

Sentencia T-171/16

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

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

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y JUEZ DE TUTELA-Labor en que debe aplicar reglas de valoración probatoria

Cuando el accionante alegue carencia de recursos económicos para acceder al insumo o servicio médico requerido, le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación. Ello es así por las siguientes razones: (i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y (ii) se presume la buena fe del solicitante. El juez de tutela debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para que éste cuente con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión. Sobre todo en aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente.

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Suministro de elementos e insumos indispensables no incluidos en el POS sin fórmula u orden médica que los prescriba

El suministro de insumos o servicios médicos excluidos del POS no debe ser supeditado a la existencia de una orden médica en aquellos casos que (i) exista una relación directa entre lo pedido y la dignidad humana y (ii) se trate de personas que tienen situaciones límites o excepcionales.

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SALUD, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS suministrar de pañales desechables

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS cubrir gastos de transporte

Referencia: expedientes T-5296871, T-5297060, T-5311597 y T-5323529.

Acción de Tutela instaurada por Esperanza Betancourt Arguello, actuando como agente oficiosa de José Calderón Betancourt, contra la Nueva EPS; Clara Inés Trillos de Rueda contra la Nueva EPS; Piedad del Socorro Díaz Hernández, actuando como agente oficiosa de Antonia Cecilia Hernández de Díaz, contra la Cooperativa de Salud Comunitaria-COMPARTA EPS-S; Pedro Julián Cufiño López, actuando como agente oficioso de su padre Marco Antonio Cufiño, contra la Nueva EPS

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Luis Guillermo Guerrero Pérez y, la Magistrada María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las

previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos adoptados por los correspondientes juzgados de instancia que resolvieron las acciones de tutela promovidas por Esperanza Betancourt Arguello, actuando como agente oficiosa de José Calderón Betancourt, contra la Nueva EPS; Clara Inés Trillos de Rueda contra la Nueva EPS; Piedad del Socorro Díaz Hernández, actuando como agente oficiosa de Antonia Cecilia Hernández de Díaz, contra Cooperativa de Salud Comunitaria-COMPARTA EPS-S; y, Pedro Julián Cufiño López, actuando como agente oficioso de su padre Marco Antonio Cufiño, contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

La Corte Constitucional decidió acumular, mediante auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016) expedido por la Sala de Selección Número Uno, por unidad de materia, los siguientes expedientes: T-5296871 conocido en única instancia por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, T-5297060 fallado en primera instancia por el Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, T-5311597 resuelto en primera instancia por el Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad de Valledupar y en segunda instancia por El Juzgado 2 Civil del Circuito de Valledupar; y, T-5323529 decidido en única instancia por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. En los casos revisados se evidencia una similitud fáctica y jurídica. Estos tienen en común que las EPS negaron el suministro de los insumos o servicios solicitados por los accionantes por no estar incluidos en el POS.

Por las circunstancias concretas de cada uno de los casos, se procederá a precisar sus especificidades:

1. De los hechos y las acciones de tutela

Expediente T-5296871: Esperanza Betancourt Arguello, actuando como agente oficiosa de José Calderón Betancourt, contra la Nueva EPS.

1.1. José Calderón Betancourt tiene 38 años de edad y sufre de discapacidad mental y física. Está al cuidado de su tía Esperanza Betancourt Arguello, quien es su único familiar, ya que es huérfano de padre y madre.

1.2. La NUEVA EPS presta a José Calderón Betancourt cada dos (2) meses el servicio domiciliario de salud. El 4 de Julio de 2014, se indicó en la evolución médica que el paciente debe usar pañales desechables, dado que su condición mental y física le impide el control de esfínteres. Como consecuencia de ello, el paciente presenta quemaduras y se encuentra más enfermo. Conforme a la evolución médica obrante en el expediente, el paciente padece las secuelas de una parálisis cerebral, epilepsia, dermatitis atópica, dermatofitosis[1].

1.3. Esperanza Betancourt Arguello tiene 80 años, recibe una pensión de un salario mínimo y es viuda. El dinero que recibe de su mesada pensional y la pequeña cuota de pensión que recibe José Calderón Betancourt son insuficientes para cubrir los gastos de alimentación y los servicios de una señora que le ayuda a cuidar a su sobrino, pues dada su avanzada edad requiere de la colaboración de una persona.

Respuesta de la Nueva EPS.

César Alberto Franco Tatis, actuando como representante legal judicial de la Nueva EPS, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela por las siguientes razones: (i) de acuerdo con el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, los pañales desechables están excluidos del POS, (ii) el principio de solidaridad de la familia supone ésta asuma los gastos de los servicios o medicamentos NO POS cuando cuente con capacidad económica probada, (iii) la falta de pañales no pone en riesgo ni amenaza los derechos fundamentales a la vida del afiliado, pues se trata de elementos de aseo NO vitales conforme al artículo 59 literal j del Decreto 677 de 1995 y; además, no tienen injerencia en la evolución de la patología o el pronóstico del paciente, (iv) no ha sido prescrito por el médico tratante, quien simplemente hizo una recomendación; y finalmente, (v) su costo puede ser sufragado por el núcleo familiar del usuario, puesto que no hay evidencia de la incapacidad económica del agenciado ni de la agente oficiosa.

Decisión de única instancia.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2015, negó el amparo constitucional. En criterio del Juzgado no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para que sea procedente la acción de tutela, dado que no existe una orden médica que demuestre la necesidad de los implementos de aseo. Consideró que la copia de la evolución médica emitida por Hospi-hogar, aportada en la acción de tutela, no se constituye como una prueba que certifique lo solicitado por el paciente.

Expediente T-5297060: Clara Inés Trillos de Rueda contra la Nueva EPS.

1.5. Clara Inés Trillos de Rueda, de 63 años de edad, fue diagnosticada con esclerosis múltiple, secuelas motoras, neuralgia del trigémino e incontinencia urinaria no especificada. Actualmente se encuentra postrada en una cama, lo que la hace totalmente dependiente de otras personas para desarrollar sus actividades básicas diarias.

1.6. Debido a su enfermedad desde hace dos años requiere del uso de pañales desechables para mejorar sus condiciones básicas de salud y calidad de vida. Sin embargo, no cuenta con los medios económicos suficientes para adquirirlos, pues el único ingreso familiar proviene de su pensión, que le permite satisfacer sus necesidades básicas.

1.7. El 29 de abril de 2015, se ordenó mediante fórmula médica el suministro de 3 pañales al día, 90 para el mes y 270 para 3 meses[3]. Con base en esta la accionante presentó la “Solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del P.O.S.”, en el que señaló como motivo la “conurrencia de la afección”[4]. En ese documento se indicó que: “REQUIERE USO PERMANENTE DE PAÑAL DESECHABLE, PARA MEJORAR SUS CONDICIONES SANITARIAS BASICAS, DE SALUD Y CALIDAD DE VIDA”. [5]

1.8. El 29 de abril de 2015, Javier Arturo Canal –Coordinador de Comité Técnico Científico- dio respuesta negativa a la solicitud. Justificó su decisión afirmando que el suministro de pañales no está incluido en el POS, conforme a la Resolución 5521 de 2013. Además, señaló con base en la sentencia T-760 de 2008 que “el derecho a la salud no es ilimitado, el Comité Técnico Científico no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante”.

1.9. El 1 de julio de 2015, Clara Inés Trillos de Rueda interpuso acción de tutela por

considerar que la decisión del 29 de abril de 2015 de la Nueva EPS conlleva a una vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna. Adicionalmente, solicitó la exoneración de cuotas moderadoras y copagos.

Presentó como pruebas fotocopias de: cédula de ciudadanía, formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, fórmula médica, formato de solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del P.O.S. e historia clínica.

Respuesta de la Nueva EPS.

Adriana Marcela Arias Durán, actuando como apoderada especial de la Regional Nororiente Nueva EPS, contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones de la accionante. En el escrito expuso las siguientes consideraciones: (i) los pañales se encuentran excluidos del POS, (ii) estos son elementos de aseo que se recomienda usar, pero no son vitales ni tienen injerencia en la evolución de la enfermedad; de manera que, negar el suministro de los pañales no conlleva a un riesgo de su vida ni su salud; y, (iii) el principio de integralidad de la salud, expuesto en las sentencias T-523 de 2007[6] y T-178 de 2011[7], indica “que no es posible reconocer mediante órdenes judiciales prestaciones futuras e inciertas, por el contrario, la protección procede en aquellos casos en los que el médico tratante pueda determinar el tipo de tratamiento que el paciente requiere”. Finalmente, solicitó al juez que en caso de que la acción de tutela sea concedida la EPS tenga derecho a un recobro pronto y efectivo, que garantice el equilibrio del sistema financiero.

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, en sentencia del 27 de Julio de 2015, declaró improcedente la acción de tutela por las siguientes razones: (i) la incontinencia no es características de una patología compleja o grave, sino que surge como deterioro normal de los esfínteres de todo ser humano, (ii) los pañales son elementos de aseo, (iii) la accionante ostenta capacidad económica, porque es cotizante y vive en un barrio estrato 6; y, (iii) no se cumplió con el requisito de inmediatez, dado que interpuso la tutela 60 días después de que la EPS dio respuesta negativa a la solicitud presentada.

Impugnación decisión de primera instancia.

La accionante presentó tres (3) razones en su recurso de apelación a la decisión de primera instancia. Primera, el juez prejuzgó y omitió solicitar pruebas para valorar su situación económica. En este mismo sentido indicó que vive en un apartamento como arrendataria, para estar cerca de sus hermanas, quienes le ayudan a aliviar la situación en la que vive. Segunda, el aquo no hizo una valoración de cómo se ve afectada su dignidad humana por la condición en la que se encuentra; y, tercera, el juez de tutela no tuvo en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos en la acción de tutela.

Sentencia de segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la sentencia objeto de impugnación. Consideró que si la accionante tiene la capacidad económica para cancelar un arrendamiento de \$570.000, también debe contar con el dinero suficiente para costear los pañales. Adicionalmente, sus consanguíneas colaterales tienen el deber moral y constitucional de apoyar a la accionante; y, finalmente, se incumple el principio de inmediatez.

Expediente T-5311597: Piedad del Socorro Díaz Hernández, actuando como agente oficiosa de Antonia Cecilia Hernández de Díaz, contra Cooperativa de Salud Comunitaria-COMPARTA EPS-S.

1.10. Antonia Cecilia Hernández de Díaz tiene 75 años de edad, sufre las secuelas de un accidente cerebro vascular (ACV isquémico) y anquilosis poliarticular, que afecta sus miembros superiores e inferiores. Está afiliada a la Cooperativa de Salud Comunitaria-COMPARTA EPS-S y pertenece al régimen subsidiado.

