominal” (f. 1 cd. inicial respectivo).

2. Agregó que desde hace aproximadamente 4 años el actor “es dependiente de los pañales” y no tiene medios económicos para adquirirlos, pues el único ingreso familiar proviene de la pensión de él, que apenas permite satisfacer sus necesidades básicas, por lo que le ha pedido a la EPS accionada y a los médicos adscritos tal suministro, sin éxito, al considerarse que no se encuentra incluido en el POS.

3. Por ello, solicitó que se ordene a la EPS SOS “el suministro de pañales tenas requeridos por mi señor padre debido a su penosa enfermedad renal crónica, la cual es la causa de su incontinencia urinaria” (f. 2 ib.).

Expediente T-4108064.

1. Luz Eneidy Morales Giraldo, obrando como agente oficioso de su padre José Fernando

Morales Marín, de 80 años de edad, indicó que su progenitor padece “cáncer en múltiples partes del cuerpo” y sufre “úlceras en tejidos blandos... por postración en cama desde hace 2 años, por lo que requiere atención médica domiciliaria” (f. 2 cd. inicial respectivo).

2. Anotó que la Nueva EPS autorizó visita médica a la casa, que aún no ha recibido; con todo, solicitó ordenar a la accionada “el suministro permanente de medicamentos y elementos respectivos, como son insumos de curación e higiene para laceraciones, pañales, pañitos húmedos, guantes, suplemento alimenticio líquido... como también el servicio de ambulancia para el traslado a los centros hospitalario cuando es requerido” (f. 2 ib.).

3. Sostuvo además que ella lo cuida y le cubre “los gastos de los medicamentos y elementos que requiere, pero mi presupuesto se está agotando, y mi situación económica ya no es suficiente para seguir atendiendo las necesidades básicas que él requiere en su condición de discapacidad”.

Expediente T-4108588.

1. Yolanda Carrillo, en representación de su hermana de Mercedes Carrillo, de 79 años de edad, anotó que su agenciada padece “Alzheimer, demencia senil, hipertensión arterial y pérdida de control de esfínteres”, con “incapacidad física... para desplazarse, manteniéndose en cama”, debido a una fractura que sufrió en la pelvis, afectándosele “el estado de la piel... razón por la cual requiere el uso de pañales desechables para adulto, como así lo determinó el médico tratante del programa Hospital en Casa, del cual hace parte debido a su delicado estado de salud” (f. 1 cd. inicial respectivo).

2. Refirió que solicitó a Coomeva EPS el suministro de pañales desechables en enero 11 de 2013, que le fue negado el 30 del mismo mes y año, argumentando que dicho insumo no está incluido en el POS.

3. Agregó que carece de recursos económicos para sufragar el respectivo valor, por lo cual pide ordenar a la entidad accionada autorizar la entrega de los pañales desechables requeridos por su agenciada.

1. Dina Luz Oróstegui, a nombre de su hija María Angélica Parra Oróstegui, de 21 años de edad, refirió que la joven padece desde su nacimiento “discapacidad cognitiva severa,

cuadriparesia espástica holoproncefalea”, por lo que requiere “150 pañales desechables etapa 6, crema antiescaras, transporte a citas médicas y de la casa a CEDESNIS y de CEDESNIS a la casa, ensure y silla de ruedas de acuerdo a especificaciones que emita el fisiatra, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, tales como no tener sostén cefálico, ni de columna” (f. 1 cd. inicial respectivo).

2. Anotó que cuando ha solicitado a Famisanar EPS lo requerido por su hija que esté fuera del POS, “la respuesta es que debe pasar por el comité técnico científico” (f. 1 ib.).

3. Agregó que labora “haciendo oficios por días, pero no tengo como cuidar a mi hija mientras trabajo, debo cancelar arriendo, servicios públicos, transporte, educación de mi hijo, así que no tenemos como cubrir los gastos de salud de mi hija..., nuestras condiciones de vida son muy difíciles, vivimos en un extremo de la localidad de San Cristóbal, en una loma lo que hace más penosa nuestra condición” (f. 2 ib.), por todo lo cual solicitó ordenar a la EPS accionada suministrar lo antes indicado y los demás servicios que su hija requiera (f. 9 ib.).

Expediente T-4111571.

1. Alfonso de Jesús Alzate Jiménez, actuando como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón, de 65 años de edad, indicó que su cónyuge padece Alzheimer y requiere “suministro diario de... pañales desechables, alimentación especial... cremas para evitar las escaras y antipañalitis y los medicamentos para su enfermedad” (f. 1 cd. inicial respectivo).

2. Explicó que mediante derecho de petición solicitó a la Nueva EPS visita médica domiciliaria y el suministro de lo referido, después de “largo tiempo sin evaluación médica”, siendo autorizada la valoración en el hogar “solo por el mes de mayo”, cuando es necesaria de manera permanente.

3. Agregó que su único ingreso “es la pensión que espero desde hace nueve meses porque falta que llegue la resolución, salario mínimo que es vital y en este momento ya no tenemos, económicamente, como cubrir estos suministros para su manutención, salud y calidad de vida” (f. 1 ib.), pidiendo en consecuencia ordenar a la Nueva EPS autorizar “visita domiciliaria mensual y que la evalué el nutricionista y el urólogo para que ordene los

pañales y los completos alimenticios que mi esposa necesita y el cubrimiento de cualquier servicio sin ningún tipo de contratiempo” (f. 2 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra en los expedientes.

Expediente T-4104259.

