

Sentencia T-200/16

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

SUMINISTRO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN POS-Procedencia excepcional de la tutela

La Sala considera que en los asuntos relativos a las reclamaciones de insumos servicios o medicamentos no incluidos en el POS, a pesar de existir mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de los afiliados, deberán revisarse las circunstancias concretas del accionante en cuanto al grado de necesidad de la prestación asistencial que solicita, las repercusiones de una eventual autorización tardía y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

DERECHO A LA SALUD-Reglas y subreglas fijadas por la jurisprudencia para suministro de medicamentos excluidos del POS

i) La vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal; (ii) la imposibilidad de sustitución del insumo, medicamento o servicio por un que sí esté incluido en el POS; (iii) la insuficiencia de recursos económicos del afiliado y sus familiares y; (iv) la autorización por parte de un médico adscrito a la EPS.

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSIQUICA, FISICA O SENSORIAL Y PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Autorización de medicamentos, servicios e insumos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD-El deber de solidaridad y de asumir cargas soportables

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

La Sala observa que si bien se ha establecido como regla general para la autorización de prestaciones no incluidas en el POS el que estas hayan sido ordenadas por un médico tratante adscrito a la EPS, la jurisprudencia constitucional le ha dado validez a los conceptos de los médicos particulares poniendo en cabeza de las entidades la carga de desacreditar, por medio de argumentos técnicos y científicos, estas valoraciones por lo que se puede decir que estos conceptos externos gozan de una presunción de validez que llevaría al juez constitucional determinar que los tratamientos, insumos o medicamentos en ellos ordenados son necesarios para garantizar los derechos a la salud y a la vida digna de los afiliados.

PRESUNCION DE INCAPACIDAD ECONOMICA FRENTE A PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN INSCRITAS EN EL SISBEN

Este Tribunal ha considerado que existe ausencia de capacidad económica cuando quienes reclaman el amparo respecto de prestaciones excluidas del catálogo de servicios se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud y han sido encuestadas por el SISBEN, ello por tratarse de un grupo poblacional en condiciones de pobreza que los hace más vulnerables en comparación con el resto de la población.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS autorizar suministro diario de pañales

Referencia: expedientes T-5358602 y T-5382841.

Acciones de tutela interpuestas por Rosa Helena Barrera Ferrucho contra Capital Salud EPS-S (expediente T-5358602) y Rosa Maritza Moreno contra del Instituto Departamental de Salud de Nariño y la Nueva EPS (expediente T-5382841).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciséis (2016).

I. SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en primera instancia por (i) el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá y en segunda instancia por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por Rosa Helena Barrera Ferrucho en contra de Capital Salud EPS-S (T-5358602) y (ii) el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya, Nariño, dentro de la acción de tutela promovida por Rosa Maritza Moreno contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño y la Nueva EPS que no fue impugnado (T-5382841).

Los respectivos expedientes llegaron a la Corte Constitucional por remisión que efectuaron los citados despachos en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2 de la Constitución, 31 y 32 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

La Sala Número Dos de Selección de la Corte, en auto del 26 de febrero de 2016, seleccionó para efectos de su revisión los expedientes T-5358602 y T-5382841, disponiendo en su numeral octavo acumularlos por presentar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES.

1. Expediente T-5358602

Caso: Rosa Helena Barrera Ferrucho contra Capital Salud EPS-S.

La señora Rosa Helena Barrera Ferrucho, actuando como agente oficiosa de Yaneth Barrera Ferrucho, interpuso acción de tutela en contra de Capital Salud EPS-S para que se protegieran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud de su agenciada.

1.1. Hechos relevantes.

1.1.1. La agente refirió que su hermana tiene 47 años, se encuentra afiliada a Capital Salud EPS-S y está clasificada en el nivel 1 del Sisben.

1.1.2. Indicó que a su agenciada le diagnosticaron, desde que tenía 4 años de edad,

“retraso mental severo, parálisis cerebral secundario a meningitis en la infancia, discapacidad física y mental grave, severa, permanente, absoluta e irreversible mayor del 90%, incontinencia urinaria y fecal”[1] y como consecuencia, el médico tratante le ordenó el uso de 5 pañales diarios.

1.1.3. Manifestó que el 6 de agosto de 2015, en uso del derecho de petición, solicitó a Capital Salud EPS-S el suministro de los pañales para su hermana a lo que la accionada se negó mediante comunicación del 19 de agosto de 2015 argumentando que tales insumos están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (en adelante, “POS”).

1.2. Solicitud de Tutela.

La actora reclama la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a la salud de Yaneth Barrera Ferrucho y que en consecuencia se ordene a Capital Salud EPS-S el suministro de cinco pañales diarios para su agenciada y que se garantice el tratamiento integral teniendo en cuenta lo diagnosticado.

Trámite procesal a partir de la acción de tutela.

Mediante Auto del 8 de octubre de 2015, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá avocó el conocimiento de la acción y ofició a Capital Salud EPS-S para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela.

1.3. Respuestas de las partes accionadas.

1.3.1. Capital Salud EPS-S manifestó que todos los servicios ordenados por los médicos de la entidad han sido debidamente autorizados. Se opuso a las pretensiones argumentando que no existía orden alguna de los médicos tratantes para el suministro de pañales y que en caso de ordenarse la entrega su costo debería ser asumido por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

En cuanto a lo primero indicó que los insumos requeridos no se soportaban en una orden médica, sino en “requerimientos subjetivos determinados por el parecer de la accionante, y que carecen de soporte de solicitud y prescripción a través de profesional de salud”. Aseguró que luego de haber revisado sus bases de datos y los documentos anexados, no se evidenciaron órdenes médicas que dieran cuenta de la necesidad de pañales desechables.

Señaló que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, los pañales desechables se encuentran excluidos del POS y que en caso de ser autorizados el suministro o pago de los mismos debe estar a cargo de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, D.C.:

“Como podemos observar, dicho (sic) suministros son servicios NO POS-S, por lo que su autorización debe ser asumida por el ENTE TERRITORIAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD dentro de las IPS de su red adscrita, de conformidad con lo establecido en la resolución 5334 de 2008 por el entonces Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, la cual establece que es el Ente Territorial la entidad directamente responsable de la prestación de los procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que se encuentren excluidos del POS-S a través de las IPS de su red contratada”[2].

Finalmente, frente a la pretensión de la agente oficiosa de que a futuro se otorgue la atención integral en salud que requiera la agenciada, respondió que no era posible acceder a esta solicitud toda vez que se trata de un hecho futuro e incierto.

1.4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia.

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2015 concedió el amparo solicitado por considerar que se acreditó la orden médica que prescribió el uso de pañales para la agenciada. Asimismo, determinó que aun cuando esta no existiera, la necesidad del suministro era evidente por la precariedad del estado de salud y la complejidad del diagnóstico dado a Yaneth Barrera Ferrucho.

Ante el hecho de que los insumos solicitados se encuentran expresamente excluidos del POS, el juez manifestó que tal circunstancia no podía constituirse en un obstáculo para la garantía de los derechos fundamentales de la agenciada, quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud.

En relación con la réplica de Capital Salud EPS-S según la cual la autorización, suministro y pago de los pañales le correspondía a la Secretaría Distrital de Salud, el despacho consideró que tal situación no podía constituir un obstáculo para el suministro del insumo solicitado por lo que tal obligación debía ser asumida por la accionada sin que ello le impidiera el posterior recobro a que hubiere lugar.

Finalmente, el juez de tutela concedió el amparo respecto de la pretensión de prestación de tratamiento integral a futuro al señalar: “[D]e igual forma, con miras a garantizar la continuidad en la prestación del servicio médico que necesita, se otorgará el tratamiento integral que le sea dispuesto para el manejo de sus patologías, las que fueron reseñadas en los hechos de la presente acción de tutela, todo ello por supuesto, de acuerdo a los términos y condiciones dispuestas por los galenos tratantes”[3].

Impugnación.

Capital Salud EPS-S impugnó la sentencia argumentando que al ser los pañales un insumo no incluido en POS-S, su autorización, trámite y financiación estarían a cargo de la Secretaría Distrital de Salud o en su defecto de la Secretaría de Integración Social, ambas de la ciudad de Bogotá.