1.11. Piedad del Socorro Díaz Hernández, hija de la señora Hernández de Díaz y quien asume su cuidado, solicitó en reiteradas ocasiones a los médicos tratantes de su madre que le formulen pañales, ensures, traslado en ambulancia, cama hospitalaria y enfermera en casa las 24 horas. Sin embargo, hasta el momento los médicos no han acogido dicha petición.

1.12. El 9 de abril de 2015, Piedad del Socorro Díaz Hernández, mediante derecho de petición, requirió a COMPARTA EPS-S la entrega permanente de pañales, ensures, traslado en ambulancia, cama hospitalaria y enfermera en casa las 24 horas.

1.13. COMPARTA EPS-S respondió de manera negativa la solicitud interpuesta por Piedad del Socorro Díaz Hernández en favor de su madre. La respuesta se sustentó en que lo solicitado no está incluido en el POS y no ha sido prescrito por el médico.

1.14. El 27 de mayo de 2015, Piedad del Socorro Díaz, actuando como agente oficiosa de su madre, interpuso acción de tutela, por considerar que los derechos fundamentales a una vida digna, la salud, la seguridad social y los derechos de personas de la tercera edad estaban siendo vulnerados. Afirmó que carece de los medios económicos para sufragar el costo de lo solicitado a la EPS; puesto que, el único ingreso familiar con el que cuentan es el que ella misma pueda conseguir, pero dado que debe cuidar a su madre no puede hacer mucho[8].

Presentó como pruebas las fotocopias de los siguientes documentos: derecho de petición enviado a COMPARTA EPS-S, carta de afiliación de Antonia Cecilia Hernández de Díaz al SISBEN, cédula y copia del carné de afiliación a COMPARTA EPS-S, evolución médica 11 de junio de 2012, exámenes médicos del 5 y 11 de diciembre de 2014, orden a valoración por nutrición del 12 de diciembre de 2014, historia clínica 3 de marzo y del 20 de mayo de 2015, orden de remisión con neurología y reumatología del 20 de mayo de 2015, orden de exámenes del 20 de mayo de 2015, fotografía Antonia Cecilia Hernández de Díaz, concepto médico del 20 de mayo de 2015 que certifica que la paciente padece de secuelas de ACV isquémico y tiene anquilosis poliarticular; y, cédula de Piedad del Socorro Díaz Hernández.

Respuesta de COMPARTA EPS-S.

Edwin Antonio Prada Ramírez, en calidad de Director de Servicios en la Regional Oriente de COMPARTA EPS-S, en el escrito de contestación de la tutela solicitó al juez declarar improcedente la acción. En las consideraciones del documento expuso que (i) lo requerido por la accionante está excluido del POS conforme a la Resolución 5521 de 2013, (ii) no hay orden médica en la que se haya prescrito lo solicitado, (iii) la Gobernación del Cesar a través de la Dirección Departamental de Salud es la entidad a la que le corresponde asumir y autorizar los servicios excluidos del POS-S conforme a lo dispuesto en la Resolución 5334 de 2008 (artículos 2 y 4).

Primera instancia.

El Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad de Valledupar, en sentencia del 16 de Junio de 2015, tuteló los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la vida digna y la especial protección de la tercera edad; y, ordenó la entrega de 120 pañales, ensure y los medicamentos formulados por los médicos tratantes, el traslado en ambulancia, una enfermera las 24 horas y una cama hospitalaria. Además, requirió a la Secretaria de Salud Departamental del Cesar verificar y realizar acciones tendientes a que se dé puntual cumplimiento a lo ordenado. El aquo consideró que en el caso concreto se cumplían los cuatro (4) requisitos jurisprudenciales para conceder el acceso a suministros no incluidos en el POS.

Con respecto a la falta de orden medica señaló que la jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer que el juez de tutela puede ordenar su suministro cuando sea posible deducir que “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”[9].

Impugnación.

Edwin Antonio Prada Ramírez, en calidad de Director de Servicios en la Regional Oriente de COMPARTA EPS-S, presentó recurso de apelación y solicitó que se revoque el fallo de primera instancia por dos razones. En primer lugar, porque de la Secretaria de Salud Departamental del Cesar es la entidad competente para atender los servicios no incluidos en el POS, conforme al artículo 3 de la Resolución 1479 de 2015 del Ministerio de Salud. Y, en segundo lugar, porque las órdenes del juzgado carecen de respaldo de una orden médica.

Segunda instancia.

El Juzgado 2 Civil del Circuito de Valledupar revocó el fallo de primera instancia, ante la inexistencia de orden médica que respalde la necesidad de lo solicitado e indique que hay una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Expediente T-5323529: Pedro Julián Cufiño López, actuando como agente oficioso de su padre Marco Antonio Cufiño, contra la Nueva EPS.

1.15. El Sr. Marco Antonio Cufiño de 70 años de edad está afiliado, mediante régimen contributivo, a la NUEVA EPS. Padece de una enfermedad renal crónica, razón por la que se encuentra en tratamiento de hemodiálisis desde hace más de 5 años, que se realiza en la Unidad Renal RTS S.A.S. Agencia Navarra, localizada en la Autopista Norte 106-30 piso 2, el Sr. Cufiño reside en la Carrera 106 Nº 21-25, Fontibón Jordán. Además, según la historia clínica tiene diabetes, por lo que debe asistir frecuentemente a controles.

1.16. En Septiembre de 2015, el Sr. Cufiño sufrió un accidente, que le trajo como principal consecuencia una fractura de cadera. Por esa razón el 1 de septiembre de 2015, le realizaron un trasplante de cadera en la clínica Méderi y fue atendido posteriormente en la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad. Debido a lo anterior, su movilidad se ha visto muy afectada y requiere del uso diario de una silla de ruedas.

1.18. El 22 de octubre de 2015, la EPS respondió que no era viable suministrar el transporte, pues este no se encuentra incluido en el POS.

1.19. Por esa razón, debe transportarse en servicio público, lo que es muy difícil dado su gravoso estado de salud, pues se encuentra en silla de ruedas, y por el alto costo que le representa. Para suplir los gastos del desplazamiento ha recurrido a la ayuda de algunos familiares. El transporte en servicio público pone en riesgo la integridad, la vida, la salud y la vida digna del paciente, pues transportarlo en medio público representa un peligro inminente de fracturas y puede conllevar a un deterioro de su salud.

1.20. El 27 de octubre de 2015, Pedro Julián Cufiño López, actuando como agente oficioso de su padre Marco Antonio Cufiño, interpuso acción de tutela solicitando un vehículo de transporte desde su lugar de residencia a la Unidad Renal RTS S.A.S., donde le efectúan las terapias de hemodiálisis. Con la acción de tutela busca la protección de los derechos a la vida digna, a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la continuación de tratamiento de su padre.

Adjuntó como pruebas los siguientes soportes: cédula de ciudadanía del agente oficioso, cédula del afiliado, orden médica para el suministro de vehículo de transporte, negativa de la EPS a prestar el servicio de transporte solicitado e historia clínica.

1.21. El Juzgado 34 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en auto del

29 de octubre de 2015, admitió la acción de tutela y vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social; y, ofició a la Corporación Universitaria Juan Ciudad, la Unidad Renal RTS S.A.S Agencia Navarra, la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios-MEDERI y a la Superintendencia Nacional de Salud.

A continuación se resumen los argumentos presentados por la NUEVA EPS, la Superintendencia Nacional de Salud, el Ministerio de Salud, la Corporación Hospitalaria Juan de Dios – Méderi y la IPS RTS SAS – AGENCIA NAVARRA.

Repuesta de la NUEVA EPS.

Luis Hernán Soriano Bermúdez, en calidad de Coordinador Jurídico, Regional Centro Oriente, Bogotá y Nororiente de la NUEVA EPS, en el escrito de contestación de la tutela solicitó al juez que se niegue por improcedente la acción; ya que, el transporte requerido por el accionante no está contemplado en la normatividad que regula esa materia (Resolución 5261 de 1994 artículo 2 y Resolución 5521 de 2013 artículos 124 y 125). Además, el accionante evidencia una capacidad económica para asumir por su cuenta el servicio solicitado, pues reporta un IBC de \$2.101.000. En este mismo sentido, sostuvo que el principio de solidaridad supone que los particulares que tienen capacidad económica sufraguen los servicios médicos NO POS y no le trasladen esa carga al Estado. También, argumenta que la tutela es improcedente porque los derechos del accionante no están siendo violados o amenazados. Finalmente, señaló que si el Despacho decide tutelar los derechos disponga que se dé un recobro efectivo y oportuno con miras a mantener el equilibrio financiero del sistema.

Respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud.

Diego Germán Escobar Alarcón, Asesor del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, requirió que se le desvincule del proceso de tutela dado que dentro de sus funciones no está la de suministrar los servicios requeridos por el accionante ni es un superior jerárquico de las EPS.

Respuesta del Ministerio de Salud.

Luís Gabriel Fernández Franco, Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social,

afirmó que no es una institución con responsabilidad directa en la prestación del servicio de salud. Solicitó al Juez de Tutela que constate si la situación económica del accionante le impide recibir el servicio médico requerido. En caso de que la tutela prospere, por ser servicios médicos no POS se solicita al juez que se abstenga de hacer pronunciamiento en cuanto a los recobros, dado que la EPS cuenta con procedimientos establecidos para tal fin.

Respuesta de la Corporación Hospitalaria Juan de Dios – Méderi.

Lenny Johanna Duque Mendieta, profesional jurídica de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, pidió al Juez de Tutela que se le desvincule del proceso, por cuanto esta es una IPS y la encargada de autorizar el servicio es la EPS.

Respuesta de la IPS RTS SAS – AGENCIA NAVARRA.

Nazly Johana Arcila Méndez, Directora de la IPS, contestó la acción de tutela indicando que la IPS no es responsable de la prestación solicitada por el accionante.

Sentencia de única instancia.

El Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá negó la protección solicitada en única instancia, en sentencia del 12 de noviembre de 2015. El juez analizó el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales aplicables para el caso concreto, esto es que el accionante carezca de la capacidad económica necesaria para sufragar el valor del servicio requerido y que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente. Al respecto consideró que dado que no se superan los límites territoriales y que no se encuentran en diferentes municipalidades, no se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia. Además, el IBC del accionante parecería suficiente para atender sus gastos rutinarios. En caso contrario, la parte actora debía demostrar cómo se ve afectado su mínimo vital por sufragar los costos del transporte tres (3) días a la semana.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016) expedido por la Sala de Selección Número Uno de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

Presentación del caso, problemas jurídicos y estructura de la decisión

2. En los procesos de tutela objeto de revisión, los diferentes accionantes, en su condición de usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por las EPS. De acuerdo a su criterio, dicha vulneración es consecuencia de la respuesta negativa de las EPS a la solicitud de entregar insumos y prestar servicios médicos, con base en el argumento de que no están incluidos en el POS. Ante la negativa de las EPS, los ciudadanos interpusieron acción de tutela como mecanismo para proteger sus derechos.

