

Sentencia T-210/15

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Naturaleza y contenido

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, especialmente, en las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección y ha señalado que gozan de dicha condición, los niños, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y aquellos que padecen de alguna discapacidad. Por lo anterior, cuando el operador jurisdiccional se encuentre ante el estudio de un amparo constitucional que haya sido presentado por un sujeto de especial protección constitucional, su estudio debe ser realizado de manera más amplia.

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

El juez constitucional debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-

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

Cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos. Cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisito de orden médica para acceder a los servicios resulta desproporcionada e innecesaria cuando son hechos notorios los que evidencian la necesidad

En circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, surge diáfana la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido. Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

El derecho fundamental a la salud comprende también el derecho al diagnóstico.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Naturaleza jurídica/EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

Los afiliados y beneficiarios del SGSSS están sujetos a pagos moderadores, entendidos como pagos compartidos o copagos, cuotas moderadoras y deducibles. Para el caso de los afiliados cotizantes, dichos valores tienen el objetivo exclusivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. Para el de los afiliados beneficiarios, el de complementar la financiación del POS. La Corte ha establecido dos hipótesis en las que se permiten eximir a un afiliado de la obligación de realizar los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, como resultado de la vulneración de algún derecho fundamental: (i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio.

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Suministro de pañales para persona en situación de discapacidad

DERECHO A LA VIDA DIGNA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS dictar concepto médico para determinar, de ser necesario, las condiciones de tiempo y modo en que debe suministrarse la atención médica domiciliaria

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Orden a EPS brindar tratamiento integral a las patologías del agenciado

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS- Orden a EPS exonerar de los copagos y cuotas moderadoras para los tratamientos que requiere el agenciado debido a la enfermedades que padece

Referencia: Expedientes T-4.600.206,

4.606.767, 4.615.717 y 4.619.939 (acumulados)

Accionantes: Carmen Rosa Isidro Villamizar, en calidad de agente oficiosa de su hijo Luis Carlos Salamanca Isidro, Halley Alexander Pérez Arroyo, en calidad de agente oficioso de su padre Marcos Pérez Carpintero, Jesús Ariel Campo Gómez, en calidad de agente oficioso de su madre Ana Rut Gómez Miranda y Mónica Patricia Ocampo Castaño, en calidad de agente oficiosa de su tía Leonor Ocampo de Quiroz

Demandado: Nueva EPS, EMSSANAR EPS, SAVIA SALUD EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio y, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos en única instancia por: (i) el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., dentro del expediente T-4.600.206, (ii) el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, dentro del expediente T-4.606.767; (iii) el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, dentro del expediente T-4.615.717 y; (iv) el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín, dentro del expediente T-4.619.939.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional, mediante Auto del 21 de noviembre de 2014, decidió seleccionar para revisión los expedientes de tutela números T-4.600.206, T-4.606.767, T-4.615.717 y T-4.619.939, correspondiendo su estudio a la Sala Cuarta de Revisión de Tutela.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-4.600.206

1. La solicitud

La señora Carmen Rosa Isidro Villamizar, presentó acción de tutela contra Nueva EPS, con el fin de que le fueran amparados los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de su hijo Luis Carlos Salamanca Isidro, los cuales considera conculcados por dicha entidad, al no autorizarle el suministro de pañales desechables para adulto y una crema antiescaras, aduciendo que tales insumos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

2. Hechos

La demandante los narra, en síntesis, así:

1. Afirma que su hijo, Luis Carlos Salamanca Isidro, de 24 años, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de la Nueva EPS, en calidad de beneficiario.
2. Desde el momento de su nacimiento padece “discapacidad total severa”, y presenta una pérdida de capacidad laboral del 100%, razón por la cual no puede realizar sus actividades cotidianas de manera independiente, ni controlar sus esfínteres.
3. Como consecuencia de lo anterior, solicitó a la NUEVA EPS que le fuera suministrado pañales desechables para adulto marca “TENA L” y una crema antiescaras que mitigase las lesiones que tiene en la piel, debido a que debe permanecer todo el día postrado en su cama.
4. No obstante, la entidad demandada se negó a autorizarlos, argumentando que estos se encuentran expresamente excluidos del Plan Obligatorio de Salud.
5. Pone de presente que es madre cabeza de familia y no puede laborar a causa de los cuidados permanentes que requiere su hijo, por lo que no tiene los recursos económicos para atender los gastos de los pañales diarios. De igual manera, solicitó la atención médica domiciliaria, tratamiento integral de los padecimientos de su descendiente y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras de los tratamientos médicos.