Cédula de ciudadanía N° 1.215.298 de Santa Rosa de Cabal e historia clínica del señor José Arturo Duque Jaramillo (fs. 3 a 15 cd. inicial respectivo).

Expediente T-4108064.

Historia y órdenes médicas del agenciado (fs. 4 a 12 cd. inicial respectivo).

Expediente T-4108588.

1. Derecho de petición presentado por la agente oficiosa en enero 14 de 2013, solicitando a la empresa accionada suministrar los pañales desechables que necesita su hermana (f. 5 cd. inicial respectivo).

2. Respuesta emitida en enero 30 siguiente por Coomeva EPS, negando el suministro pretendido al no encontrarse incluido en el POS (f. 6 ib.).

3. Evolución médica y cédula de ciudadanía N° 26.981.015 de Barrancas (La Guajira), de la agenciada Mercedes Carrillo (fs. 8 y 9 ib.).

Expediente T-4108957.

1. Certificado expedido por Colsubsidio en julio 13 de 2012, en donde se indicó que la accionante padece “parálisis cerebral espástica, con retardo severo, dependencia total en su ABC” (f. 10 cd. inicial respectivo).

2. Evaluación de pérdida de capacidad laboral en 92%, dictaminada por Colsubsidio Salud; historia clínica; cédula de ciudadanía N° 1.032.451.178 de Bogotá y carné de María Angélica Parra Oróstegui (fs. 13 a 23 ib.).

Expediente T-4111571.

1. Orden médica y “remisión a particulares” emitidas por el extinto Instituto de Seguro Social en agosto 1° de 2003 (f. 4 cd. inicial respectivo).

2. Petición presentada en abril 5 de 2013, solicitando “atención domiciliaría para que determine el estado de salud actual de mi esposa y genere las órdenes médicas necesarias de medicamentos, pañales, complementos alimenticios, cremas y cuidados que ella necesita” (fs. 7 y 8 ib.).

3. Respuestas de la EPS de abril 8 y 10 siguiente, expresando que “la usuaria cuenta con autorización... generada el día de hoy... para visita de valoración de ingreso PAD, con el proveedor domiciliario CEMEV”, pero los pañales desechables y los complementos alimenticios están fuera del POS (f. 11 ib.).

II. ACTUACIONES PROCESALES.

Expediente T-4104259.

1. En auto de julio 29 de 2013, el Juzgado 3° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales admitió la acción, ordenó recibir declaración a la agente oficiosa y dio traslado a la EPS SOS, para que se pronunciara (f. 18 cd. inicial respectivo).

2. En julio 31 siguiente, en cumplimiento a lo dispuesto en el auto admisorio, la agente oficiosa expresó similares argumentos a los de la demanda, agregando que reside con sus padres y se encarga de su cuidado y de administrar la pensión del agenciado.

En cuanto a los gastos familiares, “de arriendo pago \$700.000, facturas \$320.000, de mercado \$400.000, les pago a mis padres EMI porque vivo sola y me da miedo una emergencia \$96.000 el paquete, las cuotas moderadoras son en cada cita \$9.100 y mi mamá tiene cada mes control, en taxis me gasto \$30.000, las toallas para la incontinencia de mi madre \$26.000, el gasto de los pañales de mi padre \$93.000 y eso que intento no cambiarlo mucho, también debo decir que canceló (sic) de cuota al Fondo Nacional del Ahorro \$380.000”; así, pidió que “la EPS se responsabilice porque no tengo los recursos para seguir comprando los pañales de mi papá” (f. 23 ib.).

Expedientes T-4108064, T-4108588, T-4108957 y T-4111571.

Mediante autos de julio 19, marzo 19, julio 12 y julio 25 de 2013, respectivamente, los Juzgados 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, 6° Penal Municipal de Barranquilla, 13 Penal Municipal de Bogotá y 17 Civil del Circuito de Medellín admitieron las demandas y dieron traslado a cada EPS accionada, para la respuesta atinente.

A. Respuesta de las entidades accionadas.

EPS SOS (expediente T-4104259).

En escrito de agosto 1° de 2013, la Directora de Sede de dicha empresa solicitó declarar improcedente la acción, aduciendo no haber negado servicio alguno y que el suministro de pañales no se encuentra incluido en el POS.

Nueva EPS (expediente T-4108064).

En julio 24 de 2013, la Coordinadora Jurídica Regional Sur Occidente de esta EPS solicitó negar el amparo, al no haber omitido algún requerimiento y no existir “orden médica vigente” sobre los servicios e insumos solicitados.

Coomeva EPS (expediente T-4108588).

En abril 3 de 2013, la apoderada de esta EPS pidió denegar la tutela, anotando que no existe orden médica que prescriba los pañales reclamados.

Famisanar EPS (expediente T-4108957).

En escrito de julio 24 de 2013, el representante legal de la entidad pidió declarar improcedente la acción, pues el actor no ha solicitado los servicios, “por lo que mal haría mi representada en acceder a las pretensiones de la tutela, sin mediar concepto médico, en la cual nos indique la pertinencia de los mismos teniendo en cuenta la patología de la accionante, máxime si se observa que la agente señala que no existe valoración previa” (f. 30 ib.).

Nueva EPS (expediente T-4111571).

En julio 31 de 2013, el Coordinador Jurídico Regional Noroccidente de esta EPS pidió no tutelar, al no existir orden médica que prescriba lo invocado en la demanda, que tampoco

está incluido en el POS.

B. Decisiones objeto de revisión.

Sentencias únicas de instancias.