3. Conforme a los antecedentes mencionados, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de los accionantes, a quienes la EPS les niega el suministro de insumos médicos que requieren con necesidad bajo el argumento de que no están incluidos en el POS? Así las cosas, la Sala debe pronunciarse sobre dos aspectos principales. El primero se relaciona con la respuesta negativa de las EPS bajo el argumento de que el insumo no está incluido en el POS; y, el segundo tiene que ver con el fundamento con base en el que los jueces de tutela tomaron las respectivas decisiones, por considerar que no existía orden médica o que el accionante cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo de los elementos solicitados.

Para solucionar el problema jurídico planteado la Corte reiterará su jurisprudencia sobre las siguientes materias: (A) requisitos mínimos de procedencia de la acción de tutela de casos con situaciones fácticas análogas, (B) inaplicación excepcional de la normatividad que regula el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, (C) reglas jurisprudenciales aplicables para valorar si procede reconocer el suministro de insumos y servicios médicos NO POS, (D) exoneración de pago

de cuotas moderadoras y copagos; (E) reglas jurisprudenciales para reconocer el transporte intraurbano con el fin de garantizar un acceso real y efectivo del derecho a la salud; y, finalmente (F) análisis de los casos concretos, a partir del marco establecido y la ponderación de los derechos en conflicto.

A. Procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

4. La Constitución Política en el artículo 86, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Estos son: la legitimación por activa y pasiva, la fundamentalidad del derecho del que se alega vulneración, el principio de inmediatez y la subsidiariedad del recurso. Además, se incluirá un análisis de la carencia actual de objeto que se presenta en el caso del expediente T-5311597.

5. De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política (Art. 86) y por el Decreto 2591 de 1991 (Art. 10), la acción de tutela puede ser interpuesta directamente por la persona afectada o a través de un tercero, bien sea en calidad de representante, mandante o agente oficioso. El caso del expediente T-5297060 la accionante actúa en nombre propio; mientras que, las acciones de tutela de los expedientes T-5311597, T-5323529 y T-5296871 fueron interpuestas por agentes oficiosos.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que esta figura jurídica requiere (i) que el agenciado carezca de la capacidad de actuar en nombre propio por razones de edad o estado de salud; es decir, que no se encuentre “en la posibilidad de promover, por sí mismo, la defensa de sus intereses”[12]. Y, (ii) que el agente oficioso manifieste que actúa como tal. Estos dos requisitos están acreditados en los expedientes T-5311597, T-5323529 y T-5296871. En cada uno de los casos se constata, por un lado, que los agenciados no cuentan con la capacidad para actuar en nombre propio dado su estado de salud; y, por otro lado, que los agentes oficiosos hicieron expresa la calidad en la que interpusieron la acción de tutela.

Finalmente, con respecto a la legitimación pasiva, se concluye que procede la acción de tutela frente a las entidades accionadas, todas ellas Entidades Promotoras de Salud. Lo anterior conforme a lo establecido en el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991,

puesto que se trata de instituciones prestadoras de un servicio público; en el caso particular, la salud.

6. La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-760 de 2008[13] el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo[14]. Desde entonces, la jurisprudencia ha sido consistente y uniforme al señalar que la exigibilidad de este derecho por vía de tutela no requiere demostrar la conexidad con otro derecho fundamental. Recientemente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud en el sistema jurídico colombiano. Ahora bien, dicha exigibilidad se predica, en principio, respecto de los contenidos consagrados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), que establece el conjunto de prestaciones que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al considerar que la acción de tutela es procedente para solicitar el suministro de medicamentos, insumos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS. Lo anterior con la finalidad de garantizar de manera efectiva la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal y a la salud; y, en congruencia con el principio de integralidad de la salud. En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones ordenando la garantía de medicamentos, insumos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS[15].

7. Dado que la acción de tutela es un mecanismo para reclamar la protección inmediata de derechos fundamentales, este recurso de protección debe ser interpuesto en un término razonable y proporcionado con respecto al hecho que supone la amenaza o violación de los derechos alegados por el accionante. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el término razonable debe ser valorado por el juez de tutela para cada caso particular. Entre las circunstancias establecidas para llevar a cabo dicha valoración está la permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante “es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.”[16]

Con base en los antecedentes planteados en la primera parte de esta sentencia, es evidente que cada uno de los casos objeto de estudio cumple con el principio de inmediatez, dado que la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social permanecen en el tiempo. Lo anterior se deriva de que los efectos de la negativa de las EPS a entregar los suministros solicitados por los accionantes no han cesado.

8. Finalmente, con respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela, de acuerdo con la que, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, deben agotarse otros mecanismos de defensa judicial, se tiene que para la protección y garantía del derecho fundamental a la salud luego de que la EPS responde negativamente las solicitudes de los pacientes, estos no cuentan con otro mecanismo para demandar su protección y obtener el amparo que garantice el goce efectivo de sus derechos[17].

Esta Sala encuentra pertinente resaltar que la Superintendencia de Salud tiene una función jurisdiccional que la faculta para “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; que conforme al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, (...)”. De manera que, ese también es un mecanismo idóneo para dirimir este tipo de controversias.

En todo caso, dado que los casos objeto de revisión ya están siendo conocidos por el juez constitucional en sede de revisión, la Corte en la sentencia T-728 de 2014 consideró que “resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias.”[18]

En consecuencia, la Sala encuentra que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo que tienen los accionantes para exigir la garantía efectiva de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

9. Conforme a lo anterior, la Sala de Revisión concluye que la acción de tutela es procedente para que los ciudadanos presenten al juez la situación que encuentran vulneratoria o amenazante y soliciten la protección inmediata de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En seguida se continúa con el análisis propuesto.

Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia.

10. Dado que Antonia Cecilia Hernández de Díaz falleció el 25 de enero de 2016, conforme al SISBEN[19], al Fosyga[20] y a comunicación telefónica sostenida el 26 de abril de 2016, la Sala pasa a sustentar la procedibilidad de un pronunciamiento de fondo. Esta Corporación ha afirmado que se configura una carencia actual de objeto por daño consumado[21] o por hecho superado[22], situaciones que se presentan típicamente y que han sido caracterizadas por esta Corporación[23]. Sin embargo, esas no son las únicas dos posibilidades en que se estructura una carencia actual de objeto, porque ésta también se constituye en “cualquier caso en el que se haya presentado un evento posterior a la solicitud de amparo, sea que venga del propio titular, del accionado o de un tercero, que modifique de forma tal los supuestos de la demanda al punto que resulte inane la protección real y en el modo original que pretendían lograr los accionantes.”[24]

En estos casos, la Corte debe pronunciarse de fondo, para ello le corresponde (i) analizar si existió o no la vulneración de los derechos cuya protección se invocó en la acción de tutela y (ii) revisar los fallos de instancia para determinar “si el amparo ha debido ser concedido o negado”[25]. Así mismo “ha advertido a la autoridad demandada para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”. [26]

Frente al caso concreto de Antonia Cecilia Hernández de Díaz, expediente T-5311597, en el que se invocó la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la seguridad social y los derechos de personas de la tercera edad, la Sala observa que su fallecimiento es un hecho sobreviniente ocurrido durante el trámite en sede de revisión, que conlleva a la desaparición de los supuestos fácticos que motivaron la acción de tutela. En todo caso, como se mencionó previamente, en seguimiento de la jurisprudencia existente sobre este asunto esta Sala analizará el caso de fondo[27], “aunque no hace falta impartir

alguna orden a la parte demandada para reestablecer los derechos fundamentales invocados, se debe cumplir con la función secundaria de la revisión eventual de los fallos de amparo". En consecuencia, en este caso concreto se analizará si COMPARTA EPS-S con su negativa vulneró los derechos fundamentales invocados y si los jueces de instancia tomaron decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico.

A. Inaplicación excepcional de la normatividad que regula el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

11. El Plan Obligatorio de Salud (POS) está regulado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, que fue actualizada mediante la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. Dicha regulación establece la reglamentación con base en la que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) deben prestar a sus afiliados el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud. De manera que, la exigibilidad de medicamentos, elementos y servicios médicos está supeditada, en principio, a que forme parte del POS.

12. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y uniforme al establecer que le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En ese escenario, el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados.[28] Es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la Constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento o el elemento solicitado, o llevar a cabo el procedimiento o servicio requerido por el paciente.

13. Lo mencionado previamente también aplica cuando se trata del suministro de elementos o servicios que se estiman esenciales para "preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales.". Ello a pesar de que carezcan en estricto sentido de la calidad de medicamento o atención en salud.[29]

De manera que, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud no se refiere únicamente a la garantía de medicamentos y procedimientos considerados científicamente como vitales, sino que también incluye el acceso a aquellos elementos y servicios necesarios para que el ser humano pueda mantener una normalidad orgánica funcional, tanto física como mental. Esta concepción del derecho a la salud hace explícita su relación con el principio de dignidad humana; de acuerdo con el que, se debe “garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”[30]

14. Así las cosas, la decisión de las EPS de negar el suministro de elementos como pañales, ensures, sillas de rueda, entre otros, desconoce la conexidad que existe entre el derecho fundamental a la salud y la vida digna. Ello es así, aun cuando sustenten la decisión con base en que (i) están excluidos del POS, conforme a lo establecido en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013; y, (ii) se trata de insumos de aseo de carácter personal, según el artículo 59 del Decreto 677 de 1995, que nada tienen que ver con la salud ni con la vida del paciente. Como quedó demostrado, ese argumento desconoce la finalidad que cumplen dichos elementos; puesto que, brindan al paciente las condiciones mínimas de dignidad humana y se convierten en parte esencial para el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

15. Esta Corporación ha sostenido[31] que es procedente conceder la pretensión del suministro de pañales en aquellos casos que los accionantes los solicitan como un medio necesario para contrarrestar el hecho de que no puedan realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. En este sentido, la sentencia T-110 de 2012 expresó:

“Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia.