En relación con la orden dada por el juez de tutela de dar tratamiento integral a la agenciada, Capital Salud EPS-S citó la Sentencia T-424 de 2011 según la cual la tutela debe ser negada por carencia actual de objeto cuando la misma es instaurada de manera preventiva para evitar la ocurrencia de unos hechos que no se han configurado de manera cierta y probada[4]:

Segunda instancia.

El Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2015 revocó la providencia impugnada y ordenó a Capital Salud EPS-S que en el término de 48 horas a partir de la notificación del fallo practicase a Yaneth Barrera Ferrucho un examen médico a fin de verificar sus condiciones de salud y la necesidad del suministro de pañales.

El despacho determinó que para la entrega de los pañales era necesario que los mismos

hubiesen sido ordenados por un médico adscrito a la EPS-S, lo que no sucedió en el caso concreto puesto que la orden médica aportada al expediente provenía de un médico particular[5].

1.5. Pruebas que obran en el expediente:

- Copia de la cédula de ciudadanía de Yaneth Barrera Ferrucho
- Copia de la cédula de ciudadanía de Rosa Helena Barrera Ferrucho
- Copia del carné de afiliación de Yaneth Barrera Ferrucho a Capital Salud EPS-S donde se da cuenta de la calificación 1 en el SISBEN de la afiliada.
- Solicitud realizada a Capital Salud EPS-S por Helena Barrera Ferrucho en representación de Yaneth Barrera Ferrucho para la autorización y suministro de pañales en favor de esta última.[6]
- Respuesta presentada por Capital Salud EPS-S a la solicitud elevada por Rosa Helena Barrera Ferrucho en uso del derecho de petición donde esta entidad niega la autorización de los pañales requeridos.[7]
- Historia clínica de Yaneth Barrera Ferrucho elaborada por el doctor Roger Gutiérrez, médico cirujano independiente, con fecha del 1 de octubre de 2015.[8]
- Historia clínica de Yaneth Barrera Ferrucho emitida por el doctor Daniel Hedmont, médico neurólogo del Hospital Occidente de Kennedy, con fecha del 09 de mayo de 2015.[9]

2. Expediente T-5382841

Caso: Rosa Maritza Moreno contra Nueva EPS e Instituto Departamental de Salud de Nariño.

La señora Rosa Maritza Moreno, actuando como agente oficiosa de su tío, el señor Secundino Zambrano Zambrano, interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS y el Instituto Departamental de Salud de Nariño para que se protegieran los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas de su

agenciado.

2.1. Hechos relevantes.

2.1.1. La agente oficiosa refirió que el señor Zambrano tiene 87 años de edad y se encuentra afiliado a la Nueva EPS en el régimen contributivo.

2.1.2. Sostuvo que por la edad y las complicaciones de salud de su agenciado, a este no le es posible controlar sus esfínteres por lo que es necesario el uso constante de pañales, siendo la señora Moreno la única persona encargada de velar por el cuidado y la salud de su tío.

2.1.3. Finalmente, agregó que el señor Zambrano “recibe una pensión de donde paga comida, lavado, arreglo de ropa, droga y cuidados personales y que ya por su avanzada edad no realiza ningún oficio, por lo cual no le alcanza para cubrir los gastos de los pañales desechables”. [10] y que ante esta situación, ella se ha visto en la necesidad de pedir préstamos a amigos y familiares para comprar los pañales.

2.2. Solicitud de Tutela.

Mediante acción de tutela la actora reclama la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas de su agenciado. En consecuencia, solicita que se ordene al Director del Instituto Departamental de Salud de Nariño y a la Nueva EPS o a quien corresponda que en el término de 48 horas autoricen y garanticen el suministro de pañales desechables para el señor Secundino Zambrano Zambrano en la cantidad y periodicidad ordenada por el médico tratante.

2.3. Trámite procesal a partir de la acción de tutela.

Mediante Auto del 6 de agosto 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya, Nariño, avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó de manera oficiosa la declaración de Rosa Maritza Moreno con el fin de ampliar los hechos señalados en su escrito y citó a David Rosero, médico adscrito al centro de salud de Ancuya, para rendir declaración ante el juzgado.

2.4. Respuestas de las partes accionadas.

Tanto la Nueva EPS como el Instituto Departamental de Salud de Nariño guardaron silencio sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

2.5. Decisión objeto de revisión constitucional.

Única instancia.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya, Nariño, mediante sentencia del 21 de agosto de 2015, negó la protección invocada al considerar que de los hechos narrados por la agente oficiosa, se podía extraer que el agenciado cuenta con los recursos suficientes para asumir por sí mismo el pago de los pañales requeridos:

“(…) [S]e puede extraer, con simple matemática, que si el agenciado recibe \$615.834 de prestación pensional, a la cual le restamos \$120.000 de comida, \$180.000 por cuidado, \$125.000 en pañales, y otro tanto en lavado de ropa y elementos de aseo personal, pragmáticamente se podría afirmar que al agenciado le queda un restante mensual con posibilidad de ahorro, como se manifiesta por parte de la agente oficiosa, misma que administra el pago pensional del agenciado”. [11]

Y agregó:

“Por lo anterior, teniendo en cuenta que las especiales condiciones del adulto mayor como una persona que cuenta con los recursos para proveerse las condiciones necesarias para afrontar su patología, el Despacho encuentra que no se ha vulnerado derecho alguno por parte de las entidades accionadas”. [12]

La decisión no fue impugnada.

2.6. Pruebas que obran en el expediente.

- Fotocopia de valoración médica con fecha del 8 de agosto de 2015, emitida por el doctor David Rosero del Centro de Salud de Ancuya donde se especifica como tratamiento para el señor Secundino Zambrano el uso de “pañales desechables 3 veces al día” [13].
- Fotocopia de la cédula de la accionante en calidad de agente oficiosa, la señora Rosa Maritza Moreno.

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Secundino Zambrano Zambrano con fecha de nacimiento el 8 de febrero de 1928.

- Declaración judicial rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya el día 12 de agosto de 2015 por parte de Ernesto David Rosero Benítez, médico adscrito al centro de salud del mencionado municipio, donde refiere que fue el quien transcribió la historia clínica del agenciado y manifiesta que en esta se evidencia que el mismo tiene antecedentes de incontinencia urinaria y dolor articular. El doctor refiere que el señor Zambrano padece de osteoartritis e incontinencia urinaria por lo que prescribe diclofenalco en tabletas de 50 miligramos, carbonato de calcio, vitamina B y el uso de pañales tres veces al día.

- Interrogatorio realizado a Rosa Maritza Moreno el día 12 de agosto de 2015 mediante la cual esta amplía la declaración realizada en el escrito de tutela. En dicha ocasión, la agente oficiosa se refirió a los gastos de su agenciado señalando que: “Él se mantiene de una pensión que le da Colpensiones ya que él trabajó en el Valle del Cauca como cortador de caña, el gana seiscientos quince mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$615.834), el dinero lo administro yo (...) actualmente yo le doy la comida (tres al día) y le cobro ciento veinte mil pesos (\$120.000) por comida y por cuidarlo ciento ochenta mil pesos (\$180.000), ósea, en el mes me paga trescientos mil pesos (\$300.000). El resto del dinero de allí le compro los pañales desechables y los utensilios de aseo como habón, máquina de afeitar, etc. y si le sobra le ahorro algo y le pago a la señora que lava la ropa, según lo que ella lave le pago entre doce mil a quince mil pesos (\$12.000 - \$15.000) y le pago la carrera cuando viene a recibir el pago de la pensión, es decir, el transporte de la vereda Casa Vieja hasta el caso urbano de Ancuya. En pañales se compran cuatro a cinco pacas en el mes, cada paca está a veinticinco mil pesos (\$25.000)”[14].

- Declaración judicial de María Arcelia Narváez Delgado, vecina del agenciado en la vereda Casa Vieja del Municipio de Ancuya, donde refiere (i) que el señor Zambrano necesita asistencia permanente como consecuencia de su estado de salud que le impide valerse por sí mismo (ii) que este vive solo y es asistido por su sobrina, la señora Rosa Maritza Moreno, quien vive en una casa contigua a la de él y (iii) que el señor Zambrano recibe una pensión de seiscientos quince mil pesos (\$ 615.000) mensuales.

- Declaración judicial rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya el día 12 de

agosto de 2015 por parte de Magola Etelbina Zambrano, sobrina y vecina del agenciado en la vereda Casa Vieja del Municipio de Ancuya, donde refiere las mismas circunstancias mencionadas por María Arcelia Narváez agregando que la casa donde vive el señor Zambrano no es de propiedad de este.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN.