Expediente T-4104259.

En fallo de agosto 9 de 2013, el Juzgado 3° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales negó la tutela, “no porque lo pedido por el accionante esté exceptuado del POS, ni porque los derechos de los cuales se solicita el amparo no sean de orden fundamental, sino porque los elementos a los cuales se hace alusión, no han sido ordenados por el galeno de cabecera” (f. 37 cd. inicial respectivo).

Expediente T-4108064.

En fallo de julio 30 de 2013, el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira negó el amparo por “carencia de objeto”, pues no se puede obligar a la entidad accionada “a entregar insumos que no han sido ordenados por un médico adscrito”. Además, indicó que el actor puede pedir cita a la EPS, y así dar inicio “al procedimiento para que se ordene todo lo que necesita su vida digna” (f. 36 cd. inicial respectivo).

Expediente T-4108588.

En fallo de abril 8 de 2013, el Juzgado 6° Penal Municipal de Barranquilla denegó el la acción de amparo, refiriendo que no se allegó al expediente orden médica en la que se prescriba los pañales requeridos por la accionante.

Expediente T-4108957.

Mediante fallo de julio 25 de 2013, el Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá declaró improcedente la acción de amparo, al no existir orden médica que prescriba los insumos y servicios pretendidos por la parte demandante[1].

Expediente T-4111571.

En fallo de agosto 8 de 2013, el Juzgado 17 Civil del Circuito de Medellín denegó el amparo,

expresando que no se allegó al expediente orden médica, ni historia clínica que sustente la necesidad de los servicios médicos solicitados.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente, en Sala de Revisión, para analizar los fallos proferidos dentro de las acciones en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida en condiciones dignas, alegados por los demandantes en esta acumulación de expedientes, al negarse a suministrar ciertos elementos no incluidos en el POS y prestar presuntamente de forma deficiente la atención integral en salud.

Tercera. Cuestión previa. Legitimación por activa y por pasiva. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”[2].

Al respecto, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se reiteró que la agencia oficiosa encuentra fundamento en el principio de solidaridad, ante “la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa”, agregando:

“El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una

manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.

Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aún sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso.”

3.2. Corresponde entonces al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales.

En los antecedentes expuestos se evidencia que en todos los casos bajo estudio, los agenciados padecen enfermedades que en la mayoría de los eventos implican postración en cama y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual torna verosímil la imposibilidad física para ejercer por sí mismos la defensa de sus derechos fundamentales, que asumieron personas del más cercano núcleo familiar respectivo, dándole plena viabilidad al ejercicio del amparo.

3.3. Adicionalmente, algunas de las tutelas fueron formuladas contra entes públicos y las que lo fueron contra particulares, involucran a encargados de prestar el servicio público de salud, que están plenamente legitimados por pasiva (inc. final art. 86 Const. y artículos 1° y 42.2 D. 2591/91).

4.1. En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante ello, se les ha reconocido expresamente carácter de derechos fundamentales per se, ubicados como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos tendientes a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar social, orgánico y psíquico de los seres humanos. Están erigidos y garantizados con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento y apuntalamiento de la calidad de vida de los asociados[3].

4.2. Aunado a lo anterior, esta Corte ha consolidado que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a los derechos a la seguridad social y a la salud, con mayor razón frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los niños, niñas y adolescentes, las personas de avanzada edad y quienes se encuentren en condición de discapacidad. De tal manera ha expresado[4]:

“El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.”

4.3. La especial protección constitucional para niños, niñas y jóvenes, resulta fundamental y prevalente según lo emanado del artículo 44 superior, como lo ha reiterado esta Corte, por ejemplo en fallo T-036 de enero 28 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, donde expresó: “... los niños y las niñas son sujetos de especial protección, ... su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad... sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.”

4.4. Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 superior,

primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otros, en fallo T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño:

“Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...’”

4.5. En el integral fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reafirmó que “el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional”.

4.6. También es clara la protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, como puede constatarse, entre otras, en la sentencia T-035 de febrero 3 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada... ‘De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran’.”

Quinta. Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación y

aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad.

5.2. A partir del fallo T-760 de 2008 precitado, se definieron subreglas precisas, que el juez de tutela debe observar cuando frente a medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios, indispensables en la preservación o recuperación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o realización.

En la mencionada sentencia se puntualizó, sin embargo, que “el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios”.

Así, en dicho fallo se indicó que la acción de tutela procede para lograr una orden de amparo en este ámbito cuando, en principio, concurren las siguientes condiciones:

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”[5]

En tal sentido, en relación con la primera subregla atinente al riesgo a la vida e integridad personal por la no prestación de un servicios de salud, la Corte precisó que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no solo para sobrevivir sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que pongan en peligro su dignidad deben ser superadas o paliadas; por ello, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, en procura del “respeto de la dignidad”[6].

En varias oportunidades, esta corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la preservación de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte[7].

La Corte se ha ocupado de múltiples solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración de los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, cuando las empresas prestadoras del servicio respectivo no autorizan un procedimiento, intervención o medicamento científicamente indicado para superar, o al menos paliar, una afección.

Recuérdese, por ejemplo, que en sentencia T-949 de octubre 7 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se concedió el amparo a una mujer que requería un medicamento, negado por la EPS y por el juzgado de instancia, sobre la base de que su falta no le estaba amenazando derechos fundamentales al punto de poner en peligro su vida, siendo claro que lo anhelado no es la mera garantía de pervivencia en cualquier condición, sino con dignidad y los menores padecimientos posibles.