Con base en ello, la Sala estima que la negativa del suministro de pañales desechables a los pacientes que padecen enfermedades que limitan su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante. En consecuencia, el juez debe proteger los derechos del afectado.” [32]

16. Los argumentos expuestos con base en los que el juez de tutela decide inaplicar en un

caso concreto la normatividad que regula el POS, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, son congruentes con el principio de integralidad que debe orientar la garantía del derecho fundamental a la salud. Este establece que:

“[L]as personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.”[33] (Negrilla fuera de texto)

El principio de integralidad se manifiesta en tres facetas diferentes del goce efectivo del derecho fundamental a la salud. En primer lugar, la fase preventiva está dirigida a satisfacer servicios médicos que eviten la producción de una enfermedad, interviniendo directamente en sus causas. En segundo lugar, la fase curativa se materializa en el acceso de medicamentos, servicios y tratamientos que permitan curar la patología padecida. Y, en tercer lugar, la fase mitigadora, que está dirigida a aliviar y paliar las dolencias físicas y psicológicas de una enfermedad. “Lo anterior resalta que el derecho a la salud además de auxilios fisiológicos incluye la garantía del bienestar de ámbitos sociales, emocionales y psicológicos.”[34]

En síntesis, la Corte Constitucional ha sostenido que la integralidad del derecho a la salud se refiere a la garantía de todas las medidas consideradas necesarias para “el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionada a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.”[35]

17. Ahora bien, si el juez de tutela encuentra que en el caso concreto es procedente inaplicar de manera excepcional la normatividad que regula el POS para proteger los

derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, este debe examinar que se cumplan los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha establecido en casos análogos para ordenar el reconocimiento del suministro de insumos y servicios médicos NO POS. En la siguiente sección se presentan en detalle dichos presupuestos.

B. Las reglas jurisprudenciales aplicables para valorar si procede ordenar el suministro de insumos y servicios médicos NO POS. Reiteración de jurisprudencia.

18. Tal y como se afirmó en la sentencia T-003 de 2015, que acogió lo dispuesto en la T-760 de 2008, “la Corte ha reiterado que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro.”[36] Ello supone, como se argumentó en la sección precedente, que el juez de tutela debe inaplicar para el caso concreto la reglamentación del POS y aplicar directamente la constitución con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

19. Esta Corporación en jurisprudencia pacífica y uniforme ha aplicado los siguientes criterios para determinar si es procedente ordenar servicios de salud excluidos del POS:“(i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.”[37]

Le corresponde al juez de tutela ponderar con base en dichos requisitos si hay lugar a disponer el suministro de los medicamentos, procedimientos, elementos o servicios médicos NO POS. La sentencia T-760 de 2008 simplificó dichos criterios en el siguiente sentido: “se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)].

Entre los insumos, elementos, tratamientos y servicios médicos NO POS, se cuentan los pañales desechables, insumos de aseo y cuidado para la piel, sillas de ruedas, camas

hospitalarias, servicio de transporte y servicio de enfermería. Así las cosas:

“[L]a jurisprudencia constitucional ha considerado que si bien estos no corresponden en estricto sentido al concepto de servicios médicos, sin duda constituyen elementos indispensables para garantizar que las personas que se ven sometidas a ciertos padecimientos que los requieran, puedan llevar una vida en condiciones dignas.”

La Sala procederá a profundizar sobre el tercer y cuarto criterio, debido a que en los expedientes objeto de revisión los jueces de instancia negaron el amparo solicitado por los accionantes por considerar que éstos no se cumplían.

Reglas probatorias aplicables para valorar la capacidad económica del accionante.
Reiteración de jurisprudencia.

20. El tercer criterio se refiere la incapacidad económica del interesado para costear directamente el tratamiento y a la falta de un plan alternativo al POS del que pueda obtener el beneficio requerido con necesidad. En caso de que se concluya que este criterio se cumple le corresponde al Estado asumir el costo del insumo o servicio; y, en consecuencia, la EPS está autorizada legalmente para cobrar dichas sumas al FOSYGA: “Lo anterior en razón de que el derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales”.[38]

21. Es importante precisar que el principio de solidaridad también supone que cuando la familia del solicitante, primera red de apoyo de los individuos, cuente con la posibilidad de sufragar los costos del insumo o servicio requerido, corresponde a esta en primer lugar ofrecer ese respaldo. En caso de que la familia también carezca de capacidad económica, entonces sí recae sobre el Estado la obligación de asumir el costo correspondiente.

22. Esta Sala de Revisión encuentra necesario aclarar que la jurisprudencia constitucional sobre reglas probatorias vigentes para que el juez valore la capacidad económica del accionante ha evolucionado. En un primer momento, la SU-819 de 1999 dispuso que el solicitante debía demostrarle al juez de tutela su falta de recursos económicos para acceder a los insumos o servicios médicos que no están incluidos en el POS. Esta subregla fue aplicada en la T-002 de 2003. Luego, en sentencias posteriores, la Corte cambió la subregla y dispuso que basta con que el accionante alegue la falta de recursos económicos para

sufragar el costo de lo necesitado; y, que corresponde a la EPS desvirtuar esta afirmación. Al respecto la sentencia T- 113 de 2002 sostuvo:

“[E]n lo que hace a la observación hecha por los jueces de instancia en cuanto a la inexistencia de la prueba de incapacidad económica de los demandantes, es del caso reiterar la línea jurisprudencial de esta Corte, conforme a la cual si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o del procedimiento excluido del POS, le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación.”.[39]

(Negrilla fuera de texto)

La Sentencia T-683 de 2003 presentó el siguiente recuento de las reglas probatorias aplicables en la materia:

“(i) [S]in perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los

términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”[40]

23. De lo anterior se concluye que cuando el accionante alegue carencia de recursos económicos para acceder al insumo o servicio médico requerido, le corresponde a la EPS desvirtuar esa afirmación. Ello es así por las siguientes razones: (i) se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba[41] y (ii) se presume la buena fe del solicitante. Esta Corporación sostuvo en sentencia T-752 de 2012 que:

“Las negaciones indefinidas, en virtud del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 son prueba suficiente de la falta de capacidad, cuando la parte accionada no se pronuncia en contrario, y lo prueba. Esta es una garantía que caracteriza la informalidad de la acción tutela, no se exigen como en otras jurisdicciones pruebas concretas para demostrar la presunta vulneración de un derecho. Pero esta garantía, que es también una herramienta de decisión sobre la capacidad económica, no es implementada por los jueces constitucionales.”[42]

24. En este orden de ideas, la inversión de la carga probatoria cuando existe una negación indefinida, conlleva a que la EPS deba controvertir y desvirtuar las negaciones de los usuarios respecto de su incapacidad económica, “en tanto que aquellas conservan en sus registros, información referente a la condición socioeconómica de sus afiliados. Por este motivo, la inactividad procesal de estas aseguradoras, hace que las declaraciones presentadas por un accionante se tengan como prueba suficiente de su carencia de fondos para costear lo pretendido.”[43]

Además, recientemente esta Corporación en la sentencia T-545 de 2015 afirmó que (iii) es aplicable la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[44].

25. Ahora bien, vale la pena resaltar que el juez de tutela debe ejercer activamente sus amplias facultades en materia probatoria, para que éste cuente con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión. Sobre todo en aquellos casos en que no pueda tener certeza sobre el cumplimiento de este requisito a partir del material probatorio obrante en el expediente. En ese sentido la sentencia T-622 de 2012 expresó:

“Es claro entonces que, en principio, corresponde a quien acude a la acción de tutela probar que no cuenta con los recursos económicos para asumir el costo de los servicios médicos formulados, pero cuando el actor realice una afirmación o negación indefinida en tal sentido, la carga de la prueba se invierte, es decir, corresponderá a la entidad demandada probar la capacidad económica del paciente. No obstante, este hecho no releva de la obligación que tiene igualmente el juez constitucional, de desplegar una actividad positiva, a través de los diferentes medios de prueba tendientes a determinar la verdadera y real capacidad de pago del tutelante, cuando de las pruebas que obran en el expediente, no es posible obtener certeza sobre la misma.”[45]

26. Adicionalmente, el juez de tutela puede aplicar el principio pro persona en casos límite, como un criterio para valorar la condición económica del accionante. De acuerdo a este se debe adoptar “la decisión que mejor se compadece con la garantía de los derechos fundamentales en juego, que en este caso se materializa en la orden del examen prescrito por el médico tratante”[46]. Este principio cobra especial relevancia en aquellos casos que el juez no tiene certeza de si la capacidad económica es suficiente para cubrir el costo del insumo o servicio médico requerido, situación en la que debe “adoptar las decisiones que resulten más favorables para la eficacia de los derechos humanos”[47].

27. Finalmente, cabe señalar que la valoración de la capacidad económica del accionante debe ser cualitativa y no cuantitativa. De manera que “su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante. 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.”[48]

Sobre el requisito de la existencia de una orden médica que prescriba la necesidad del insumo o servicio médico.

28. En cuanto al cuarto requisito mencionado, esto es que “el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el médico tratante es el profesional que tiene el mejor criterio para establecer la necesidad de un insumo o servicio médico. Ello

es así, porque cuenta con el criterio científico y el conocimiento de la enfermedad del paciente[49]. Sin embargo, la Corte Constitucional ha flexibilizado esta regla en tres sentidos; (i) el médico que prescribe la necesidad del insumo o servicio no debe estar adscrito a la EPS; (ii) la EPS tiene la obligación de ordenar la valoración médica para que sea un médico el que determine la necesidad del servicio y la forma en que debe prestarse, esta es conocida como la regla del diagnóstico[50]. Y, finalmente, (iii) a pesar de la falta de orden médica el juez de tutela puede ordenar el suministro de elementos y servicios excluidos del POS cuando pueda concluir razonablemente que la medida es necesaria para proteger garantías fundamentales del paciente.

29. La tercera situación en la que se ha flexibilizado la regla general es consecuencia de una evolución jurisprudencial, en la que en un primer momento se sostuvo que el juez de tutela debía considerar si existía una relación directa entre lo solicitado y la dolencia. Sobre esta materia se pronunció esta Corporación en la sentencia T-565 de 1999, “[s]in embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido”.[51] Las consideraciones mencionadas previamente fueron reiteradas en la sentencia T-899 de 2002[52].

30. Más adelante esta Corporación señaló en la sentencia T-023 de 2013 que hay personas que tienen situaciones límites o excepcionales “en las que se advierte un alto grado de vulnerabilidad física y mental de la persona, la Corte ha prescindido de dicha regla, para establecer que no es necesario someter al paciente a valoración o estudios médicos, si se dan las siguientes condiciones: “(i) que se trate de una persona que sufre una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro); (iii) que depende totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) que no tiene la capacidad económica, ni su familia, para sufragar el costo del servicio requerido y solicitado a la EPS”.[53]

31. Las mencionadas condiciones de valoración han sido aplicadas de manera uniforme y

consistente para proteger el acceso a pañales que tienen los usuarios del Sistema de Salud y Seguridad Social. “En particular, la jurisprudencia constitucional ha sido sensible al hecho de que las personas que cumplen las condiciones señaladas, requieren servicios médicos que no tiene por finalidad mejorar su salud, pues la gravedad de las enfermedades que los aquejan, afecta negativamente la probabilidad de recuperación. Más bien, estos servicios, especialmente, tienen la finalidad de garantizar la vida digna.”[54]

32. Desde el 2011, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente y uniforme al considerar que el suministro de pañales a personas que lo requieran con necesidad no debe supeditarse a la existencia de orden médica. Para llegar a dicha conclusión la jurisprudencia se ha basado en el cumplimiento de las tres condiciones señaladas en la sentencia T-023 de 2013 (ver numeral 29); tal y como, se deduce en las sentencias: T-752 de 2012[55], T-692 de 2012[56], T-383 de 2013[57], T-619 de 2014[58], T-003 de 2015[59] y T-131 de 2015[60]. También ha sustentado su decisión en la relación directa que existe entre el suministro de pañales y el goce efectivo de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud[61].