En referencia al expediente T-5358602, teniendo en cuenta que en la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá se ordenó la práctica de un examen médico a la agenciada por cuenta de Capital Salud EPS-S, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 5 de abril de 2016, ordenó la presentación de los resultados de dicha valoración en los siguientes términos:

“Segundo.- ORDENAR a Capital Salud EPS-S, que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, practique a Yaneth Barrera Ferrucho, si aún no lo ha hecho, el examen médico ordenado por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia del 2 de diciembre de 2015 para determinar las condiciones de salud de la agenciada y la necesidad del uso de pañales por parte de esta y aporte en el término señalado la histórica clínica de la accionada correspondiente a dicho análisis”.

Vencido el término correspondiente, no se allegó la información solicitada en la orden segunda. Por otro lado, con el fin de integrar el contradictorio en debida forma y dar a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá la oportunidad de pronunciarse, el Magistrado Sustanciador resolvió vincularla al proceso en el mismo auto por el cual se ordenaron las pruebas mencionadas.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá respondió que al estar los pañales excluidos del POS, por ser elementos de higiene personal, su entrega no era responsabilidad de las partes vinculadas al proceso. Luego de referirse al modelo de cobro de medicamentos, servicios e insumos no incluidos en este catálogo mediante la Resolución de 1016 de 2015 expedida por dicha entidad. Solicitó la declaratoria de falta de legitimación por pasiva en atención a que a los entes territoriales les prohibida la prestación directa de servicios asistenciales en salud en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.1. Aspectos comunes y diferencias.

En ambos casos, las agentes oficiosas manifiestan que sus agenciados requieren el uso de un número determinado de pañales desechables para adulto con fundamento en las recomendaciones formuladas por los médicos tratantes, quienes a su vez no se encuentran adscritos a las Entidades Promotoras de Salud respecto de las cuales las accionantes solicitan su entrega. Asimismo, manifiestan que ni ellas ni las personas para quienes reclaman estos insumos cuentan con los recursos suficientes para sufragar el costo de los pañales.

2.2. T-5358602

En el caso de Rosa Helena Barrera Ferrucho contra Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, corresponde a la Sala establecer si las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y los entes territoriales ¿Violan los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de una de sus afiliadas que se encuentra en estado grave de discapacidad mental cuando niegan el suministro de los insumos no incluidos en el POS que le fueron prescritos por un médico tratante no adscrito a la EPS-S a pesar de que la actora aduce que ni ella ni su agenciada cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragarlos?

2.3. T-5382841

Por otro lado, teniendo en cuenta las particularidades del caso de Rosa Mariza Moreno contra la Nueva EPS y el Instituto Departamental de Salud de Nariño, debe determinar la Sala si las Entidades Promotoras de Salud del Régimen

Contributivo y los entes territoriales ¿Violan los derechos a la salud, a la vida digna y a la

seguridad social de uno de sus afiliados de la tercera edad (87 años) cuando niegan el suministro de los insumos no incluidos en el POS que le fueron prescritos por un médico tratante no adscrito a la EPS a pesar de que la actora aduce que ni ella ni su agenciado cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragarlos?

2.4. Metodología.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala entrará a revisar: (i) La legitimación en la causa en los casos de agencia oficiosa y cuando la tutela es interpuesta contra particulares encargados de la prestación de un servicio público; (ii) las reglas jurisprudenciales para la autorización de insumos, medicamentos y servicios no incluidos en el POS; y (iii) se revisarán los casos concretos.

3. La procedencia de la acción de tutela para la solicitud de insumos y medicamentos no incluidos en el POS. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La Legitimación por activa en los casos de agencia oficiosa.

Según reza el artículo 86 de la Constitución, “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (negritas fuera del texto). En este sentido, no es imprescindible que quien interpone el recurso sea la persona presuntamente afectada en sus derechos fundamentales sino que esta puede ser representada por un tercero. Asimismo, no siempre es necesario que para esta representación exista un consentimiento expreso y escrito del afectado. En efecto, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone que “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

La posibilidad de interposición del recurso de amparo por medio de agente oficioso se explica por el hecho de que todas las personas tienen la garantía de protección de sus derechos fundamentales aun cuando no se encuentren en capacidad de buscar su resguardo por sus propios medios. Cuando una persona no es capaz de promover la

salvaguarda de sus intereses más fundamentales, es evidente que sus condiciones son cuando menos precarias respecto del resto de la población y por tal motivo merece que el ordenamiento jurídico le proporcione los mecanismos procesales para que su impedimento no se convierta en un obstáculo insalvable, que lo deje desprotegido ante las eventuales acciones u omisiones de las autoridades y los particulares en contra de sus derechos. Este Tribunal manifestó:

“La validez de la agencia oficiosa se fundamenta en tres principios constitucionales: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales, con el fin de realizar efectivamente este tipo de derechos; (ii) prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; que impide, que por circunstancias meramente procedimentales, se vulnere los derechos fundamentales; y finalmente (iii) el principio de solidaridad, que obliga a la sociedad a velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa[15]”[16]

La Corte ha manifestado en repetidas ocasiones, que para que se entienda legitimado para actuar el agente oficioso, es necesario que este manifieste de forma expresa que actúa en tal condición y que se demuestre que el agenciado se encuentra imposibilitado para buscar la garantía de sus propios derechos. Esta situación puede obedecer a la propia incapacidad física o mental del afectado o a la presencia de un obstáculo insuperable para promover la tutela. Para tal efecto, el juez constitucional deberá aceptar la agencia oficiosa siempre que en el caso concreto se evidencie que el titular está impedido para actuar por sí mismo, teniendo en cuenta el relato de los hechos realizado por el agente oficioso[17].

Por otra parte, la Sala considera que en la apreciación de las circunstancias del caso concreto, el juez de tutela debe tener en cuenta la existencia de vínculos familiares entre agenciado y agente por cuanto ante la imposibilidad del primero de valerse por sí mismo para buscar la garantía de sus propios derechos, es la familia la primera institución llamada a salvaguardar los intereses de quien no está en condiciones de acudir a la justicia. Lo anterior, no significa que quienes no sean familiares carezcan de legitimidad para representar a un tercero por medio de la institución de la agencia oficiosa ya que como miembros de la sociedad también están obligados por el principio de solidaridad pero sí se quiere advertir que son los familiares quienes tienden a conocer con mayor detalle los

problemas y necesidades de sus parientes.

3.2. La legitimación pasiva contra particulares que prestan el servicio público de salud.

Aun cuando la acción de tutela está establecida para proteger los derechos de los ciudadanos contra las acciones u omisiones de las autoridades, se tiene que el ordenamiento jurídico ha dispuesto la posibilidad excepcional de que este amparo sea dirigido en contra de personas naturales o jurídicas de carácter privado, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86[18] de la Constitución y en el Capítulo III del Decreto Estatutario 2591 de 1991 que dispone en su artículo 2 que esta acción procederá contra particulares “Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este (sic) encargado de la prestación del servicio público de salud (...)”[19]. En este orden de ideas, se tiene que cuando una persona considere que una entidad de carácter privado encargada de la prestación del servicio público está violentando o poniendo en riesgo sus derechos fundamentales, esta podrá reclamar la protección de los mismos ante la jurisdicción constitucional.

3.3. Procedencia de la acción de tutela en la reclamación de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Al ser un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales, la tutela no es procedente por regla general cuando existe para el accionante la posibilidad de hacer valer sus pretensiones por otros mecanismos de defensa judiciales. En todo caso, esta regla no es absoluta y en virtud de lo dispuesto en el artículo 86[20] de la Constitución, el recurso de amparo puede ser conocido por la jurisdicción constitucional cuando aun existiendo mecanismos judiciales ordinarios, se esté ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, constituyéndose la tutela en un medio para evitar su consumación.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 desarrolla esta excepción en su numeral 1º al disponer que la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se

encuentra el solicitante”.

Siguiendo este mandato de apreciación concreta de los mecanismos ordinarios, la Sala observa que la Ley 1122 de 2007[21], en su artículo 41, le asigna funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud “con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud” y le confiere la facultad de conocer y fallar en derecho los asuntos relacionados con “las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”[22]. En otras palabras cuando los insumos, servicios o medicamentos incluidos en el POS sean insuficientes para atender las condiciones de salud del afiliado.