5.4. En torno a la segunda subregla, atinente a que los medicamentos no tengan sustitutos en el POS, esta Corte ha afianzado dicha condición, siempre y cuando se demuestre la efectividad y calidad de lo sí incluido, frente a los que no lo están.

En fallo T-873 de octubre 19 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se resolvió un caso donde la actora pedía a la EPS suministrar un medicamento no relacionado en el POS, que sí tenía un sustituto, con comprobada efectividad y menor riesgo de efectos secundarios en la

paciente, según lo indicado por el médico tratante, enfatizándose entonces que la EPS no está obligada a entregar la medicina excluida del POS, a fin de otorgarle al paciente su personal preferencia, menos aún cuando científicamente se constata que en el POS hay opción para afrontar la enfermedad con un medicamento de calidad y comprobada efectividad[8].

5.5. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado que esa subregla debe respetarse prima facie, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y científicas para verificar la necesidad e idoneidad de elementos, procedimientos o medicamentos, condiciones de las cuales, por su formación, carece el administrador de justicia.

Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.

Frente a lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico (CTC), no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo, ya que “el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria... Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de este, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente”[9].

En conclusión, cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente[10].

Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que

esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no exista orden de médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, sea la historia médica o algún pronunciamiento científico, o por incuestionable evidencia, la real necesidad y eficacia de lo requerido.

Por ejemplo, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estudió el caso de una señora de 85 años que estaba en “postración total”, padeciendo “Alzheimer... con apraxia para la marcha” y pérdida de control de esfínteres, negándose proveer pañales desechables por no estar incluidos en el POS, ni haber sido formulados por un médico adscrito, no obstante lo cual se ordenó a la EPS autorizar “los paquetes mensuales de pañales desechables que requiere la paciente”.

Al respecto, se indicó que la negativa a entregar esos elementos comprometía “aún más la dignidad de su existencia, pues a la inhabilidad para controlar esfínteres y su avanzada edad, se suma la imposibilidad de desplazarse y que la piel se le ha estado ‘quemando’ o ‘pelando’, sin que la EPS demandada haya acreditado situación económica adecuada de alguno de los comprometidos a solventar la subsistencia de la señora para costear los implementos reclamados”, hallándose sin fundamento “la suposición contenida en el fallo de instancia de que los hijos de la enferma, quien carece de pensión o renta alguna, ‘podrían eventualmente, sufragar los gastos para el suministro de estos pañales’”.

Así mismo, la Corte en fallo T-899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria a causa de una cirugía realizada en el ISS, y a pesar de ello no le formularon médicamente pañales, que se ordenó entregarle, pese a que no aparecía formulación médica, pero resultando obvia la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y atendiendo la carencia de recursos para pagarlos.

5.6. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad económica de los accionantes, esta Corte ha insistido que debido a los ya referidos principios de solidaridad y universalidad que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías, solo asume aquellas cargas que por real incapacidad no puedan erogar los asociados.

Así, en la ya referida sentencia T-760 de 2008, se explicó que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a la atención fisiológica, pero “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad”.

Tratándose de la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos, implementos y servicios, la Corte ha indicado reiteradamente que no es una cuestión “cuantitativa” sino “cualitativa”, pues depende de la situación socioeconómica del interesado y de las obligaciones que sobre él pesen. Al respecto, en tal fallo T-760 de 2008 se lee:

“El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.’[11] Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.”

Así se indicó también, por ejemplo, en el fallo T-017 de enero 25 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva (no está en negrilla en el texto original): “La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios. La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o elementos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su

propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud.”

5.7. Acorde con todo lo hasta aquí consignado, debe entonces examinarse, en cada caso específico, si el paciente cumple esas condiciones jurídicas y fácticas, de acuerdo a lo estipulado normativamente y por la jurisprudencia, para que sean amparados los derechos a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal, a saber:

(i) La falta del servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento, vulnera o pone en riesgo los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y/o de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava o no atenúa la afectación de la salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

(iii) El servicio, intervención, procedimiento, medicina o elemento ha sido dispuesto por un médico, adscrito a la EPS o no, o puede inferirse claramente de historias clínicas, recomendaciones o conceptos médicos que el paciente lo necesita, siendo palmario que si existe controversia entre el concepto del médico tratante y el CTC, en principio prevalece el primero.

(iv) Se colija la falta de capacidad económica del peticionario o de su familia para costear el servicio requerido, dejando claro que, por el principio de buena fe y la protección especial que debe darse a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por los accionantes, corriendo sobre las entidades prestadoras del servicio de salud la carga de probar en contrario.

Sexta. Los casos concretos.

6.1. Procedencia de las acciones de tutela.

Según se afirmó en las consideraciones precedentes, en la medida en que se dirijan a proteger el derecho fundamental a la salud, son per se procedentes las acciones de tutela

incoadas por o en representación de sujetos merecedores de especial protección constitucional, como niños, niñas, jóvenes, personas de avanzada edad y, en general, quienes se hallen en condición de discapacidad, que enfrentan específicas condiciones susceptibles de amparo bajo los postulados del artículo 13 superior, entre otras normas.

En tal sentido, esta Sala verifica que todas las personas por quienes fueron promovidas las acciones acumuladas, a decidir en este fallo, están amparadas bajo esos supuestos de salvaguarda constitucional, que conllevan que sean procedentes, teniendo en cuenta el deber del Estado de otorgar protección especial a quienes están en circunstancias de indefensión y debilidad, al “enfrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud”, sea “por el desgaste natural del organismo”[12] o por las enfermedades padecidas, según se compendia a continuación.