33. Esas mismas consideraciones también han sido aplicadas por esta Corporación frente a otro tipo de insumos diferentes a los pañales, como son: sillas de rueda, elementos de aseo y cuidado para la piel, servicio de enfermería y transporte, entre otros. Ello a pesar de:

Estos eventos, en los que no se estaría cumplido el requisito de que “el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”, han sido analizados por la Corte, atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, y en aras de hacer efectivo el principio de atención integral.

4.6.3. En estas hipótesis es procedente ordenar por la vía de la acción de tutela el suministro de estos elementos siempre que, además de la afectación de los derechos fundamentales del paciente, sea evidente que existe una relación directa y de necesidad entre la dolencia y lo pedido, es decir que se pueda inferir razonablemente que una persona que padece cierta enfermedad requiera para llevar una vida en condiciones dignas elementos de aseo, insumos hospitalarios, cuidados domiciliarios etc. Se trata, en suma, de que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad,

el afectado necesita de la entrega de los componentes porque su condición así lo exige.”

En síntesis, el suministro de insumos o servicios médicos excluidos del POS no debe ser supeditado a la existencia de una orden médica en aquellos casos que (i) exista una relación directa entre lo pedido y la dignidad humana y (ii) se trate de personas que tienen situaciones límites o excepcionales.

C. Exoneración de pago de cuotas moderadoras y copagos.

34. El sistema de pago de cuotas moderadoras y copagos, desarrollado en el Acuerdo 260 de 2004, establece que las primeras “‘tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso’, mientras que los segundos ‘son los aportes en dinero que corresponden a una parte del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema’. Así mismo, determinó que las cuotas moderadoras serán aplicadas a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios, diferente a los copagos que serán predicados única y exclusivamente respecto de los afiliados beneficiarios.”[62]

35. En todo caso, bajo ninguna circunstancia el pago de las cuotas moderadoras y copagos puede sobreponerse al acceso efectivo del derecho fundamental a la salud. Por lo anterior, el Acuerdo 260 de 2004 en el artículo 7 dispuso que los pacientes con enfermedades denominadas catastróficas o de alto costo están exentos de los copagos. En este sentido, la sentencia T-612 de 2014 expresó:

“las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. No obstante, esta Sala de Revisión observa que su definición y alcance no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional, en la medida en que si bien existe reglamentación que hace referencia a algunas de estas enfermedades, dicha enumeración no puede considerarse taxativa y cerrada”. [63] (Negrilla fuera de texto)

36. De igual manera, el artículo 14, literal H de la ley 1122 de 2007 dispuso la exoneración de copagos y cuotas moderadoras “para los afiliados al régimen subsidiado en salud que hacen parte del nivel 1 del Sisben”. Conforme al Acuerdo 365 de 2007 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud también están exentos de esos pagos los sectores especialmente protegidos de la población, como la población infantil abandonada, la

indigente, la desplazada, indígena, desmovilizada, de la tercera edad y la población rural y migratoria.

37. Además de las exoneraciones previstas por mandato legal, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando el acceso a un servicio de salud representa una afectación del derecho al mínimo vital, debido a que la persona no cuenta con los recursos económicos para cubrir sus necesidades, “es posible prescindir de la obligación de aportar dichos pagos en la medida en que resultan desproporcionados e incompatibles con los lineamientos del principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud”.^[64]

En desarrollo de esa línea, la Corte ha considerado que para analizar la procedencia de la exoneración de cuotas moderadoras y copagos que no estén regulados legalmente, es relevante analizar el régimen al que pertenece el paciente. Por un lado, el régimen subsidiado está compuesto por aquellas personas que no cuentan con capacidad de pago para cancelar las cotizaciones. Por esa razón, el Estado subsidia total o parcialmente el costo de los servicios de salud. Y, por otro lado, el régimen contributivo está constituido por personas que “tienen la capacidad económica para sufragar las cotizaciones obligatorias al sistema, entre ellas se hallan las afiliadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes”^[65]

Así las cosas, le corresponde al juez constitucional al momento de tomar una decisión respecto de la exoneración tener en cuenta el régimen al que pertenece el accionante. En lo relativo a las personas del régimen contributivo es necesario tener en cuenta que tanto las cuotas moderadoras como los copagos se determinan de manera proporcional al ingreso base de cotización del afiliado. De manera que, en principio dichos pagos no representan una suma exorbitante que ponga en riesgo el mínimo vital del paciente, “así su base de cotización corresponda al salario mínimo”.^[66]

D. Reglas jurisprudenciales para reconocer el transporte intraurbano con el fin de garantizar un acceso real y efectivo del derecho a la salud.

38. Si bien en principio el servicio de transporte debe ser asumido por el usuario, la reglamentación del POS ha incluido su garantía en la medida que en algunos casos es una prestación necesaria para el acceso efectivo a servicios de salud. Al respecto, esta

Corporación expresó:

“si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”[67]

Actualmente, el servicio de transporte está regulado en los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, la modalidad de transporte intraurbano no fue incluido en dicha regulación. No obstante, esta Corporación estableció[68] que la EPS debe brindar el transporte y luego realizar los recobros correspondientes ante el FOSYGA, en aquellos casos en (i) que la falta de ese servicio sea un obstáculo para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y (ii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para pagar este servicio por su cuenta[69]. En la sentencia T-155 de 2014, la Corte ordenó a la EPS que autorice el transporte requerido a una menor y su acompañante, dado que

“No siendo suficiente tener derecho a acceder a un servicio médico si se carece de los medios para hacer de este un acceso real y efectivo, el derecho a la salud debe incluir, además del acceso formal a la atención médica, el suministro de los medios indispensables para materializar la prestación del servicio. Así, cuando se está frente a un caso en el cual un usuario del Sistema de Salud no tiene los recursos económicos para acceder a los servicios médicos que requiere, el Estado y las entidades de salud deben concurrir garantizando su acceso efectivo por virtud de la garantía de accesibilidad económica.”[70]

39. Entonces le corresponde al juez de tutela evaluar en cada caso particular la pertinencia, necesidad y urgencia de autorizar el servicio de transporte “en los eventos en los cuales, (i) el tratamiento sea imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona; (ii) el paciente o sus familiares carezcan de recursos económicos para sufragar

los gastos de desplazamiento, y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genere riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente”.[71]

E. Análisis de los casos concretos.

40. Para decidir los casos acumulados en esta sentencia se analizará: (i) si hay lugar a la inaplicación excepcional de la normatividad que regula el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social y (ii) si se cumplen las reglas jurisprudenciales aplicables para reconocer el suministro de insumos y servicios médicos NO POS.

Expediente T-5296871: Esperanza Betancourt Arguello, actuando como agente oficiosa de José Calderón Betancourt, contra la Nueva EPS.

41. Esta Sala considera que en este caso concreto es procedente la inaplicación excepcional de la regulación establecida en el POS, dado que prevalece la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de José Calderón Betancourt, quien padece una discapacidad mental y física que le impide el control de esfínteres. Luego de analizar los hechos del caso, la Sala concluye que se cumplen todos y cada uno de los cuatro requisitos que la jurisprudencia ha establecido para que sea procedente el suministros de insumos o servicios médicos.

En segundo lugar, los pañales desechables no pueden ser sustituidos o reemplazados por otro elemento que sí este incluido en el POS. En tercer lugar, existe una orden médica, que fue aportada en la acción de tutela por la agente oficiosa, en la que se indica que el paciente debe usar pañales desechables, dado que su condición mental y física le impide el control esfínteres.

Y, finalmente, en cuarto lugar, el costo de los pañales no puede ser asumido por sus propios recursos ni con los recursos de su cuidadora y agente oficiosa. Como se mencionó en la primera parte de esta sentencia, la manutención de Esperanza Betancourt Arguello (80 años) y José Calderón Betancourt depende de una pensión de un salario mínimo que recibe la agente oficiosa y de la pequeña cuota de pensión que percibe el agenciado. En la acción de tutela se señaló que esos recursos son insuficientes para cubrir los gastos de

alimentación y los servicios de una señora que le ayuda a cuidar a su sobrino, pues dada su avanzada edad requiere de la colaboración de una persona[72] para la realización de las actividades cotidianas del hogar. Como lo ha reiterado la jurisprudencia la valoración de la capacidad económica debe darse a partir de un criterio cualitativo y no cuantitativo. En ese sentido, se deduce que el dinero recibido únicamente permite satisfacer las condiciones de su mínimo vital conforme a su estilo de vida concreto, más es insuficiente para acceder por su propia cuenta a los pañales requeridos por su sobrino y agenciado.

Además, dado que en este caso existe una negación indefinida respecto de la falta de recursos económicos, pues si bien la agente oficiosa y cuidadora reconoce que tiene una pensión de un salario mínimo y que el petente recibe una pequeña mensualidad, en el escrito de presentación de la acción de tutela afirmó que el dinero percibido no le permite acceder con sus propios recursos los pañales requeridos. También tiene lugar la aplicación de los siguientes criterios para verificar el cumplimiento del requisito en cuestión (i) la EPS accionada no desvirtuó la negación indefinida realizada en la acción de tutela, (ii) se presume la buena fe del solicitante y (iii) es procedente aplicar la presunción de veracidad dispuesta en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Con base en lo anterior, se concluye que se cumple el cuarto requisito, referente a la falta de capacidad económica.

43. Esta Sala no comprende porque el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla consideró que no existe una orden médica que demuestre la necesidad de lo requerido. Sustentó dicha afirmación en que no había certeza de que el médico que prescribió los pañales estuviera adscrito a la EPS. Considera esta Corporación que el aquo con su decisión desconoció el precedente vigente y aplicable; y, el fallo emitido impuso “una barrera adicional a la prestación del servicio de salud y por ende al goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna al apartarse del precedente fijado por la Corte Constitucional, sin alegar una justificación legal, argumentada en cada caso concreto.”[73]

44. Por ello vale la pena reiterar que la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado la regla respecto de la orden médica. De manera que, la subregla vigente establece que (i) no se requiere que el médico que prescribe la necesidad del insumo o servicio esté adscrito a la EPS; y, (ii) el suministro de pañales no debe supeditarse a la existencia de orden médica, cuando el solicitante sea una persona que sufre de una grave enfermedad, que lo lleve a

depender de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; y, no cuente con la capacidad económica para sufragar el costo del servicio requerido. Además, la decisión del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla desconoció la relación directa existente entre su condición mental y física, que le impide controlar esfínteres, y la necesidad del uso de pañales desechables; así como, que José Calderón Betancourt requiere de ese suministro para tener un goce efectivo de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud.