A su vez, se tiene que al tenor del numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social tiene el conocimiento de “las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”[23]. Por lo anterior, las reclamaciones relativas a la autorización de insumos, servicios o medicamentos no incluidos en el POS que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, no podrían ser ventiladas por vía de tutela.

Teniendo en cuenta la normatividad reseñada, se advierte que existen en el ordenamiento jurídico mecanismos de defensa judiciales para reclamar la autorización de insumos, servicios y medicamentos no incluidos en el POS cuando quiera que tales negativas pongan en riesgo los derechos fundamentales de los solicitantes. No obstante, es deber del juez constitucional analizar las particularidades de cada caso concreto, lo que conlleva a la obligación de verificar que los sujetos que solicitan el amparo no se encuentren en situaciones de extrema necesidad y que por su condición deban ser objeto de especial protección constitucional como puede suceder en el caso de adultos mayores y personas con discapacidad física, psíquica o sensorial[24] sin la posibilidad de valerse por sí mismas.

En esta línea, esta Corporación ha señalado que si bien el mecanismo jurisdiccional ante la

Superintendencia de Salud es expedito e idóneo, el mismo no puede desplazar a la acción constitucional cuando quiera que por la negativa de las entidades del SGSSS se encuentren en riesgo la vida, la salud o la integridad de quienes reclaman las prestaciones asistenciales no incluidas en el POS[25]. Sobre este particular, este Tribunal indicó en sentencia T-680 de 2013:

“Ahora, si bien el procedimiento judicial ante la Superintendencia de Salud es idóneo y eficaz, por lo cual la tutela no sería la acción procedente en estos casos, salvo que se configurara un perjuicio irremediable, esta Sala de Revisión ha sostenido que resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de la personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos[26].”[27]

En este orden de ideas, la Sala considera que en los asuntos relativos a las reclamaciones de insumos servicios o medicamentos no incluidos en el POS, a pesar de existir mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de los afiliados, deberán revisarse las circunstancias concretas del accionante en cuanto al grado de necesidad de la prestación asistencial que solicita, las repercusiones de una eventual autorización tardía y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

4. Las reglas jurisprudenciales para la autorización de insumos, medicamentos y servicios no incluidos en el POS. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La salud como derecho y servicio público, condiciones generales de acceso.

El artículo 49 de la Constitución dispone que “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. A su vez, el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015[28] establece que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”. Así, el ordenamiento jurídico colombiano consagra a la salud como un valor jurídico superior que tiene el doble carácter de servicio público y derecho fundamental.

La prestación del servicio público en salud está regulada en el Libro Segundo de la Ley 100 de 1993, en el cual se desarrollan los fundamentos que lo rigen, se determina su dirección, organización y funcionamiento, se establecen las normas administrativas, financieras y de control del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se delimitan las obligaciones que se derivan de su aplicación.[29] En este mismo texto, se encuentran los principios rectores del servicio público de salud contenidas en el artículo 153 de la precitada Ley, que consisten en los mandatos de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad.

Asimismo, el artículo 156 de la mencionada norma, que se refiere a las características del SGSSS, dispone en su literal c que: “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud”. Este plan integral, entendido como el conjunto de prestaciones garantizadas a los afiliados al SGSSS, abarca una serie de insumos servicios y medicamentos especificados por el Gobierno Nacional que buscan garantizar el derecho a la salud de los afiliados conforme a los principios mencionados procurando la utilización más eficiente de los recursos del sistema.

En este punto, debe precisarse que en virtud de lo dispuesto en la sentencia T-760 de 2008 y el Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado tienen derecho a las mismas prestaciones consagradas en el POS cuya más reciente actualización se dio por medio de la Resolución 5592 de 2015[30].

Tanto los servicios como los medicamentos e insumos contenidos o no en el POS pueden clasificarse como prestaciones asistenciales que están a cargo del SGSSS en la medida en que buscan garantizar el derecho a la salud de los afiliados no por vía de la entrega de recursos económicos, sino proporcionando directamente el servicio o producto que necesita la persona en atención a su padecimiento. Por su parte, las prestaciones no incluidas en el POS se diferencian de las que sí lo están en el sentido de que la entrega de las primeras por

parte de las Entidades Promotoras de Salud es de carácter excepcional ya que estas, en principio, deberían ser asumidas por la persona que las necesita.

No obstante, cuando se dan unas condiciones especiales fijadas en la jurisprudencia constitucional, el SGSSS, por medio de sus entidades, tiene la obligación de garantizar las prestaciones asistenciales no incluidas en el POS. En estas circunstancias, la salud como derecho fundamental autónomo adquiere una especial relevancia, ya que los usuarios ven la posibilidad de reclamar los medicamentos, servicios e insumos que necesitan ante el juez por medio de la acción de tutela.

Como se dijo, el acceso a las prestaciones asistenciales excluidas del POS tiene un carácter excepcional lo cual significa que en principio, estas no deben ser autorizadas por las entidades del sistema ni concedidas en sede judicial. En todo caso, este Tribunal ha manifestado que las mismas deben concederse en favor del afiliado cuando en el caso concreto se observen una serie de condiciones relacionadas con el grado de afectación de la salud y la condición socioeconómica de quien requiere la prestación así como con la valoración objetiva que un profesional de la salud realice sobre la necesidad del insumo, servicio o medicamento.

Así, se tiene que para la autorización de una prestación asistencial no incluida en el POS, el juez de tutela debe verificar:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) 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.”[31]

Estos criterios especiales para el reconocimiento de prestaciones asistenciales no incluidas

en el POS, han sido reiterados desde entonces en la jurisprudencia de esta Corte[32], de tal manera que “para que resulte procedente la orden de suministrar un tratamiento, insumo y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, será preciso comprobar si se cumplen los lineamientos jurisprudenciales ya mencionados”[33]. Con todo, estos requisitos han sido analizados en mayor profundidad en los casos donde a pesar de no ser clara presencia del hecho habilitador del amparo, la Corte ha protegido los derechos invocados en procura de la protección de los derechos fundamentales de los accionantes. Por esta razón la Sala procederá a pronunciarse por separado sobre cada uno de estos: (i) la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal; (ii) la imposibilidad de sustitución del insumo, medicamento o servicio por un que sí esté incluido en el POS; (iii) la insuficiencia de recursos económicos del afiliado y sus familiares y; (iv) la autorización por parte de un médico adscrito a la EPS.

4.2. El derecho a la salud de las personas con discapacidad psíquica, física o sensorial y las personas de la tercera edad en relación con la autorización de medicamentos, servicios e insumos no incluidos en el POS.

En relación con el requisito de vulneración o amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal de quien requiere prestación, debe decirse que los insumos, servicios o medicamentos requeridos han de estar destinados a la protección de los derechos fundamentales del afiliado en cuanto a su integridad y la posibilidad de llevar una vida en condiciones dignas. En este orden de ideas, no es dable la autorización de estas prestaciones excluidas del POS cuando el afiliado busca salvaguardar otros derechos que no han sido reconocidos por la jurisprudencia como determinantes para conceder el amparo en este tipo de casos.

Es así como, por ejemplo, los procedimientos cosméticos, a pesar de tener la eventualidad de desarrollar otros derechos fundamentales, no pueden otorgarse por vía de tutela bajo el entendido de que la autorización de prestaciones no incluidas en el POS por medio de la jurisdicción constitucional solo es procedente cuando con esta se persiga la garantía de los derechos a la integridad personal, a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En relación con el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, esta Corte ha determinado en numerosas ocasiones que tanto las personas con discapacidad como las

personas de la tercera edad gozan de una especial protección constitucional[34]. Esta protección adquiere una relevancia particular cuando la salud de estas personas se encuentra disminuida o comprometida y se requiere de la prestación de servicios médicos o el otorgamiento de medicamentos o insumos para que estos puedan llevar una vida en condiciones dignas a pesar de sus padecimientos.

En el caso de las personas de la tercera edad, esta Corporación se ha referido al especial cuidado que debe tenerse en el análisis de los casos sujetos a revisión del juez de tutela cuando se predique la posible vulneración de los derechos de este grupo poblacional:

“Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[35]. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008[36], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental”.[37]

Por su parte, en desarrollo del mandato de protección de las personas con discapacidad contenido en el artículo 47 de la Constitución, se tiene que la Ley 1306 de 2009[38] dispone, en relación con las medidas tendientes a la protección de este grupo poblacional en materia de salud, que: “Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre las especiales dificultades que enfrentan las personas disminuidas en su salud mental:

“Las personas con discapacidad mental o déficit cognitivo se encuentran en una situación de vulnerabilidad que les dificulta el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en tanto su particular realidad dista de la de sus congéneres y las barreras actitudinales imperantes en un entorno social que no se adapta a sus necesidades y aspiraciones,

dificulta que puedan desenvolverse en condiciones iguales a las de quienes disfrutan de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y ejercer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que sean respetados”.