6.2. Análisis específicos sobre cada solicitud de tutela.

Para la evaluación de los casos concretos, donde la mayoría de peticiones van dirigidas a buscar el suministro de elementos y procedimientos excluidos del POS, serán atendidos los postulados expuesto en el acápite 5.7. de estas consideraciones.

6.3. En el expediente T-4104259, la agente oficiosa del señor José Arturo Duque Jaramillo, de 89 años de edad, afirmó que él sufre incontinencia urinaria, debido a que padece “enfermedad renal crónica”, además de “demencia y aneurisma de aorte abdominal”, siendo el actor “dependiente de los pañales”, por lo que solicitó a la entidad demanda y sus médicos adscritos tal suministro, sin otorgársele, bajo el argumento de encontrarse dentro del POS[13] (f. 1 cd. inicial respectivo).

En el asunto objeto de estudio, si bien no figura orden médica proferida ya sea por el galeno tratante, por otro adscrito a la empresa demandada o por uno externo, mediante la cual se hayan prescrito los pañales desechables requeridos por la parte actora, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección del señor Duque Jaramillo, se asuma que, al venir utilizando dicho implemento desde hace aproximadamente 4 años y no hallarse demostrada la capacidad económica propia ni familiar para erogar su valor, se ordene la provisión y, así, hacer más llevaderas sus afecciones.

Aunado a lo anterior, de los asertos de la EPS demandada se colige que (i) acepta la

realidad de la condición de salud del agenciado y (ii) da por cierta la necesidad planteada en la solicitud de la parte accionante, limitándose a justificar la negativa en que los pañales no se encuentran incluidos en el POS.

Frente a la capacidad monetaria, ciertamente la familia tiene el deber moral, afectivo y económico de atender cada uno de los padecimientos de su anciano integrante pero, desde otra perspectiva, le es indispensable recibir ayuda externa, de variada connotación, ante la afirmada y no controvertida insuficiencia de recursos propios para solventar todo lo necesitado.

Si bien el afectado y su núcleo familiar venían asumiendo desde hace 4 años aproximadamente la carga económica adicional, no aparece desmentida la afirmación de que su fuente de ingresos (pensión de \$1.600.000, f. 22 ib.) no es suficiente, pues acorde con la declaración juramentada que realizó la propia agente oficiosa, hija del actor, los gastos familiares son “de arriendo pago \$700.000, facturas \$320.000, de mercado \$400.000, les pago a mis padres EMI porque vivo sola y me da miedo una emergencia \$96.000 el paquete, las cuotas moderadoras son en cada cita \$9.100 y mi mamá tiene cada mes control, en taxis me gasto \$30.000, las toallas para la incontinencia de mi madre \$26.000, el gasto de los pañales de mi padre \$93.000 y eso que intento no cambiarlo mucho, también debo decir que cancelo de cuota al fondo nacional del ahorro \$380.000” (f. 23 ib.).

Así, se constatan las reglas para dar aplicación directa a la Constitución frente a las normas que fijan el POS y otorgar la provisión de los pañales desechables que requiere el agenciado. En consecuencia, se revocará la sentencia única de instancia dictada en agosto 9 de 2013 por el Juzgado 3° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, que había negado el amparo pedido.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Arturo Duque Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 1.215.298 de Manizales, ordenando a la EPS SOS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga suministrar al agenciado los pañales desechables, proveyendo estos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea

necesario.

6.4. En el expediente T-4108064 la agente oficiosa del señor José Fernando Morales Marín, de 80 años de edad, indicó que él padece “cáncer en múltiples partes del cuerpo” y sufre “úlceras en tejidos blandos ocasionados por postración en cama desde hace 2 años, por lo que requiere atención médica domiciliada”. La Nueva EPS autorizó consulta médica en casa, que aún “no hemos recibido”; así, mediante esta acción de amparo pidió ordenar a la demandada “el suministro permanente de medicamentos y elementos respectivos, como son insumos de curación e higiene para laceraciones, pañales, pañitos húmedos, guantes, suplemento alimenticio liquido... como también el servicio de ambulancia para el traslado a los centros hospitalarios cuando es requerido” (f. 2 cd. inicial respectivo).

La Nueva EPS adujo, dentro del trámite de esta acción, que no le ha negado ningún servicio y, además, no existe “orden médica vigente” sobre los procedimientos y suministros solicitados por la parte actora.

En este orden de ideas, respecto a los pañales, pañitos húmedos, suplemento alimenticio liquido y las cremas antipañalitis e hidratante, si bien tampoco figura orden médica expedida por el galeno tratante u otro, mediante la cual se le hayan recetado los elementos pedidos, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección (longevo postrado en una cama) del señor José Fernando Morales Marín, se infiera como imperiosa la concesión del amparo, a partir de lo que se verifica en la historia clínica (fs. 7 a 12 ib.).

Respecto a la atención médica domiciliaria, esta fue ordenada por un galeno tratante en abril 26 de 2013 (f. 6 ib.), por ende, ante la existencia de tal orden, aunada a la situación en que se encuentra el actor, sobre la cual existe total certeza, la EPS demandada no puede negar que el médico acuda a la residencia, pues incumpliría sus obligaciones constitucionales.