45. Con base en el análisis previo, esta Sala revocará la sentencia del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, y tutelaré los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de José Calderón Betancourt. En consecuencia, ordenaré a la Nueva EPS que haga entrega de los pañales desechables que sean requeridos por el paciente.

Expediente T-5297060: Clara Inés Trillos de Rueda contra la Nueva EPS.

46. Los hechos relevantes del expediente T-5297060 son: Clara Inés Trillos de Rueda, de 63 años de edad, fue diagnosticada con esclerosis múltiple, secuelas motoras, neuralgia del trigémino e incontinencia urinaria no especificada. Actualmente se encuentra postrada en una cama, razón por la que es totalmente dependiente de otras personas para desarrollar sus actividades básicas diarias. Debido a su enfermedad desde hace dos años requiere del uso de pañales desechables para mejorar sus condiciones básicas de salud y calidad de vida. En el expediente consta que se le ordenó mediante fórmula médica del 29 de abril de 2015 el uso de pañales, los que le fueron negados por el Comité Técnico Científico de la EPS. Dado que carece de la capacidad económica para adquirirlos por su cuenta, interpuso acción de tutela.

La Sala considera que en este caso concreto se cumplen los presupuestos para inaplicar de manera excepcional la normatividad del POS. Lo anterior debido a que se evidencia una necesidad de brindar el goce efectivo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de la accionante, quien es una persona dependiente de un tercero para realizar sus actividades básicas diarias, dado su diagnóstico de esclerosis múltiple, con secuelas motoras, neuralgia del trigémino e incontinencia urinaria no especificada.

47. Pasa entonces la Sala a considerar si se cumplen los cuatro requisitos establecidos en la jurisprudencia para que sea procedente el suministro de insumos o servicios médicos NO POS. Como se expuso, la jurisprudencia constitucional de manera uniforme y pacífica ha señalado que la falta de pañales tiene una incidencia directa en los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud; ya que, su carencia se traduce en un deterioro de las condiciones en las que vive una persona que no controla esfínteres. En consecuencia, el Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga desconoció el precedente constitucional aplicable para valorar el cumplimiento de este primer requisito, sin cumplir una carga argumentativa y de transparencia que validara su separación del precedente aplicable al caso.

El incumplimiento del precedente constitucional se materializa en el hecho de que el juez de tutela haya afirmado que la incontinencia no es característica de una patología compleja o grave, sino que surge como deterioro normal de los esfínteres de todo ser humano y que los pañales son elementos de aseo. El juez de la primera instancia omitió considerar la situación particular en la que se encuentra la accionante, esto es el estado funcional y el déficit motriz que la lleva a requerir de la ayuda de un tercero para realizar sus actividades básicas diarias. Tampoco tuvo en cuenta el criterio del médico tratante expuesto en la fórmula médica, en la que consta que los pañales se requieren “para mejorar las condiciones sanitarias básicas de salud y calidad de vida.”[74]

48. En cuanto al segundo requisito se tiene que los pañales desechables no tiene un elemento con el que pueda reemplazarse. De las pruebas obrantes en el expediente también se concluye el cumplimiento del tercer requisito; puesto que, en fórmula médica del 29 de abril de 2015 el médico tratante prescribió el suministro de 3 pañales al día, 90 para el mes y 270 para 3 meses[75]. Con base en dicha prescripción la accionante presentó la solicitud a la EPS, que negó el suministro de pañales con base en dos justificaciones. Por un lado, el Comité Técnico Científico no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante; y, por otro lado, los pañales no están incluidos en el POS.

La respuesta del Comité Técnico Científico resulta vulneratoria del derecho fundamental a la salud de la accionante, toda vez desconoció sin un argumento válido el criterio del médico tratante, quien es el profesional calificado desde el punto de vista científico y del

conocimiento de la evolución de su paciente para determinar los insumos y servicios médicos requeridos por este. Además, omitió las consideraciones reiteradas de la jurisprudencia de esta Corporación, que sostienen que no basta con que lo solicitado no esté incluido en el POS; pues de ser requerido con necesidad para salvaguardar la garantía de derechos fundamentales se debe inaplicar la normatividad que regula el POS.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta frente al cumplimiento del tercer requisito, esto es la existencia de orden médica, que esta Corporación ha señalado en múltiples pronunciamientos que dada la relación que tienen los pañales desechables con los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud no requieren de una prescripción médica, pues es evidente que lo pedido (pañales desechables) es necesario para minimizar el impacto de la dolencia (control de esfínteres) en el goce de un vida digna.

49. Finalmente, con respecto al cuarto requisito -la falta de capacidad de pago de la accionante para acceder con recursos propios a lo solicitado-, se concluye la falta de capacidad económica toda vez que la valoración de la capacidad económica debe ser cuantitativa y no cualitativa; y, finalmente, en aplicación del principio pro persona.

Resulta esencial para el análisis del presente caso tener en cuenta que la valoración de la capacidad económica de la accionante debe basarse en un criterio cualitativo y no cuantitativo. Ello implica que deben tenerse en cuenta las condiciones concretas de vida de la petente, pues es ello lo que permite determinar si puede darse una afectación desproporcional a la estabilidad económica de una persona. En seguida se expone el análisis con base en la información del material probatorio obrante en el expediente.

En primer lugar, el único ingreso de la accionante para sufragar su costo de vida proviene de una pensión; en segundo lugar, la razón por la que vive en arriendo en un barrio estrato 6 en Bucaramanga es para estar cerca de su núcleo familiar, que le presta el apoyo y cuidado requerido de una persona que debido a su condición de salud requiere de un tercero para la realización de actividades diarias básicas. Y, en tercer lugar, afirmó su falta de capacidad económica tanto en el escrito de acción de tutela como en el documento de impugnación a la sentencia de primera instancia, en el que sostuvo: “he solicitado estos implementos por la dificultad que tengo para atender a mi necesidades higiénicas y sanitarias, pues, soy cas-inválida (sic), es decir, necesito ayuda para ir al baño-sanitario, y

esta ayuda no la tengo permanente, precisamente porque no tengo capacidad motriz (sic) ni económica para estas necesidades del cuerpo humano. Lo de menos sería una muchacha del servicio permanente, pero mis recursos económicos no los tengo”.[76]

Lo anterior lleva a concluir que el hecho de que una persona viva en un barrio estrato 6 no implica necesariamente que cuenta con los recursos económicos para acceder por sus propios medios a los pañales. Dado que su condición de vida implica pagar un canon de arrendamiento de \$570.000 pesos, con los correspondientes servicios públicos domiciliarios que son más costosos justamente por vivir en una zona de estrato alto. También es relevante considerar que existe una razón importante por la que la accionante vive en ese sector de la ciudad, esto es para estar cerca de sus familiares, que le prestan ayuda y compañía imprescindible para su vida dadas sus condiciones de salud actuales.

Para terminar la valoración de la capacidad económica de la accionante es procedente aplicar el principio pro persona. Como se mencionó en las consideraciones de esta sentencia, este último cobra especial relevancia en aquellos casos que el juez no tiene certeza de si la capacidad económica es suficiente para cubrir el costo del insumo o servicio médico requerido, situación en la que debe “adoptar las decisiones que resulten más favorables para la eficacia de los derechos humanos”[77].

50. Además del suministro de pañales desechables, la accionante solicitó al juez de tutela la exoneración de cuotas moderadoras y copagos. Al valorar el material probatorio aportado por la accionante y considerando que pertenece al régimen contributivo, se concluye de lo expuesto en su escrito de tutela que su mínimo vital no se ve afectado por el hecho de asumir el valor de la cuotas moderadoras o copagos. En otras palabras, una revisión cuidadosa de la información del expediente no evidencia que la accionante haya alegado la imposibilidad económica para asumir las cuotas moderadoras y los copagos, ni que su derecho al mínimo vital se vea afectado o amenazado por ese rubro.

Al respecto es necesario considerar que dado que Clara Inés Trillos de Rueda pertenece al régimen contributivo, el valor de la cuota moderadora y de los pagos son determinados de manera proporcional con base en su ingreso base de cotización, así las cosas, la Sala no encuentra que la suma a cancelar le resulte exorbitante, ni pone en riesgo su derecho a acceder al servicio de salud; puesto que, en todo caso es una cantidad que toma como

punto de referencia su situación económica.

51. Una de las consideraciones que tuvo el ad quem para confirmar el fallo del aquo que declaró la improcedencia de la acción de tutela, fue que “el suministro de pañales no tiene el grado de indispensabilidad, ya que la impugnante dejó transcurrir más de 60 días para instaurar la presente acción de tutela, actuación que pone en duda la necesidad de ordenar la entrega de dichos elementos por medio de este mecanismo constitucional de protección”[78]. Frente a esta consideración del juez de segunda instancia, encuentra esta Sala necesario recordar que el principio de inmediatez debe valorarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Y que, el principio de inmediatez se cumple también cuando la “situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.”[79]

52. Por lo anterior, la Sala procederá a revocar las sentencias de instancia, por medio de las cuales se declaró improcedente la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social invocados por la accionante. En esa medida, esta Sala tutelaré los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de la accionante y ordenaré a la Nueva EPS que haga entrega de los pañales desechables solicitados por Clara Inés Trillos de Rueda. No se concederá la pretensión de la exoneración de cuotas moderadoras y copagos, dado que no se alegó ni demostró siquiera sumariamente la existencia de una amenaza o vulneración del derecho al mínimo vital.

Expediente T-5311597: Piedad del Socorro Díaz Hernández, actuando como agente oficiosa de Antonia Cecilia Hernández de Díaz, contra Cooperativa de Salud Comunitaria-COMPARTA EPS-S.

53. En el caso de Antonia Cecilia Hernández de Díaz (Q.E.P.D), quien en vida estuvo afiliada al régimen subsidiado de salud y sufría las secuelas de un accidente cerebro vascular (ACV isquémico) y anquilosis poliarticular, que afectaba sus miembros superiores e inferiores, la Sala encuentra que la negativa de COMPARTA EPS-S frente a la solicitud de la

entrega permanente de pañales, ensures, traslado en ambulancia, cama hospitalaria y enfermera en casa las 24 horas carece de valor jurídico por las siguientes razones. La EPS fundó dicha decisión en que los insumos solicitados y el servicio de enfermería y transporte no están incluidos en el POS y no han sido prescritos por un médico. Como se mencionó en las consideraciones de esta sentencia, que reitera jurisprudencia uniforme y pacífica sobre el asunto, en aquellos casos en que la aplicación de la reglamentación del POS represente una amenaza o vulneración frente a los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, dichas normas deben inaplicarse; y, en consecuencia, tiene lugar la aplicación directa de la Constitución.