3. Pretensiones

En atención al estado de salud del agenciado, la demandante solicitó, como medida provisional, que se ordene a la Nueva EPS suministrar los insumos pretendidos.

4. Pruebas

En el expediente T-4.600.206 obran las siguientes pruebas:

- Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Carmen Rosa Isidro Villamizar (folio 1, cuaderno 2).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Luis Carlos Salamanca Isidro (folio 1, cuaderno 2).
- Historia Clínica del señor Luis Carlos Salamanca Isidro del 20 de noviembre de 2002, en el que se diagnostica retardo mental severo (folio 4, cuaderno 2).

5. Actuaciones en sede de instancia

Mediante auto del 28 de agosto de 2014, el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., admitió el amparo iusfundamental y ofició a la entidad demandada para que se pronunciara respecto a las pretensiones del amparo.

Por otro lado, negó la solicitud de medida provisional invocada por la agenciada, ya que su petición iba encaminada a que se le autorizara el suministro de pañales desechables y la crema antiescaras, lo cual sería resuelto en sede de tutela.

6. Respuesta de la entidad accionada

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Nueva EPS, por intermedio de su apoderado general para tutelas de la Regional Centro Oriente y Bogotá, se opuso a las pretensiones del amparo iusfundamental, argumentando que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, los pañales desechables no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS-. Así, relacionó que según la clasificación del INVIMA esos productos son considerados como elementos de aseo personal y no contribuyen al tratamiento de ninguna enfermedad.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA DENTRO DEL EXPEDIENTE T-4.600.206

1. Decisión única de instancia

Mediante sentencia del 8 de septiembre de 2014 el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., negó el mecanismo de amparo constitucional al considerar que de las pruebas allegadas al legajo, no se evidenciaba que los insumos médicos solicitados hubiesen sido ordenados por un médico tratante adscrito a la red prestadora de la Nueva EPS.

No obstante, teniendo en cuenta que el agenciado es una persona en condición de discapacidad, le ordenó a la entidad demandada que en el término de 24 horas le asignara una cita médica con un médico especializado en la enfermedad, en aras de determinar si los insumos requeridos son los necesarios para mejorar la calidad de vida del afiliado.

III. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-4. 606.767

El señor Halley Pérez Arroyo, actuando como agente oficioso de su padre Marcos Pérez Carpintero, instauró acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, al negarle el suministro de pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables, colchón hospitalario, una enfermera 24 horas y médico domiciliario, arguyendo que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

2. Hechos

El demandante los narra, en síntesis, así:

1. Su padre, Marcos Pérez Carpintero, de 74 años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante pensionado, a través de la Nueva EPS.
2. Debido a un accidente isquémico cerebral y a su padecimiento de cáncer gástrico, requiere de constantes procedimientos médicos, por lo que ha sido catalogado como paciente de alto costo.

3. Advierte que la Nueva EPS se ha negado a suministrar insumos como pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables, colchón hospitalario, que requiere el agenciado, bajo el fundamento que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

4. Afirma que su familia vive en estrato 1, por lo que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los tratamientos e insumos que requiere constantemente el adulto mayor. Por lo anterior, solicita que la entidad demandada le brinde todo el tratamiento integral para las patologías que padece, incluyendo una enfermera 24 horas y médico domiciliario.

3. Pretensiones

El demandante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida de su agenciado y, como consecuencia de ello, que se ordene a la Nueva EPS que le brinde el tratamiento integral en salud para todas las patologías que padece, incluyendo una enfermera 24 horas y médico domiciliario.

Así mismo, instó como medida provisional, que le sea autorizado el suministro de insumos tales como, pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables y colchón hospitalario.

4. Pruebas

En el expediente T-4. 606.767 obran las siguientes pruebas:

- Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Halley Alexander Pérez Arroyo (folio 5, cuaderno 2).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Marcos Pérez Carpintero (folio 6, cuaderno 2).
- Copia de informe anatomopatológico del 8 de febrero de 2014, en el que se diagnostica “Adenocarcinoma pobremente diferenciado infiltrante y ulcerado” (folio 7, cuaderno 2).

- Copia de epicrisis del señor Marcos Pérez Carpintero, del 15 de abril de 2015, por medio del cual se le diagnostica hemorragia en las vías digestivas y se hospitaliza para su manejo (folio 12 y 13 cuaderno 2).

- Copia de descripción angiográfica del año 2013 en el que se establece patología vascular cerebral difusa (folio 14, cuaderno 2).