En torno a la capacidad financiera, reiterase que la familia tiene la obligación económica, moral y afectiva de suplir lo necesario, pero es indispensable percibir ayuda, ante la afirmada y no refutada insuficiencia de medios propios para solventar todo lo necesitado. La hija del paciente indicó que su situación económica “ya no es suficiente para seguir atendiendo las necesidad básicas que él requiere en su condición de discapacidad” (f. 2 ib.).

No aparece constancia de la existencia de elementos sucedáneos sí incluidos en el POS, aptos para paliar la situación de salud del paciente, mientras la necesidad de la atención médica domiciliaria sí está acreditada en la respectiva orden, no mediando, de otra aparte, contradicción en torno a que el agenciado y sus familiares carecen de capacidad económica para asumir los gastos. Por tanto, será revocado el fallo único de instancia proferido en julio 30 de 2013 por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que negó el amparo.

En su lugar, serán tutelados los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Fernando Morales Marín, identificado con cédula de ciudadanía 1.398.703 de Santa Rosa de Cabal, ordenando a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y haga suministrar al agenciado la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que indique el galeno tratante. Así mismo, atendiendo las condiciones especiales en que se encuentra, la accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera.

6.5. En el expediente T-4108588 la agente oficiosa de la señora Mercedes Carrillo, de 79 años de edad, anotó que padece “Alzheimer, demencia senil, hipertensión arterial y pérdida de control de esfínteres”, además está en “incapacidad física... para desplazarse, manteniéndose en cama”, al sufrir una fractura en la pelvis, razón por la cual requiere “pañales desechables para adulto, como así lo determinó el médico tratante del programa Hospital en Casa, del cual hace parte debido a su delicado estado de salud”, por lo que solicitó a Coomeva EPS, en enero 11 de 2013, el suministro de dicho elemento, negado el 30 del mismo mes y año, argumentando que no se encuentra en el POS (f. 1 cd. inicial respectivo).

Frente al suministro de los pañales desechables, el médico tratante indicó en marzo 4 de 2013 que la agenciada los requiere (f. 8 ib.). Por la situación en la que ella se encuentra, sobre la cual existe total certeza, la EPS no puede negar tal suministro, so pena de incumplir sus obligaciones constitucionales.

Ahora bien, en torno a la capacidad monetaria, está dicho que la familia tiene la obligación económica, moral y afectiva de colaborarle a sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, pero es ciertamente indispensable recibir ayuda externa, ante la no controvertida aseveración de la agente oficiosa, hermana de la enferma, de carecer de recursos suficientes para solventar lo necesitado.

Por ende, ha de aplicarse directamente la Constitución, sobre la preceptiva reguladora del POS, tornándose imperioso ordenar la entrega de los pañales desechables que requiere la actora, lo cual conlleva revocar el fallo único de instancia dictado en abril 8 de 2013 por el Juzgado 6° Penal Municipal de Barranquilla, que negó el amparo solicitado.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora Mercedes Carrillo, identificada con cédula de ciudadanía 26.981.015 de Barrancas (La Guajira), ordenando a la EPS Coomeva, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo autorice y haga suministrar a la accionante los pañales desechables, proveyendo estos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario.

6.6. En el expediente T-4108957, la representante de la joven María Angélica Parra Oróstegui, de 21 años de edad, refirió que su hija padece “discapacidad cognitiva severa, cuadriparesia espástica holoproncefalea”, de nacimiento, por lo cual requiere “150 pañales desechables etapa 6, crema antiescaras, transporte a citas médicas” de la casa a CEDESNIS y regreso, “ensure y silla de ruedas de acuerdo a especificaciones que emita el fisiatra, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, tales como no tener sostén cefálico, ni de columna”. Agregó que “en las ocasiones que ha solicitado a Famisanar EPS todos los requerimientos de mi hija la respuesta es que debe pasar por el comité técnico científico, con el agravante que los medicamentos” requeridos no son del POS (f. 1 cd. inicial respectivo).

Respecto a la capacidad económica de la parte demandante, la madre de la joven señaló que trabaja “haciendo oficios por días, pero no tengo como cuidar a mi hija mientras trabajo, debo cancelar arriendo, servicios públicos, transporte, educación de mi hijo, así que no tenemos como cubrir los gastos de salud de mi hija de manera particular, nuestras

condiciones de vida son muy difíciles, vivimos en un extremo de la localidad de San Cristóbal, en una loma lo que hace más penosa nuestra condición”, aserción que no fue rebatida por la empresa demandada (f. 2 ib.).

Por otro lado, si bien no figura orden médica en la cual se hayan prescrito los procedimientos y elementos solicitados por la señora Dina Luz Oróstegui a favor de su hija, ello no impide que, por el severo estado de discapacidad (92.5 %, cfr. fs. 10 a 18 ib.), se infiera la necesidad de conceder lo requerido, ante la imposibilidad de ella para desplazarse por sí misma.

Conforme a lo analizado, en el caso objeto de revisión se cumplen satisfactoriamente todos los presupuestos para la protección constitucional reforzada de los derechos fundamentales de la agenciada, por lo cual será revocada la sentencia denegatoria del amparo, no recurrida, proferida en julio 25 de 2013 por el Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá.

Además, en cuanto la EPS accionada no ha desvirtuado que sea indispensable para alguien en tan avanzado grado de inmovilidad, le autorizará también la dotación de una silla de ruedas de las características indicadas en fisiatría; de la misma manera, para que la joven enferma pueda acudir a las citas médicas, proporcionará el transporte en el vehículo apropiado, desde la residencia de la paciente a CEDESNIS y regreso, atendiendo las condiciones especiales en las que se encuentra María Angélica Parra Oróstegui, a quien además la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera.