Teniendo en cuenta este marco normativo y jurisprudencial, la Sala entiende que tanto los adultos mayores como las personas con discapacidad, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, gozan de una protección reforzada en materia de salud que atiende a su especial condición de vulnerabilidad y busca que estos tengan una vida en condiciones dignas[39]. Con todo, ello no significa que las personas en condiciones distintas no puedan recibir de parte del Estado las prestaciones no incluidas en el POS si se verifican los criterios de autorización desarrollados por la jurisprudencia.

En efecto, si se observan las pautas mencionadas en la sección 4.1. de esta providencia, puede decirse que ninguna de estas hace referencia directa a la comprobación de que el solicitante sea un sujeto de especial protección constitucional. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado suficiente la verificación de; (i) los derechos afectados; (ii) la prescripción médica; (iii) el carácter irremplazable del insumo, medicamento o servicio y; (iv) la falta de capacidad económica del afiliado como criterios determinantes al momento de decidir sobre la autorización o no de la prestación excluidas del catálogo oficial. Sin embargo, el que una persona requiera de una prestación no incluida en el POS para garantizar su derecho a la salud, es un hecho que hace evidente su condición de debilidad y la necesidad de protección especial por parte del Estado.

Estas reglas de verificación, se han decantado y afianzado desde la expedición de la sentencia T-760 de 2008 de tal manera que la diversidad de los casos revisados por este Tribunal en los últimos años, ha permitido que se generen sub reglas y se desarrollen criterios orientadores adicionales para la determinación de la necesidad de una prestación no incluida en el POS, donde por ejemplo, se ha matizado la regla de prescripción médica cuando la necesidad de la prestación es evidente. Por otro lado, se han desarrollado mecanismos de presunción de ausencia de recursos económicos cuando la persona pertenece al régimen subsidiado y se ha establecido que las instituciones del SGSSS, tanto EPS como entidades territoriales deben garantizar el derecho a la salud de los afiliados aun cuando no exista claridad sobre la entidad obligada al pago de la prestación excluida del POS pero sobre la cual se tiene certeza que es requerida con urgencia por quien la solicita.

En este orden de ideas, cabe señalar que los sujetos de especial protección constitucional como lo son los adultos mayores y las personas con discapacidad, son quienes con mayor apremio requieren de los insumos, servicios y medicamentos no incluidos en el POS ya que en ambos casos estas personas se ven en la necesidad de recurrir a otras para la atención de sus cuidados diarios. Lo anterior, no solo implica que estas personas deban utilizar pañales en los casos de incontinencia urinaria o fecal sino que además deben ser otras personas, en la mayoría de los casos los familiares, quienes realicen por ellos las tareas de cuidado y limpieza que estos sujetos no pueden llevar a cabo por sí mismos, de tal manera que sin dicha asistencia, no podrían llevar una vida en condiciones dignas.

Esta necesidad de atención puede redundar en la imposibilidad de los familiares de ocuparse en tareas productivas que permitan generar los recursos para asumir los gastos adicionales generados por la necesidad de las prestaciones no incluidas en el POS y que en principio no serían asumidas por el SGSSS. Es claro que en virtud del principio de solidaridad, tal y como ha concebido la jurisprudencia “la asistencia pública sólo es exigible cuando la persona que reclama un derecho asistencial se encuentra en condición de debilidad manifiesta, y sólo el Estado puede garantizar su derecho, por carecer de recursos económicos y de familiares que asuman su protección, en aplicación del principio de solidaridad social”[40]. No obstante, se debe observar el mandato de protección de los más débiles contenido en el artículo 13 de la Carta según el cual, “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Según este postulado, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, como lo son los adultos mayores y las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, deben ser objeto de medidas diferenciadas para la protección real de sus derechos, las cuales deben atender a las particularidades de sus situaciones y a la imposibilidad de procurarse por sí mismos los cuidados y recursos para llevar una vida en condiciones dignas.

En este punto cabe mencionar que las EPS, como entidades prestadoras del servicio público de salud, juegan un papel fundamental en la atención de los usuarios debiendo a su vez propender por la estabilidad económica del sistema. Esta doble función de las mencionadas

entidades, así como la necesidad de estas de garantizar su propia estabilidad financiera, puede resultar en la desatención o el mal manejo de los afiliados que requiriendo una prestación no incluida en el POS pueden verse obligados a sufragarla a pesar de no contar con los recursos para ello. Es precisamente en las situaciones de evidente debilidad manifiesta que las EPS, como prestadoras del servicio público de salud, cuya dirección y manejo está a cargo del Estado, deben ser particularmente precavidas en la atención de los sujetos que por su edad o limitaciones mentales requieran una protección especial cuando estos requieran insumos, medicamentos o servicios que se hacen evidentes por sus condiciones.

Esta protección especial, que debe concretarse en el establecimiento de procedimientos especiales de autorización por parte de las autoridades, implica que las EPS como actoras principales en la protección del derecho a la salud de los colombianos, deben tener al menos el conocimiento suficiente de la jurisprudencia constitucional en materia de autorización de insumos no incluidos en el POS, siendo inaceptable que, como repetidamente sucede, deban los usuarios acudir a la vía de tutela para reclamar las prestaciones que necesitan con urgencia y que estas entidades continúan negando bajo los mismos argumentos de exclusión del catálogo y ausencia de concepto de médico adscrito a la entidad cuando es claro que estos criterios han sido analizados a profundidad por la Corte Constitucional y su alcance es bien conocido por las EPS. En este sentido, se llama la atención sobre la inadecuación jurídica de las conductas repetitivas de estas sociedades que a pesar de tener la posibilidad en muchos casos de recobrar por los gastos relacionados con la garantía de prestaciones no incluidas en el POS, tienden a desconocer el derecho a la salud de las personas en condiciones de debilidad manifiesta y se abstienen de autorizar las solicitudes por estos realizadas bajo argumentos que ya han sido superados por la jurisprudencia constitucional.

La comprobación de que el insumo, servicio o medicamento no pueda ser sustituido por uno que sí se encuentre incluido en el Plan Obligatorio.

El que el insumo, medicamento o servicio no pueda ser reemplazado por uno que en efecto sí se encuentre contenido en el POS, es una exigencia que atiende a los criterios técnicos y científicos de los médicos tratantes en cuanto son ellos quienes determinan la idoneidad de las prestaciones incluidas en este catálogo para cubrir las necesidades de los

afiliados en materia de salud. En este orden de ideas, el que el profesional de la salud, con conocimiento de los insumos, servicios y medicamentos incluidos en el POS, le prescriba a un paciente una prestación no incluida en este, da cuenta de la imposibilidad de que el mismo sea sustituido sin afectar los derechos fundamentales de la persona que ha diagnosticado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de los pañales desechables basta con verificar que los mismos no se encuentran incluidos en el POS y que tales productos no cuentan con un reemplazo equivalente dentro de este catálogo de prestaciones. En efecto, estos estaban expresamente excluidos en virtud de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013[41]:

“Exclusiones específicas. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y son las siguientes:

(...) 18. Pañales para niños y adultos. (...)”.

En todo caso, y a pesar de que la ausencia de dicho insumo en el catálogo de prestaciones garantizadas por el sistema sigue atribuyéndose a la precitada norma, la Sala advierte que la misma fue derogada por la Resolución 5592 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, erigiéndose esta como el nuevo referente normativo en cuanto a las prestaciones cubiertas en el POS, siendo que ni en esta ni en sus anexos se encuentran incluidos los pañales como insumos a cargo del SGSSS. Si bien anteriormente estos se encontraban expresamente excluidos, se observa que los mismos no se encuentran contemplados sin que exista un equivalente funcional dentro del catálogo de prestaciones vigente.

4.3. El derecho a la salud de las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad en relación con la autorización de medicamentos, servicios e insumos no incluidos en el POS.