- Copia de la historia clínica del 2 de febrero del 2014, por medio de la cual se le diagnostica tumor maligno en el estómago al señor Marcos Pérez Carpintero (folio 26, cuaderno 2).

5. Actuaciones en sede de instancia

Mediante auto del 23 de julio de 2014, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la entidad demandada para que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones del amparo.

Ahora bien, en relación a la solicitud de medida provisional, refirió que si bien se puede evidenciar que el agenciado se encuentra en grave estado de salud, la entidad demandada le ha brindado los cuidados médicos que ha requerido. De igual manera, señaló que no existía prescripción médica de médico tratante que ordenara el suministro de pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, crema antiescaras, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables, colchón hospitalario.

6. Respuesta de la entidad accionada

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Nueva EPS, a través de apoderado judicial, señaló que, efectivamente, el señor Marcos Pérez Carpintero se encuentra afiliado en calidad de cotizante pensionado activo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En relación con los insumos en salud que solicitó el demandante, arguyó que no podía autorizar el suministro de: pañales desechables, crema antiescaras, toallas húmedas, enfermera 24 horas, colchón hospitalario para usos domiciliarios, fórmula enteral ologométrica y el colchón anti escaras, por estar excluidos del POS.

Ahora bien, respecto a la pretensión de suministro de bala de oxígeno mensual, alegó carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto este insumo había sido autorizado el 25 de julio de 2014.

IV. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa DENTRO DEL EXPEDIENTE T-4.606. 767

1. Decisión única de instancia

Mediante proveído del 4 de agosto de 2014, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla negó el amparo deprecado con fundamento en que no existía prescripción médica ni opinión científica del médico tratante que ordenara el suministro de los insumos pretendidos.

Por otro lado, refirió que de acuerdo a lo señalado en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer de los asuntos en los que se soliciten prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, por lo que invitó al demandante a elevar su solicitud ante la entidad.

V. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-4. 615.717

1. La solicitud

El señor Jesús Ariel Campo Gómez, actuando como agente oficioso, incoó acción de tutela contra EMSSANAR EPS, deprecando la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida de su madre, Ana Rut Gómez Miranda, presuntamente conculcado por esa entidad, debido a que no le fue autorizado el suministro de pañales desechables para adulto y, el correspondiente tratamiento integral y atención domiciliaria.

2. Hechos

El demandante los narra, en síntesis, así:

1. Su madre, de 83 años de edad, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del régimen subsidiado, a través de EMSSANAR EPS.
2. Relaciona que padece de diabetes mellitus e hipertensión arterial, lo que le ha

generado un deterioro en su salud, como lo es la falta de control de esfínteres.

3. En razón de lo anterior, requiere de pañales desechables para mejorar su calidad de vida, insumo que difícilmente puede proveerle por su precaria situación económica.

4. De igual manera, solicita le garanticen el tratamiento integral de las patologías que padece su madre y, autoricen las citas médicas en el lugar donde reside la agenciada, ya que por su estado de salud no se puede movilizar por sus propios medios.

3. Pretensiones

4. Pruebas

En el expediente T-4. 615.717 obran las siguientes pruebas:

- Copia de historia clínica consulta externa del 25 de junio de 2013, en la que se relaciona que la señora Ana Rut Gómez Miranda es diabética desde hace cuatro años y padece infección urinaria (folio 14, cuaderno 2).
- Copia de plan de manejo externo, del 22 de agosto de 2013, en el que se diagnostica a la agenciada diabetes mellitus no insulino dependiente (folio 15, cuaderno 2).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Rut Gómez Miranda (folio 16, cuaderno 2).
- Copia simple de carnet de afiliación a EMSSANAR EPS de la señora Ana Rut Gómez Miranda (folio 16, cuaderno 2).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Jesús Ariel Campo Gómez (folio 17, cuaderno 2).

5. Actuaciones en sede de instancia

Mediante auto, del 4 de junio de 2014, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán admitió la acción de tutela y ordenó a la autoridad demandada a que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

6. Respuesta de la entidad accionada

Atendiendo al requerimiento de la autoridad judicial mencionada, la entidad demandada afirmó que en ningún momento ha negado la prestación de los servicios de salud que requiere para el manejo de la patología de diabetes mellitus e hipertensión arterial que padece la señora Ana Rut Gómez Miranda. Al efecto, señaló que el 9 de junio de 2014 se le autorizó el correspondiente servicio de atención domiciliaria[1]

De otro lado, arguyó que el demandante no ha acudido a EMSSANAR para solicitar los servicios que requiere en el mecanismo de amparo, por lo que no le dio la oportunidad a la entidad de brindar los servicios, tratamientos médicos e insumos que provee la red prestadora de salud.