6.7. En el expediente T-4111571 el agente oficioso y esposo de la señora María Surama Orjuela Castrillón, de 65 años de edad, manifestó que ella padece Alzheimer, por lo que requiere el “suministro diario de... pañales desechables, alimentación especial... las cremas para evitar las escaras y antipañalitis y los medicamentos para su enfermedad”, por lo cual pidió en abril 5 de 2013 a la Nueva EPS visita médica domiciliaria y la entrega de los elementos anteriormente mencionados, dado que llevaba “un largo tiempo sin evaluación médica”, pero únicamente fue autorizada la visita domiciliaria para el mes de mayo de ese año, negando los demás requerimientos bajo el argumento de no estar incluidos en el POS (f. 1 cd. inicial respectivo).

Tratándose de los pañales, pañitos húmedos, suplemento alimenticio, crema antipañalitis y los medicamentos para su enfermedad, si bien no figura orden médica emitida por el galeno

tratante u otro, mediante la cual se le hayan prescrito, ello no impide que, por la condición de sujeto de especial protección y por la certeza sobre los hechos verificados en la historia clínica (f. 3 ib.), se infiera la imperiosa necesidad de suministrarlos.

La atención médica domiciliaria sí fue ordenada por la Nueva EPS en abril 10 de 2013 (f. 11 ib.), pero solo se le brindó en el subsiguiente mes de mayo; ante la existencia de tal orden, aunada a la situación en que se encuentra la agenciada, sobre la cual existe certeza, la EPS la continuará facilitando.

Respecto a la capacidad económica de la parte demandante, el agente oficioso afirmó que “el único ingreso para subsistir es la pensión que espero desde hace nueve meses porque falta que llegue la resolución, salario mínimo que es vital y en este momento ya no tenemos, económicamente, como cubrir estos suministros para su manutención, salud y calidad de vida”, nada de lo cual fue rebatido por la empresa accionada (f. 1 ib.).

En consecuencia, será revocado el fallo único de instancia proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Medellín, que negó el amparo solicitado.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora María Surama Orjuela, identificada con cédula de ciudadanía 32.435.204 de Medellín, ordenando a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice y haga suministrar la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que sea médicamente indicada.

7. Admonición a las EPS y petición a la Superintendencia Nacional de Salud.

Nuevamente debe advertir esta corporación a las entidades prestadoras de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, que no pueden continuar desconociendo caprichosamente los derechos fundamentales, ni la preceptiva atinente, ni los precedentes jurisprudenciales, hacia la prestación adecuada, expedita y eficiente del servicio de salud, aún con mayor celo a favor de personas que merecen especial protección constitucional, tal como acontece en los casos objeto de estudio en esta sentencia.

Ante ello, se enviará copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que disponga las actuaciones que encuentre procedentes frente a cada caso amparado, en procura de establecer las responsabilidades a que hubiere lugar, cuya determinación comunicará al respectivo despacho judicial de instancia.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 3° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales en agosto 9 de 2013, no impugnada, mediante la cual negó la tutela demandada por la señora Martha Cecilia Duque Jurado, como agente oficiosa de su padre José Arturo Duque Jaramillo (expediente T-4104259).

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Arturo Duque Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 1.215.298 de Manizales, y ORDENAR a la EPS SOS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga suministrar al agenciado, por medio adecuado, los pañales desechables que requiere, proveyéndolos en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario.

Segundo.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira en julio 30 de 2013, no impugnada, que negó la tutela demandada por Luz Eneidy Morales Giraldo como agente oficiosa de su padre José Fernando Morales Marín (expediente T-4108064).

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna del señor José Fernando Morales Marín, identificado con cédula de ciudadanía 1.398.703 de Santa Rosa de Cabal, y ORDENAR a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48)

horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y haga suministrar al agenciado, por medio apropiado, la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, en la calidad, cantidad y periodicidad que indique el médico tratante. Así mismo, la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera.

Tercero. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 6° Penal Municipal de Barranquilla en abril 8 de 2013, no impugnada, mediante la cual negó la tutela demandada por la señora Yolanda Carrillo como agente oficiosa de su hermana Mercedes Carrillo (expediente T-4108588).

Cuarto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá en julio 25 de 2013, impugnada extemporáneamente, que no concedió la tutela demandada por la señora Dina Luz Oróstegui como agente oficiosa de su hija María Angélica Parra Oróstegui (expediente T-4108957).

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señorita María Angélica Parra Oróstegui, con cédula de ciudadanía 1.032.451.178 de Bogotá, y ORDENAR a Famisanar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, disponga suministrar a la mencionada joven, en la calidad, cantidad y periodicidad que médicamente se indique y por medio autorizado, los pañales desechables etapa 6, la crema antiescaras y el ensure, lo mismo que una silla de ruedas de las características indicadas en fisioterapia, al igual que el transporte en vehículo apropiado para que la joven enferma pueda ser llevada y traída con ocasión de las citas médicas y cuando acuda a CEDESNIS, continuándole además todo el tratamiento integral que requiera.

Quinto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Medellín en agosto 8 de 2013, no impugnada, que negó la tutela pedida por el señor Alfonso de Jesús Alzate Jiménez como agente oficioso de su esposa María Surama Orjuela Castrillón (expediente T-4111571).