El que algunas prestaciones asistenciales se encuentren excluidas del POS, obedece en gran medida a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de todos los afiliados teniendo en cuenta la disponibilidad limitada de recursos del sistema y por consiguiente, la

obligación de hacer un uso eficiente de ellos. Por lo anterior, el que un medicamento, servicio o insumo excluido de este catálogo sea proporcionado a una persona, solo puede ser posible en la medida en que se cumplan los presupuestos jurisprudenciales establecidos para garantizar los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En efecto, estas concesiones tienen un carácter excepcional puesto que de lo contrario la planeación de las autoridades en cuanto las prestaciones necesarias e incluidas en el plan de beneficios, no tendría ningún sentido y se pondría en riesgo la estabilidad económica del sistema en detrimento de los derechos fundamentales asociados a la salud de todos los afiliados. En palabras de esta Corporación, “eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio, implica desconocer el principio de solidaridad dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas suficientes en lugar de beneficiar a quienes son pobres o carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico”[42].

En este sentido, y teniendo en cuenta los principios de igualdad y solidaridad imperantes en la Carta, la Corte ha desarrollado las doctrinas de las cargas soportables y la cadena de obligados. La primera de estas se erige sobre la idea básica de que las personas con una capacidad económica superior tienen una mayor posibilidad de asumir los costos relativos a las prestaciones no incluidas en el POS sin ver afectado su derecho al mínimo vital, mientras que aquellos con recursos limitados están en un mayor riesgo de ver afectadas sus condiciones básicas de existencia en caso de verse obligados a sufragar los gastos asociados a su estado de salud. Sobre este particular, este Tribunal indicó:

“Al existir diferentes mínimos vitales, es una consecuencia lógica que hayan distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba”[43].

En todo caso, esta doctrina de las cargas soportables contempla como corolario de su premisa principal el hecho de que el mínimo vital de las personas no es un concepto indiferenciado de todos los grupos poblacionales sino que responde a la posición socioeconómica y a los gastos particulares en que debe incurrir cada individuo por lo que la

capacidad económica solo es un indicador del riesgo de afectación de otros derechos, debiéndose revisar las condiciones de vida de quien solicita la prestación. Sobre este asunto, son contundentes las consideraciones vertidas en la sentencia T-883 de 2003:

“En este sentido, la función del juez constitucional no concluye con la comprobación de la existencia del recurso económico percibido por el actor, sino que es su deber verificar, con base en las condiciones particulares de aquél, si el pago de los gastos relacionados con el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento médico resulta compatible con el mantenimiento de los requerimientos materiales destinados a la subsistencia en condiciones aceptables y armónicas con el principio de dignidad humana”.

Por su parte, la doctrina de la cadena de obligados tiene como presupuesto el que el afiliado no cuente con los recursos suficientes para sufragar los gastos asociados a las prestaciones médicas que requiere por fuera del POS sin ver afectado su mínimo vital. No obstante, el que una persona no cuente con la capacidad económica para sobrellevar su estado de salud en cuanto al pago de los insumos, servicios y procedimientos no incluidos en el POS, no significa que estos deban ser asumidos automáticamente por el SGSSS. En estas situaciones, además de verificarse los demás requisitos establecidos en la sentencia T-760 de 2008 sobre vulneración de los derechos fundamentales, ausencia de un sustituto en el catálogo de prestaciones y prescripción médica, deberán revisarse las condiciones económicas del núcleo familiar del solicitante[44], se trata de la doctrina de la cadena de obligados.

Sobre el particular, esta Corporación manifestó:

“Sin embargo, el plan obligatorio de salud no comprende todas las prestaciones que potencialmente puedan requerir los afiliados o beneficiarios del sistema, debido a que los recursos que maneja son limitados. Por ese motivo, para determinar quién debe asumir el costo de un servicio excluido del POS, la Corte Constitucional ha considerado que el principio de solidaridad se manifiesta a través de una cadena de obligados. El primer eslabón de la cadena lo constituye el propio paciente, quien debe asumir el costo del servicio directamente, si cuenta con capacidad de pago para hacerlo; de no ser así (subsidiariamente), corresponde a su familia concurrir en la financiación del servicio o prestación. Y, si la familia tampoco cuenta con los medios para ello, el Estado debe

intervenir, asegurando la eficacia del derecho por las vías institucionales establecidas para ello, a través del Fondo de Solidaridad y Garantía”[45].

Asimismo, indicó en Sentencia T-795 de 2010 que ante la imposibilidad de un individuo de asumir las cargas económicas para garantizar su derecho a la salud, le corresponde a la familia velar por la protección de sus derechos fundamentales en virtud del principio de solidaridad:

“En conclusión, la familia tiene obligaciones, tales como colaborar con la atención y cuidado de sus integrantes. Por tanto, en toda situación en la que se encuentre probada la capacidad económica de alguno de los miembros más cercanos al paciente, y en la que a éste le hubieren sido prescritos servicios o medicamentos NO-POS, el Estado no asumirá el costo de los mismos, ya que sus familiares son quienes deben sufragar los gastos virtud del principio de solidaridad. El Estado sólo se abrogará tales prestaciones en los casos en que el afiliado ni sus parientes cuenten con medios económicos para cancelar los servicios requeridos con necesidad”.

En conclusión, en virtud de los principios de igualdad y solidaridad, los criterios propuestos por las doctrinas de las cargas soportables y la cadena de obligados deben aplicarse por el juez constitucional haciendo una valoración probatoria de las circunstancias económicas de quien solicita el amparo y su grupo familiar con el fin de evitar a estos la asunción de costos tendientes a la protección de su salud poniendo en riesgo su mínimo vital y teniendo al estado como último obligado con el fin de garantizar la estabilidad económica del sistema.

4.4. La autorización por parte del médico tratante.

El requisito de la autorización de la prestación no incluida en el POS por parte de un médico tratante adscrito a la EPS ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de esta Corporación como criterio general para determinar la necesidad del tratamiento, medicamento o insumo de una persona[46]. No obstante, esta regla admite dos excepciones con el fin de garantizar los derechos a la salud y a la vida de los afiliados, permitiendo la posibilidad de que el juez de tutela autorice el suministro o la realización de los mismos cuando existe una orden médica de un profesional de la salud que no se encuentre adscrito a la entidad o cuando a pesar de no existir orden médica alguna, sea

evidente la necesidad del paciente.

En el primer caso, la Corte ha sostenido que si bien el criterio del médico tratante adscrito a la EPS es el principal para determinar la necesidad de una prestación no incluida en el POS, los conceptos de los galenos no vinculados a la entidad también pueden llegar ser vinculantes, por lo que el desconocimiento de los mismos puede significar una vulneración injustificada del derecho fundamental a la salud del peticionario[47]. En relación con esta posibilidad, esta Corporación manifestó:

“(…) El concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.”[48].

En esta misma línea, y en relación con la capacidad técnica de los profesionales de la salud, este Tribunal ha expresado que el juez de tutela “no es competente para controvertir la idoneidad de los medicamentos ordenados por un galeno”[49]. Ello teniendo en cuenta que la idea de que para la protección del derecho fundamental a la salud de una persona debe primar el criterio científico el cual no es sustituible por el jurídico puesto que aun con la intención de querer proteger la integridad del paciente, el juez constitucional podría ocasionarle a este un mayor daño al apartarse de las recomendaciones de los expertos.

Atendiendo a este concepto de primacía del criterio científico, esta Corporación, al considerar como válidas las recomendaciones de los médicos externos, ha indicado las condiciones bajo las cuales se viola el derecho a la salud de un paciente cuando tales conceptos son desconocidos injustificadamente. Al respecto, la sentencia T-525 de 2014 puntualizó:

“Se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:

b. Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud.

c. La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo”.

En este orden de ideas, la Sala observa que si bien se ha establecido como regla general para la autorización de prestaciones no incluidas en el POS el que estas hayan sido ordenadas por un médico tratante adscrito a la EPS, la jurisprudencia constitucional le ha dado validez a los conceptos de los médicos particulares poniendo en cabeza de las entidades la carga de desacreditar, por medio de argumentos técnicos y científicos, estas valoraciones por lo que se puede decir que estos conceptos externos gozan de una presunción de validez que llevaría al juez constitucional determinar que los tratamientos, insumos o medicamentos en ellos ordenados son necesarios para garantizar los derechos a la salud y a la vida digna de los afiliados.

5. Los casos concretos.

5.1. Expediente T-5358602.

Caso: Rosa Helena Barrera Ferrucho contra Capital Salud EPS-S y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

5.1.1. Procedencia.

Legitimación activa.