VI. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa DENTRO DEL EXPEDIENTE T-4.615.717

1. Decisión única de instancia

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán mediante providencia de única instancia, del 17 de junio de 2013, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Jesús Ariel Campo Gómez, argumentando que el actor no acudió, de forma directa, a EMSSANAR EPS para solicitar los procedimientos y el suministro de todos los insumos reclamados, razón por la cual no puede hablarse de la vulneración de los derechos fundamentales de su agenciada.

Finalmente, reseñó que la entidad demandada ha venido prestando los servicios de salud que requiere la señora Gómez Miranda, pues constató que la entidad autorizó la prestación del servicio médico general domiciliario.

VII. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-4. 619.939

1. La solicitud

La señora Mónica Patricia Ocampo Castaño, actuando como agente oficioso, promovió acción de tutela contra Savia Salud EPS con miras a obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su tía, Leonor Ocampo de Quiroz, los cuales considera vulnerados por esa entidad al negarle el suministro de pañales para

adulto, fundamentando su negativa en la falta de órdenes médicas.

2. Hechos

La demandante los narra, en síntesis, así:

1. Su tía se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro del régimen subsidiado, a través de Comfama.
2. El 22 de octubre de 2013, la señora Ocampo de Quiroz sufrió una caída que le produjo una “hemorragia intraparenquimatosa oarrietotamporo-oipital izquierdo”, la cual le produjo varias secuelas neurológicas que impiden mover sus extremidades, hablar y controlar su esfínter.
3. Como consecuencia de lo anterior, requiere el uso de diez pañales desechables al día, ante lo cual manifiesta que no está en condiciones económicas de sufragar.

3. Pretensiones

Mónica Patricia Ocampo pretende que, mediante esta acción de amparo, se protejan los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su tía y, consecuentemente, se ordene a Savia Salud EPS que le proporcione los pañales desechables para adulto de cada mes.

4. Pruebas

En el expediente T-4. 619.939 obran las siguientes pruebas:

- Copia de epicrisis del 22 de octubre de 2013, en el que se relaciona que la señora Leonor Ocampo de Quiroz ingresa a urgencias por hemorragia intracerebral (folio 6 – 17, cuaderno 2).
- Copia simple de la cedula de ciudadanía de la señora Leonor Ocampo de Quiroz (folio 19, cuaderno 2).

5. Actuaciones en sede de instancia

Mediante auto del 18 de febrero de 2014, el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín admitió la acción de tutela incoada por la señora Mónica Patricia Ocampo y corrió traslado por el término de dos días para que la entidad demandada se pronunciara sobre lo pretendido.

6. Respuesta de la entidad accionada

Atendiendo al requerimiento de la autoridad judicial mencionada, Savia Salud EPS afirmó que no existe orden médica que advierta la importancia del suministro de pañales desechables.

De igual manera, refirió que los insumos solicitados en el mecanismo de amparo

no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS-S, contemplado en la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud.

VIII. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA DENTRO DEL EXPEDIENTE T-4.619.939

1. Decisión de única instancia

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín, mediante decisión de 28 de febrero de 2014, resolvió no acceder al amparo deprecado por la señora Mónica Patricia Ocampo Castaño, con fundamento en que no existe una prescripción médica que soporte su reclamo. De igual manera, recordó que los pañales desechables se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

IX. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempló la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”.

En este orden de ideas, la legitimación en la causa por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de los representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) planteando la existencia de una agencia oficiosa.

Mediante sentencia T-531 de 2002[2] este tribunal constitucional estableció los elementos necesarios para que opere la última figura. Entre estos se destacan:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos”.

En esta oportunidad, las acciones de tutela fueron presentadas por Carmen Rosa Isidro Villamizar, Halley Alexander Pérez Arroyo, Jesús Ariel Campo Gómez y Mónica Patricia Ocampo Castaño, actuando como agentes oficiosos de sus respectivos familiares, dado que no se encuentran en condiciones de promover su propia defensa[3], razón por la cual los actores se encuentran legitimados en la causa por activa.