Corresponde entonces a la Sala analizar si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que fuera procedente el suministro de lo solicitado.

54. De un análisis de los documentos obrantes en el expediente se concluye que la falta de los insumos solicitados (pañales desechables, ensures y cama hospitalaria), así como los servicios de traslado en ambulancia y servicio de enfermería ponían en riesgo los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, debido a que la carencia de los elementos y servicios mencionados implicaban un menoscabo a las mínimas condiciones de vida digna a las que tenía derecho la agenciada. Dado su diagnóstico, Antonia Cecilia Hernández de Díaz era una persona totalmente dependiente de un tercero para realizar sus actividades básicas diarias; y, ella y su agente oficiosa carecen de la capacidad económica para asumir el costo de lo requerido por su propia cuenta. Además, era un sujeto de especial protección constitucional, debido a su condición de adulto mayor, que se encontraba sus condiciones de debilidad manifiesta, debido a su avanzada edad y a su estado de salud.

55. Los elementos y servicios solicitados no son susceptibles de ser sustituidos, pues no existen otros alternativos que presten similar funcionalidad. A esa conclusión también puede llegarse razonablemente de la respuesta de COMPARTA EPS-S, que no realizó consideración alguna sobre mecanismos que pudieran reemplazar los que fueron requeridos por la agente oficiosa ni ofreció alternativas al paciente. Ello a pesar de que la EPS tiene las herramientas científicas y técnicas, de lo que se deduce que no existen opciones de reemplazo para lo pedido.

56. En cuanto al tercer requisito, esto es que los elementos y servicios hayan sido prescritos por el médico tratante, encuentra la Sala que no existe orden médica. No obstante como se expuso en las consideraciones, en jurisprudencia reiterada y uniforme se ha establecido que la inexistencia de orden médica no es un obstáculo para garantizar aquellos elementos o servicios que tienen una relación directa y notoria con la garantía de derechos fundamentales. En seguida se estima si se cumple este requisito para cada uno de los elementos y servicios médicos solicitados.

Con respecto a los pañales, la silla de ruedas y la cama hospitalaria es evidente que son elementos necesarios para contrarrestar la falta de control de esfínteres que padece la paciente y las condiciones de afección de sus miembros superiores e inferiores. Estos elementos buscaban disminuir la incomodidad e intranquilidad que le generaba su situación médica y paliar, de alguna manera, la inmovilidad de sus miembros inferiores y superiores. En cuanto a los ensures, si bien en el expediente existen constancias de las valoraciones médicas a las que ha asistido la paciente, no hay certeza de que ese sea el suplemento nutricional requerido, si necesita de algún suplemento alternativo o, incluso, adicional. De manera que, frente a la solicitud del suplemento nutricional la Corte considera que lo procedente era tutelar el derecho fundamental a la salud en su faceta diagnóstico y ordenar a la EPS que mediante una valoración nutricional establezca cuál es el suplemento requerido por la paciente. Con base en dicha valoración, le correspondía a la EPS entregar las cantidades requeridas en la periodicidad indicada por el médico.

En lo referente al traslado en ambulancia, esta Sala encuentra que era procedente proteger el derecho fundamental a la salud; de manera que, correspondía ordenar a COMPARTA EPS-S que garantice el servicio de transporte en ambulancia cuando la paciente deba asistir a exámenes, citas o tratamientos en una IPS; puesto que, dadas las condiciones de su diagnóstico requería ser movilizada por personal que cuente con la experticia requerida para evitar que se le ocasionen padecimientos adicionales a los que ya sufría; y, así prevenir posibles complicaciones de su estado de salud. Además, dadas las condiciones económicas de su agente oficiosa, quien provee el dinero para la manutención del hogar, se infiere que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar este gasto por su cuenta. Lo anterior con el fin de evitar obstáculos del goce efectivo de su derecho fundamental a la salud, al principio de integralidad que debe guiar las prestaciones del servicio de salud y a su condición de sujeto de especial protección constitucional.

Finalmente, en cuanto al servicio de enfermería, la Corte considera que es una prestación extrahospitalaria que la EPS debía garantizar toda vez que en el caso concreto constituía un medio para asegurar un acceso efectivo al goce del derecho fundamental a la salud. Lo anterior debido a que Antonia Cecilia Hernández de Díaz era dependiente de la atención y cuidado de un tercero para llevar a cabo sus actividades básicas diarias. Dado el delicado estado de salud se requería de personal especializado con el conocimiento suficiente para manejar a pacientes con enfermedades como las que tenía la agenciada en este caso. Si bien es cierto que el deber de cuidado corresponde en un primer momento al núcleo familiar, en desarrollo del principio de solidaridad, también lo es que la agente oficiosa es la que provee los recursos económicos del hogar y que debido a que debía cuidar a su señora madre veía limitada su capacidad económica. Ello ponía en riesgo el derecho al mínimo vital tanto de la agenciada como de la agente oficiosa. Así las cosas, correspondía ordenar que se brinde el servicio de enfermería extrahospitalaria por 12 horas, con miras a que la agente pueda disponer del tiempo para desempeñar una actividad laboral con la que pueda obtener los recursos para la manutención del hogar.

57. Luego de analizar el tercer requisito para valorar si procede el reconocimiento de los insumos y servicios NO POS solicitados, pasa la Sala a determinar la falta de capacidad económica de la agente oficiosa y de la agenciada. En el escrito de acción de tutela la agente afirmó que carece de los medios económicos para sufragar el costo de lo solicitado a la EPS; puesto que, el único ingreso familiar con el que cuentan es el que ella misma puede conseguir, pero dado que debe cuidar a su madre no puede hacer mucho[80]. Se trata entonces de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba; sin embargo, la EPS accionada no intentó siquiera desvirtuar esta afirmación. En ese orden de ideas, se aplican los criterios de presunción de buena fe, la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y el principio pro persona. Así mismo hay lugar a considerar que las personas afiliadas al régimen subsidiado de salud pertenecen a los grupos más pobres y vulnerables de la población, situación que refuerza la presunción de incapacidad económica.

58. Con el análisis previo del cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación, esta Sala concluye que la negativa de COMPARTA EPS-S frente a la solicitud de la entrega permanente de pañales, ensures, traslado en ambulancia, cama hospitalaria y enfermera en casa las 24 horas carece de valor jurídico. De manera

que, COMPARTA EPS-S debía garantizar el acceso a lo solicitado cuando la agenciada estaba viva. Por la razón anterior, y dado que se configura una carencia actual de objeto, esta Sala concluye que el amparo ha debido ser concedido; y, en consecuencia, confirmará la protección al derecho fundamental a la salud en el mismo sentido que el juez de primera instancia y revocará la sentencia segunda instancia proferida por el Juzgado 2 Civil del Circuito de Valledupar.

Expediente T-5323529: Pedro Julián Cufiño López, actuando como agente oficioso de su padre Marco Antonio Cufiño, contra la Nueva EPS.

59. La Sala encuentra que en el caso de Marco Antonio Cufiño es procedente analizar si se cumplen los cuatro requisitos previstos en la jurisprudencia para el reconocimiento del servicio de transporte interurbano que no está incluido en el POS. Lo anterior debido a que padece de una enfermedad renal crónica cuyo tratamiento supone la realización de hemodiálisis tres veces por semana de acuerdo a fórmula médica. Es decir, que debe transportarse frecuentemente, pero dado que el paciente tiene problemas de movilidad, debido a una fractura de cadera requiere del uso diario de una silla de ruedas, requiere ser transportado por personal que cuente con la experticia requerida para evitar que se ocasionen padecimientos adicionales a los que ya sufre; y, así prevenir posibles complicaciones de su estado de salud.

La falta de transporte a la Unidad Renal RTS S.A.S. Agencia Navarra, localizada en la Autopista Norte 106-30 piso 2, representa un riesgo para sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, dado que el paciente requiere del tratamiento de hemodiálisis diagnosticado, pero dadas las condiciones del agenciado representa un riesgo para su salud el transporte en servicio público colectivo, debido a que se encuentra en silla de ruedas; y, la movilización en taxi tres veces a la semana implica un alto costo económico. Vale la pena recordar, que Marco Antonio Cufiño tiene 70 años de edad y está afiliado, mediante régimen contributivo, a la NUEVA EPS, padece de una enfermedad renal crónica, por lo que se encuentra en tratamiento de hemodiálisis desde hace más de 5 años. También asiste a controles frecuentes de diabetes; y, tiene una movilidad limitada debido al trasplante de cadera que le realizaron el 1 de septiembre de 2015.

En el caso concreto de Marco Antonio Cufiño, concluye la Sala que el tratamiento de

hemodiálisis es imprescindible para asegurar su derecho fundamental a la salud; y, en ese sentido de no llevarse a cabo se pone en riesgo su salud y vida digna.

Adicionalmente, es de relevancia que el paciente sea un sujeto de especial protección constitucional dada su avanzada edad. “En este punto, se debe recordar que el reconocimiento por parte de la Corte del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, implica el deber de brindar la atención completa, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social.”[81]

60. Finalmente, en lo relacionado con la incapacidad económica del paciente y de su familia, debe considerarse lo siguiente. Si bien el Marco Antonio Cufiño cuenta con un IBC de \$2.101.000, conforme a la respuesta de la Nueva EPS, criterio que fue acogido por el juez de única instancia, esta Sala concluye la falta de capacidad económica del peticionario y de su familia para costear el servicio requerido por las siguientes razones: (i) se presumen ciertas las afirmaciones realizadas por el agente oficioso, quien sostuvo que carecen de los recursos económicos para costear un transporte que no ponga en riesgo la salud de su padre, (ii) se presume la buena fe del accionante y (iii) se aplica el principio de veracidad dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Así mismo, es necesario reiterar que la valoración de la capacidad económica debe ser cualitativa y no cuantitativa; de manera que, se debe analizar el concreto. En consecuencia, el IBC referido por la EPS no basta para demostrar que el agenciado cuenta con la capacidad económica suficiente para asumir el costo del transporte por su propia cuenta. De manera que ante la falta de certeza sobre este requisito tiene aplicación el principio pro persona y la Sala adoptará la decisión que resulte más favorable para la garantía efectiva de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

61. Por lo anterior, la Sala revocará el fallo de única instancia y tutelaré los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social; y, ordenaré a la Nueva EPS que disponga del servicio de transporte prescrito por orden médica para que Marco Antonio Cufiño asista tres veces por semana a la realización de hemodiálisis.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo de tutela de única instancia del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, que mediante sentencia del 9 de septiembre de 2015, negó el amparo solicitado, y en su lugar conceder la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de José Calderón Betancourt. En consecuencia, ordenar a la Nueva EPS que en un término de 48 horas a partir de la notificación de esta decisión haga la entrega mensual de los pañales desechables que requiere el paciente.