En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la señora María Surama Orjuela Castrillón, identificada con cédula de ciudadanía

32.435.204 de Medellín, y ORDENAR a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice y haga suministrar la atención médica domiciliaria, los pañales desechables, los pañitos húmedos, el suplemento alimenticio líquido y las cremas antipañalitis e hidratante, por medio adecuado y en la calidad, cantidad y periodicidad que sea necesario.

Sexto. Por Secretaría General de esta corporación, ENVIAR copia de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que disponga las actuaciones que encuentre procedentes frente a cada caso amparado, en procura de establecer las responsabilidades a que hubiere lugar, cuya determinación comunicará al respectivo despacho judicial de instancia.

Séptimo. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-160/14

JUEZ CONSTITUCIONAL-Imposibilidad de ordenar prestaciones en salud sin que exista una orden médica (Salvamento parcial de voto)

El actor no solicitó ante la EPS los servicios que sí solicita por medio de la acción de tutela. Así las cosas, no agotó el procedimiento previo, así como tampoco le dio la oportunidad a la EPS de pronunciarse sobre la necesidad de los insumos requeridos. Por tanto, no puede pasarse por alto que no hay orden médica, sino una petición efectuada de manera directa ante el juez constitucional, aun cuando del comportamiento asumido por la EPS no se evidencia la vulneración de algún derecho fundamental, precisamente porque no se presentó solicitud alguna.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba (Salvamento parcial de voto)

Si bien es cierto que la carga probatoria para desvirtuar la condición económica corresponde a la EPS, es necesario que el actor exponga que se encuentra ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, precisamente por no tener medios económicos para sufragar el costo de su tratamiento, pues la sola afirmación de no tener recursos económicos no hace procedente per se el mecanismo de amparo

Expedientes (AC): T-4.104.259, T-4.108.064, T-4.108.588, T-4.108.957, T-4.111.571

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte salvo parcialmente el voto en la presente oportunidad, pues no comparto la decisión adoptada por la Sala de amparar el derecho a la salud en el expediente T-4.108.064, por las razones que pasaré a exponer a continuación.

Según lo expuesto en el acápite de hechos, el actor no solicitó ante la EPS los servicios que

sí solicita por medio de la acción de tutela. Así las cosas, no agotó el procedimiento previo, así como tampoco le dio la oportunidad a la EPS de pronunciarse sobre la necesidad de los insumos requeridos. Por tanto, no puede pasarse por alto que no hay orden médica, sino una petición efectuada de manera directa ante el juez constitucional, aun cuando del comportamiento asumido por la EPS no se evidencia la vulneración de algún derecho fundamental, precisamente porque no se presentó solicitud alguna.

Ello tiene especial relevancia porque en el numeral séptimo “Admonición a las EPS y petición a la Superintendencia Nacional de Salud” se ordena enviar copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que establezca las responsabilidades a las que hubiere lugar, lo cual puede resultar ineficaz porque de la lectura de los hechos no se evidencia que la accionada haya incurrido en falta alguna.

De otra parte, el análisis efectuado en ese expediente no guarda el mismo rigor probatorio de los casos T-4.104.259, T-4.108.957 y T-4.111.571 en los cuales se expuso de manera contundente que los gastos de los accionantes son superiores a su nivel de ingreso. De manera concreta, en el caso objeto de discrepancia sólo se atiende a una afirmación de la hija del actor en la cual expone que su situación económica “ya no es suficiente para seguir atendiendo las necesidades básicas que él requiere en su condición de discapacidad”. Si bien es cierto que la carga probatoria para desvirtuar la condición económica corresponde a la EPS, es necesario que el actor exponga que se encuentra ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, precisamente por no tener medios económicos para sufragar el costo de su tratamiento, pues la sola afirmación de no tener recursos económicos no hace procedente per se el mecanismo de amparo.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a salvar parcialmente el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[1] Mediante auto de agosto 20 de 2013, el respectivo Juzgado expresó que la señora Dina

Luz Oróstegui, en representación de su hija María Angélica Parra Oróstegui, impugnó extemporáneamente el fallo único de instancia, por lo que se abstuvo de conceder la impugnación, la cual no fue interpuesta frente a ninguna de las otras sentencias de primera instancia en los procesos acumulados (f. 63 cd. inicial respectivo).

[2] Cfr. T-709 de noviembre 24 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1012 de diciembre 10 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-294 de marzo 16 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-315 de abril 1° de 2000, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[3] Cfr. T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Así también fue manifestado en sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: "... la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social."

[4] T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Cfr. artículo 1° Constitución.

[7] Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-155 de marzo 2 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de diciembre 12 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[8] Ante este problema, la sentencia precisó que "lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación".

[9] T-654 de agosto 30 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[10] Cfr., entre otros, el fallo T-873 de noviembre 22 de 2011, M. P. Mauricio González

Cuervo: “El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro (sic) profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente.”

[11] “Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería). En este caso la Corte dijo: ‘(...) Las exculpaciones presentadas por la demandada no son de recibo, pues la doctrina constitucional de esta corporación ha señalado con palmaria claridad que el estado de liquidación de la empresa no es excusa para que ésta deje de cumplir con obligaciones que, como las mesadas que les debe a sus pensionados, son de primerísimo orden y merecen prioridad en su pago. (...) Así las cosas, esta Sala considera que Aquantioquia S.A. E.S.P violó efectivamente el derecho al mínimo vital de la señora María Edilma Cuartas López.’”

[12] Cfr. T-591 de junio 19 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[13] El numeral 18 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece dentro de las denominadas exclusiones específicas los pañales para niños y adultos, los cuales, por ende, no serán financiados con la Unidad de Pago por Capitación, UPC.