Dadas las condiciones de discapacidad física, psíquica y sensorial de Yaneth Berrera Ferrucho respecto de quien se solicita la protección de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud, la Sala considera que su hermana, la señora Rosa Helena Barrera Ferrucho se encuentra legitimada para actuar como agente oficiosa en procura de la protección de sus derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 de conformidad con lo expuesto en la sección 3.1. de esta providencia.

Legitimación pasiva.

Por otro lado, es claro que Capital Salud EPS-S en su calidad de integrante del SGSSS tiene a su cargo la prestación del servicio público de salud por lo que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 42[50] del Decreto Estatutario 2591 de 1991 sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares esta sociedad está legitimada como sujeto pasivo en el caso que se revisa.

5.1.2. Determinación de la capacidad económica y validez del concepto del médico tratante.

La determinación de la capacidad económica de la agenciada y su grupo familiar, en este caso su hermana, es verificable por el hecho de que ambas se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado[51] (Nivel 1 del SISBEN) por lo que es evidente que no cuentan con capacidad de pago para asumir las prestaciones que requiere Yaneth Barrera Ferrucho y que se encuentran excluidas del POS. En este tipo de situaciones, este Tribunal ha considerado que existe ausencia de capacidad económica cuando quienes reclaman el amparo respecto de prestaciones excluidas del catálogo de servicios se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud y han sido encuestadas por el SISBEN[52], ello por tratarse de un grupo poblacional en condiciones de pobreza que los hace más vulnerables en comparación con el resto de la población[53].

Adicionalmente, la agente oficiosa manifestó ser madre cabeza de familia a cargo de dos menores de edad, su madre de 78 años y su hermana con discapacidad psíquica, siéndole imposible asumir el costo de los pañales requeridos al no contar con un trabajo fijo y siendo la suma de \$120.000 el único ingreso fijo mensual del hogar por concepto de un bono otorgado a la madre de la actora. Estas afirmaciones no fueron controvertidas por las accionadas.

Existiendo claridad sobre la imposibilidad de la agenciada y su núcleo familiar de asumir el costo de los pañales solicitados, cabe referirse al requisito de que estos hayan sido ordenados por un médico adscrito a la EPS.

En este punto es pertinente traer a colación la oposición de Capital Salud EPS-S a la

autorización de los pañales sobre la base de que los mismos no habían sido ordenados por un médico adscrito a la entidad sino que a criterio de esta, los mismos obedecían a “requerimientos subjetivos determinados por el parecer de la accionante, y que carecen de soporte de solicitud y prescripción a través de profesional de la salud”.

Contrario a las afirmaciones de la accionada, en el expediente se observan las historias clínicas de Yaneth Barrera Ferrucho emitidas por dos médicos distintos que a pesar de no estar adscritos a Capital Salud EPS-S, recomiendan el uso de pañales teniendo en cuenta la evidente imposibilidad de la agenciada de valerse por sí misma ante el diagnóstico de “retraso mental severo, parálisis cerebral secundario a meningitis en la infancia, discapacidad física y mental grave, severa, permanente, absoluta e irreversible mayor del 90%, incontinencia urinaria y fecal”.

En este caso no solo es evidente la necesidad del suministro de pañales ante la grave disminución física y mental de la agenciada sino que además existen dos conceptos médicos emitidos por galenos distintos que no fueron controvertidos con argumentos técnicos o científicos por parte de la EPS-S por lo que a la luz de los criterios establecidos en la sentencia T-760 de 2008 deberán tomarse por válidas las ordenes de los pañales dadas por el doctor Roger Gutiérrez donde se prescribe la necesidad de utilizar 5 pañales diarios, es decir, 150 al mes[54] ya que en el concepto emitido por el médico Daniel Hedmont solo se da cuenta de la incontinencia urinaria y fecal de la agenciada como consecuencia de su discapacidad física y psíquica.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso bajo estudio se configuran los requisitos de necesidad y falta de capacidad económica para ordenar la garantía de las prestaciones solicitadas por lo que cabe preguntarse si dicha obligación debe ser asumida por Capital EPS-S o la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Sobre este punto, la Corte ha establecido que en los casos en que una prestación no incluida en el POS se requiere con urgencia por una persona afiliada al SGSSS en el régimen subsidiado, le corresponde a la EPS-S garantizarla sin perjuicio de que posteriormente se puedan realizar los recobros pertinentes ante la entidad obligada por la Ley a asumir los costos del servicio, insumo o medicamento ordenado por el juez de tutela:

“En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-

S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza”. [55]

5.2. Expediente T-5382841.

Caso: Rosa Maritza Moreno contra del Instituto Departamental de Salud de Nariño y la Nueva EPS.

5.2.1. Procedencia.

Legitimación activa.

En el escrito de tutela, la señora Rosa Maritza Moreno refirió que actuaba en calidad de agente oficiosa su tío, el señor Secundino Zambrano Zambrano de 87 años de edad. Si bien la agente oficiosa manifestó que obraba en tal calidad, no indicó que este no estaba en condiciones de procurarse por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales. En todo caso, esta situación se hace evidente dada su avanzada edad, las complicaciones de salud que dificultan su traslado y el hecho de que requiera atención constante por parte de terceros.

Legitimación pasiva.

Teniendo en cuenta que el Decreto Estatuario 2591 de 1991 dispone en el numeral 2 de su artículo 42 que la acción de tutela procederá contra particulares cuando quiera que estos se encuentren encargados de la prestación del servicio público de salud, la Sala observa que la Nueva EPS puede clasificarse dentro de este tipo de particulares y por lo tanto está legitimada como parte pasiva en el caso que se revisa.

5.2.2. Prescripción médica y verificación de condiciones económicas.

La necesidad de los pañales desechables a razón de tres de estos por día para el agenciado fue manifestada por la accionante en el escrito de tutela y estuvo apoyada en la valoración médica presentada por el Doctor David Rosero del Centro de Salud de Ancuya, concepto que fue ampliado por el galeno en declaración judicial rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de dicho municipio.

Teniendo en cuenta que el señor Rosero, como profesional que hace parte del Sistema de Salud emitió un concepto médico sobre la necesidad de la prestación el cual no fue desvirtuando ni controvertido por la parte accionada, la Sala entiende que se cumplen los presupuestos para que su orden médica sea vinculante respecto de la EPS en los términos de la sentencia T-525 de 2014. En este sentido, se cumple el primer presupuesto para que se autorice el suministro de pañales desechables debiéndose verificar la capacidad económica del agenciado con el fin de determinar si existe una vulneración de sus derechos fundamentales.

En lo que tiene que ver con la capacidad del agenciado y su familia de soportar los gastos de los pañales, la accionante manifestó en el escrito de tutela que la pensión que su tío recibía no le alcanzaba para cubrir los gastos relacionados con los pañales desechables y que por esta situación ella se había visto en la obligación de pedir préstamos a amigos y familiares. No obstante, el juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya citó a la agente a una declaración judicial para ampliar los hechos relatados en la demanda y así tener más claridad sobre las condiciones económicas del señor Zambrano.

Al ser preguntada por la persona que sostiene económicamente al accionante, la señora Moreno manifestó:

“Él se mantiene de una pensión que le da Colpensiones ya que él trabajó en el valle del cauca como cortador de caña, el gana seiscientos quince mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$615.834), el dinero lo administro yo, (...) actualmente yo le doy la comida (tres al día) y le cobro ciento veinte mil pesos (\$120.000) por comida y por cuidarlo ciento ochenta mil pes (\$180.000), ósea, en el mes me paga trescientos mil pesos (\$300.000). Del resto de dinero le compro los pañales desechables y los utensilios de aseo como jabón, máquina de afeitar, etc. y si le sobra le ahorro algo y le pago a la señora que lava la ropa, según lo que ella pague le pago entre doce mil a quince mil pesos (\$12.000-\$15.000) y le pago la

carrera cuando viene a recibir el pago de la pensión es decir el transporte de la Verdea Casa Vieja hasta aquí el caso urbano de Ancuya. En pañales se compran cuatro a cinco pacas en el mes cada paca está a veinticinco mil pesos”.

Asimismo, cuando la accionante y la señora Magola Etelbina Zambrano[56] fueron preguntadas por la propiedad de bienes inmuebles en cabeza del señor Zambrano estas contestaron que él vivía en una casa que no era de su propiedad sino de sus familiares[57].