Segundo.- Revocar las sentencias del 27 de Julio de 2015 del Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y del 28 de septiembre de 2015 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que declararon improcedente la acción de tutela, y en su lugar conceder la pretensión respecto de la entrega mensual de los pañales desechables que requiere el paciente en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de Clara Inés Trillos de Rueda; y, denegar la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos solicitada por la accionante. En consecuencia, ordenar a la Nueva EPS que en un término de 48 horas a partir de la notificación de esta decisión haga la entrega mensual de los pañales desechables conforme a la fórmula médica del 29 de abril de 2015, que dispuso el suministro de 3 pañales al día, 90 para el mes y 270 para 3 meses. La Nueva EPS está en obligación de garantizar el suministro de los pañales por el tiempo que sea requerido con necesidad por la paciente

Tercero.- Confirmar la sentencia del 16 de Junio de 2015 de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad de Valledupar. Revocar la sentencia segunda instancia proferida por el Juzgado 2 Civil del Circuito de Valledupar. Declarar la carencia actual de objeto en la acción de tutela interpuesta por Antonia Cecilia Hernández de Díaz en contra de COMPARTA EPS-S, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia,

conceder la acción de tutela interpuesta en contra de COMPARTA EPS-S.

Cuarto.- Revocar la sentencia del 12 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en la que se negó la protección solicitada en única instancia, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social de Marco Antonio Cufiño. En consecuencia ordenar a la NUEVA EPS que en un término de 48 horas a partir de la notificación de esta decisión disponga del servicio de transporte prescrito por orden médica para que Marco Antonio Cufiño asista tres veces por semana a la realización de hemodiálisis.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1997.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Expediente T-5296871, Acción de Tutela, Folio N° 1.

[2] Expediente T-5296871, Acción de Tutela, Folio N° 1.

[3] Expediente T-5297060, Fórmula médica, Folio N° 6.

[4] Expediente T-5297060, Solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del P.O.S.", Folio N° 8.

[5] Expediente T-5297060, Concepto Comité Técnico Científico, Folio N° 5.

[6] Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-178 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[8] Expediente T-5311597, Acción de Tutela, Folio N° 2.

[9] Expediente T-5311597, Sentencia Acción de Tutela, Folio N° 73.

[10] Expediente T-5323529, Solicitud de exámenes de laboratorio. Estudio Radiología y Procedimientos, Folio N° 22.

[11] Expediente T-5323529, Radicación de solicitud de servicios, Folios N° 13 y 14.

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-313 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

[13] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[14] El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo es resultado de una evolución jurisprudencial, la observancia de la doctrina y de los instrumentos internacionales relacionados con la materia. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-165 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-705 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-073 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-762 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre muchas otras.

[15] SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-236 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz; T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-069 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-692 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-802 de 2014; Jorge Iván Palacio Palacio; T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica; Sentencia T-233 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[16] Corte Constitucional, Sentencias T-1028 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto y T-187 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

[17] En este sentido se pronunció esta Corporación en la sentencia T-545 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

[19] https://wssisbenconsulta.sisben.gov.co/dnp_sisbenconsulta/dnp_sisben_consulta.aspx

[20] <http://www.fosyga.gov.co/Aplicaciones/InternetBDUA/Pages/RespuestaConsulta.aspx>

[21] La carencia actual de objeto se da “cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con el amparo constitucional, y en consecuencia, ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es la reparación del daño originado en la vulneración del derecho” Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[22] “[S]e presenta un hecho superado cuando los actos que amenazan o vulneran el derecho fundamental desaparecen, al quedar satisfecha la pretensión de la acción de tutela, lo que conlleva a que ya no exista un riesgo; por tanto la orden a impartir por parte del juez constitucional, en principio, pierde su razón de ser, porque no hay perjuicio que evitar.” Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[23] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[26] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[27] “Esta Corporación ha reiterado que si la consumación del daño ocurre durante el trámite de la acción resulta imperioso que tanto los jueces de instancia como la propia Corte Constitucional, en sede de revisión, se pronuncien sobre la vulneración acaecida y el

alcance de los derechos fundamentales lesionados. Lo anterior, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para evitar que situaciones similares se produzcan en el futuro y para proteger la dimensión objetiva de los derechos que se desconocieron. Esto último, con el propósito de defender la efectividad de las garantías fundamentales como expresión del sistema de valores y principios que nutren el ordenamiento jurídico.” Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[28] Entre la jurisprudencia constitucional que ha inaplicado la reglamentación del POS por considerarla como una amenaza a derechos fundamentales se cuentan las sentencias: SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-236 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz; T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-409 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-406 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-069 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-692 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-802 de 2014; Jorge Iván Palacio Palacio; T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica; T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[29] Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

[30] Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. En reiteración de las sentencias T-454 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-566 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-022 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-091 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-481 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, T-842 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-594 de 2013.

[31] En la Sentencia T-565 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional decidió el caso de una mujer de 76 años de edad y de escasos recursos a quien, a pesar de padecer demencia senil e incontinencia urinaria, le fue negado el suministro de pañales por su E.P.S. En esa oportunidad estableció que “la negativa de la entidad accionada afecta la dignidad de la persona en uno de sus aspectos más íntimos y privados e impide la convivencia normal con sus congéneres, lo cual puede llevarla al aislamiento”. Así mismo, esta Corporación al estudiar el caso de un adulto mayor con párkinson de rigidez a quien su E.P.S. había negado el suministro de pañales, concluyó que “la negación de este producto

afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que existe una relación directa entre la dolencia, es decir, la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir, que se puede inferir razonadamente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”.

[32] Sentencia T-110 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Este criterio fue reiterado en la sentencia T-619 de 2014 Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

[33] Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[34] Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[37] Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; Dichos requisitos jurisprudenciales han sido ponderados por esta Corporación en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz., T-283 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-406 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1325 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-760 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda; T-017 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas T-054 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-160 de 2014; Nilson Pinilla Pinilla; T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; entre otras.

[38] Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

[39] Corte Constitucional, Sentencia T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Esta subregla fue reiterada por en la Sentencia T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-447 de 2002 y T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[40] Corte Constitucional, Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Estos criterios fueron reiterados en las sentencias T-594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

[41] Sobre las negaciones indefinidas, esta Corporación en sentencia del T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1153 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1167 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-965 de 200, M.P. clara Inés Vargas Hernández.

[42] Corte Constitucional, T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[43] Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[44] Corte Constitucional, Sentencia T-545 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa. Al respecto se dijo: “Además, hay que agregar que, frente a este última condición, la Corporación ha señalado que si no existe prueba al menos sumaria de la incapacidad económica del usuario para sufragar el servicio, en sede de tutela el juez constitucional puede dar aplicación a la presunción de veracidad que contempla el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” cuando la parte demandada guarda silencio o no controvierte las afirmaciones de la parte interesada en relación con los obstáculos suyos o de las personas de quien depende, que le impiden sufragar el servicio médico solicitado. El principio de veracidad cobra especial importancia en controversias que involucren la satisfacción del derecho fundamental a la salud, dado que por su misma naturaleza y su estrecha relación con el derecho fundamental a la vida, se requiere actuar con mayor celeridad para ofrecer una protección oportuna y evitar consecuencias adversas sobre el bienestar del afectado. En este mismo sentido se pronunció la sentencia T-782 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[45] Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En materia de salud se ha aplicado este principio en las sentencias: T-037 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda; T-308 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-945 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[48] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En

esta misma línea argumentativa se pronunció esta Corporación en las sentencias T-017 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas; T-781 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-160 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[49] Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en las sentencias: T-271 de 1995 y SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-344 de 2002 y T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-184 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-023 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y, T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[50] La flexibilización de la regla general mencionada en los numerales uno (i) y dos (ii) fueron expuestos en la sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. En esa ocasión se afirmó que se debe “(i) conceder directamente la prestación, si las circunstancias del caso demuestran que es imprescindible para asegurar la eficacia de la dignidad humana; o bien, (ii) ordenar la valoración médica del paciente para que los médicos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad de un servicio, y la forma en que debe prestarse”. Estas fueron reiteración de las sentencias T-739 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, T-320 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y, T-841 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, en las que la Corte ordenó a la EPS que valore al paciente para tomar una determinación sobre su condición; ya que no está dado alegar la inexistencia de prescripción médica para negar el servicio.

[51] Corte Constitucional, Sentencia T-565 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[52] Corte Constitucional, Sentencia T-899 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[53] Corte Constitucional, Sentencia T-023 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. Estas reglas fueron acogidas y reiteradas en la sentencia T-554 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[54] Corte Constitucional, Sentencia T-692 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[55] Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[56] Corte Constitucional, Sentencia T- 692 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[57] Corte Constitucional, Sentencia T- 383 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[58] Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[59] Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[60] Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[61] Al respecto por ejemplo:

T-233 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T- 110 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T- 613 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T- 023 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T- 039 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T- 243 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T- 594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-160 de 2014, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla; T-249 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-056 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[62] Corte Constitucional, Sentencia T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[63] Corte Constitucional, Sentencia T-612 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[64] Corte Constitucional, Sentencia T-614 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[65] Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[66] Corte Constitucional, Sentencia T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[67] Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2015. En este mismo sentido también se expresó la Corte en las sentencias T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-481 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, T-155 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[68] Corte Constitucional, T-1158 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en Corte Constitucional, Sentencia Sentencia T-481 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-859 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-012 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[69] La sentencia T-481 de 2011: “[S]e ocupó del caso de una mujer de cincuenta y cuatro (54) años que, a raíz de su obesidad y acumulación de grasa en las piernas, no podía desplazarse por sí misma hasta un centro médico ubicado en su municipio de residencia. Esto impedía que su enfermedad fuera valorada y diagnosticada. A pesar de que su médico tratante no ordenó el servicio de transporte, esta Corporación tuteló su derecho fundamental a la salud. De esta manera, le ordenó a la EPS a sufragar los gastos respectivos, dado que ni la paciente ni su familia tenían los recursos necesarios para tal efecto y el servicio médico era requerido con urgencia.” Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sentencia T-481 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa

[72] Expediente T-5296871, Acción de Tutela, Folio N° 1

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[74] Expediente T-5297060, Fórmula médica, Folio N° 6.

[75] Expediente T-5297060, Fórmula médica, Folio N° 6.

[76] Expediente T-5297060, Apelación Acción de Tutela, Folio 43.

[77] Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[78] Expediente T-5297060, Sentencia segunda instancia, 28 de septiembre de 2015, Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Folio 13 Cuaderno N° 2.

[79] Corte Constitucional, Sentencias T-1028 de 2010 y T-187 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

[80] Expediente T-5311597, Acción de Tutela, Folio N° 2.

[81] Corte Constitucional, Sentencia T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[82] Expediente T-5323529, Solicitud de exámenes de laboratorio. Estudio Radiología y Procedimientos, Folio N° 22.