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, el juez de tutela negó el amparo de los derechos invocados al considerar que el agenciado contaba con los recursos para sufragar los costos de los pañales requeridos:

“(…) [S]e puede extraer, con simple matemática, que si el agenciado recibe \$615.834 de prestación pensional, a la cual le restamos \$120.000 de comida, \$180.000 por cuidado, \$125.000 en pañales, y otro tanto en lavado de ropa y elementos de aseo personal, pragmáticamente se podría afirmar que al agenciado le queda un restante mensual con posibilidad de ahorro, como se manifiesta por parte de la agente oficiosa, misma que administra el pago pensional del agenciado”.[58]

A pesar de que la caracterización de la situación económica del juez de tutela es acertada en términos aritméticos, la Sala considera que la misma no tiene en cuenta el contexto socioeconómico del agenciado y no tiene en cuenta el ámbito completo de protección del derecho al mínimo vital, donde la garantía de no afectación del mismo no se agota en la preservación de las condiciones básicas de la existencia de un individuo sino que “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.[59]

Teniendo en cuenta esta acepción del derecho al mínimo vital, es evidente que la relación de los gastos realizada por la agente oficiosa no contempla los costos de los servicios públicos ni la posibilidad de que el agenciado, que es un adulto mayor, pueda disponer de sus recursos para efectos de recreación, viéndose este obligado a utilizar la totalidad de sus

exiguos ingresos en el mantenimiento de sus condiciones básicas.

En este orden de ideas, el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta la avanzada edad del accionante, las condiciones precarias en que vive, la necesidad de contar con asistencia permanente y el hecho de que la señora Moreno esté asumiendo su cuidado cobrando por sus servicios un valor que no refleja la compensación mínima del trabajo conforme a los estándares legales.

Como lo manifiesta la agente oficiosa, esta recibe una suma mensual de \$180.000 pesos por proporcionar el cuidado diario del agenciado lo que implica su atención permanente y la preparación de tres comidas diarias. Sobre este particular debe llamarse la atención sobre el hecho de que para la época de presentación de la acción de tutela el salario mínimo en Colombia había sido fijado en la suma \$644.350[60] y el auxilio de transporte en \$74.000 para un total de \$718.350.

En este sentido, se tiene que la agente oficiosa estaría recibiendo cerca de una tercera parte de lo que un tercero recibiría por la prestación permanente de estos cuidados y servicios. Con lo anterior no se busca revisar si existe o no una vulneración de los derechos fundamentales de la agente oficiosa ni mucho menos desconocer que el cuidado de su tío anciano obedece a razones diferentes a las económicas, pero si es necesario poner de presente que la señora Moreno, como familiar de la persona que necesita los insumos no incluidos en el POS está soportando unas cargas que no está en capacidad de asumir, debiendo ser de cuenta del Estado la protección de las personas en circunstancias especiales de vulnerabilidad cuando el agenciado ni su grupo familiar pueden costear las prestaciones no incluidas en el POS que fueron ordenadas por el médico tratante en procura de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este orden de ideas, al encontrarse válido y vinculante el concepto del médico tratante del agenciado a pesar de no estar este adscrito a la EPS respecto de la cual se reclaman las prestaciones y al encontrarse que ni el señor Zambrano ni su agente oficiosa están en la capacidad de soportar las cargas económicas correspondientes al suministro de pañales, la Sala ordenará a la Nueva EPS que proceda a autorizar estos insumos en la cantidad y periodicidad solicitadas en el escrito de tutela sin perjuicio de que pueda recobrar a los terceros que considere responsables por el valor de estas prestaciones de conformidad con

las normas aplicables en materia de seguridad social.

Sobre este último punto, la Corte se ha referido a la obligación de las EPS de garantizar directamente las prestaciones no incluidas en el POS cuando se trata de personas que a pesar de estar vinculadas al SGSSS en el régimen contributivo, no cuentan con los recursos para sufragar los gastos relacionados con el suministro de pañales para adultos:

“De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Prestadora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga, a la entidad territorial o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso”[61].

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- En relación con el expediente T- 5358602, REVOCAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2015, por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negó el amparo solicitado por Rosa Helena Barrera Ferrucho en calidad de agente oficiosa de Yaneth Barrera Ferrucho en contra de Capital Salud EPS-S. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud del accionante.

SEGUNDO.- En relación con el expediente T- 5358602, ORDENAR a Capital Salud EPS-S que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, le sean entregados a la señora Yaneth Barrera Ferrucho los pañales desechables para adulto solicitados, esto es, tres (3) pañales al día conforme a la prescripción del médico tratante, es decir, noventa (90) pañales al mes. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad accionada pueda adelantar los recobros que considere

procedentes de conformidad con la normatividad vigente en materia de seguridad social.

TERCERO.- En relación con el expediente T- 5382841, REVOCAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2015, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya, Nariño, mediante la cual se negó el amparo solicitado por Rosa Maritza Moreno en calidad de agente oficiosa de Secundino Zambrano Zambrano en contra de la Nueva EPS. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud del accionante.

CUARTO.- En relación con el expediente T- 5382841, ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, le sean entregados al señor Secundino Zambrano Zambrano los pañales desechables para adulto solicitados, esto es, cinco (5) pañales al día conforme a la prescripción del médico tratante, es decir, ciento cincuenta (150) pañales al mes. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad accionada pueda adelantar los recobros que considere procedentes de conformidad con la normatividad vigente en materia de seguridad social.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 9.

[2] Folio 30.

[3] Folio 42.

[4] Folio 51.

[5] Folio 63.

[6] Folio 8.

[7] Folio 3.

[8] Folios 4 y 5.

[9] Folios 6 y 7.

[10] Folio 1.

[11] Cuaderno principal, folio 33.

[12] *Ibíd.*

[13] Cuaderno 1, folio 5.

[14] Cuaderno 1, folio 20.

[15] Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[16] T-056 de 2015, M.S. María Victoria SÁCHICA Méndez.

[17] Sentencias; T-845 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo GUERRERO Pérez y; T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[18] “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[19] Artículo 42, numeral 2.

[20] “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”.

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

[22] Ley 1122 de 2007 artículo 41, literal e.

[23] Modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012: “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

[24] En la sentencia C-458 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) se analizaron diferentes expresiones contenidas en la ley que a criterio del demandante resultaban discriminatoria para los grupos poblacionales con diferentes limitaciones de orden físico, psíquico y sensorial. Luego de considerar que expresiones como “discapacitado” resultaban discriminatorias para estas personas, estas fueron reemplazadas en la legislación por la de “personas con discapacidad”.

[25] Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[26] Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[27] Sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[28] Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

[29] Ley 100 de 1993, artículo 152: “La presente ley establece el sistema general de seguridad social en salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación”.

[30] Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan otras disposiciones.

[32] T-719 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio T-502 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[33] T-769 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[34] T-339 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-216 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa; T-056 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y; T-778 de 2013, M.P. María Vitoria Calle Correa.

[35] Sentencia T-096 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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

[37] Sentencia T-323 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[38] Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de representación legal de incapaces emancipados.

[39] Sentencia T-503 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[40] Sentencia T-1087 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[41] Ministerio de Salud y Protección Social: Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

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

[43] Sentencia T-400 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[44] Sentencia T-719 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[45] Sentencia T-841 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[46] Sentencia T-499 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T-017 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Sentencia T-243 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otros.

[47] Sentencias T-374 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T.872 de 2011, M.P.

Mauricio González Cuervo.

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

[49] Sentencia T-243 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”.

[51] La pertenencia al régimen subsidiado en salud de la agenciada es manifestada por Rosa Helena Barrera Ferrucho en el escrito de tutela y es verificable por el hecho de que la accionada y quien le presta estos servicios sea Capital Salud EPS-S, esto es, una Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado. Por su parte, luego de revisar el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) se encontró que la agente oficiosa también pertenece al mencionado régimen.

[52] Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales.

[53] Sentencias T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-022 de 2011, M.P., Luis Ernesto Vargas Silva.

[54] Cuaderno 1, folio 5.

[56] También sobrina del agenciado.

[57] Folios 18 y 20.

[58] Cuaderno principal, folio 33.

[59] SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, sobre el contenido y alcance del derecho al mínimo vital ver también, entre otras, las sentencias T-211 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-581A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[60] Decreto 2731 de 2014.

[61] Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.