2.2. Legitimación pasiva

La Nueva EPS, EMSSANAR EPS y Savia Salud EPS son entidades de carácter mixto y privado que se ocupan de prestar el servicio público de salud, por tanto, de conformidad

con el artículo 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[4], están legitimadas como parte pasiva en los procesos de tutela bajo estudio, en la medida en que se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

3. Problema jurídico

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a las acciones de tutela de la referencia, los argumentos expuestos por las entidades demandadas y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en estos asuntos y los argumentos expuestos por las entidades demandadas, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la Nueva EPS, EMSSANAR EPS y Savia Salud EPS, violación a los derechos fundamentales a la vida, la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana de los agenciados, al no suministrarle a sus afiliados los servicios e insumos que reclaman para mejorar sus condiciones de vida digna, como lo son pañales desechables, el tratamiento integral de sus patologías y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, entre otros, según las necesidades particulares, en cada uno de los asuntos sujetos a estudio por parte de esta Corporación.

En los cuatro asuntos objeto de estudio, se trata de personas que, como consecuencia de su precaria situación económica y la de su núcleo familiar, tienen dificultades para sufragar los insumos y servicios en salud, para tratar las enfermedades que los aquejan.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un análisis jurisprudencial de los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud de las personas en condición de discapacidad y las personas de la tercera edad; (ii) la subsidiariedad por reclamo previo ante la Superintendencia Nacional de Salud; (iii) los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas; (iv) los requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (v) autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica cuya necesidad configura un hecho notorio y, (vi) el derecho al diagnóstico en salud.

3.1 El derecho fundamental a la salud de las personas en condición de discapacidad y las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política define la salud como un servicio público, el cual puede ser suministrado por entidades tanto públicas como privadas. Así, el artículo 49 superior 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”.

De la misma manera, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud[5]-OMS-, decantando los “principios básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos”, define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Lo anterior, planteó una discusión acerca de la fundamentabilidad de dicha garantía, pues el derecho a la salud se encontraba supeditado a circunstancias extraordinarias, que permitieran establecer una conexión entre él y algún derecho considerado fundamental, como la vida[6] ya que, al contemplarlo en el catálogo de derechos de segunda generación que relaciona nuestra Carta Política, se le atribuía una connotación meramente prestacional.

Más adelante, este Tribunal convino que se reconocería la protección del derecho fundamental a la salud mediante el mecanismo constitucional fundamental, cuando se lograra demostrar que la falta de reconocimiento:“(i) significa, a un mismo tiempo, lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) afectar a un sujeto de especial protección constitucional[7] y/o (iii) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”[8].

Con ese criterio, actualmente, este Tribunal Constitucional ha determinado que el instrumento de amparo consagrado en el artículo 86 superior es idóneo para salvaguardar el derecho a la salud, sin mediar consideraciones externas, ya que, por su naturaleza, debe ser comprendido como fundamental en sí mismo, teniendo en cuenta la relación inescindible que guarda con la vida y la dignidad del ser humano[9]. Tal posición cobra vigencia si se asume que “se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una

connotación prestacional innegable”[10].

Así las cosas, para esta alta Corte, la salud es un derecho fundamental autónomo que, además, “comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios (...) [médicos] de manera oportuna, eficaz y con calidad”,[11] lo que lo convierte en una garantía que debe proveerse a los usuarios del Sistema de Salud, dentro de los más altos estándares, cuidando la observancia del principio de integralidad[12] que lo caracteriza.

No sobra advertir que con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el legislador le otorga expresamente la iusfundamentalidad al derecho a salud y determinó que es irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Esto comprende: el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

Conforme a la línea expuesta, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, especialmente, en las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección y ha señalado que gozan de dicha condición, los niños, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y aquellos que padecen de alguna discapacidad. Por lo anterior, cuando el operador jurisdiccional se encuentre ante el estudio de un amparo constitucional que haya sido presentado por un sujeto de especial protección constitucional, su estudio debe ser realizado de manera más amplia.

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y, en consecuencia, deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad...”.

Algo similar refirió en la Sentencia C-606 de 2012[13] con respecto a las personas en condición de discapacidad:

“...las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Esta declaración se soporta en la existencia de un deber constitucional de protección fundado en las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del

Estado y de la sociedad en general. Este deber constitucional de protección está cualificado por las obligaciones del Estado colombiano adquiridas con la celebración de tratados internacionales y por obligaciones especiales recogidas en disposiciones legales y reglamentarias”.

Por ello, de conformidad con los anteriores planteamientos, no sobra ningún tipo de acción afirmativa que el juez de tutela pueda ejercer, a efectos de precaver la vulneración de los derechos fundamentales de cualquiera de estas personas, independientemente de la contingencia en la que tenga su origen.

Así las cosas, cuando el operador jurídico se enfrenta a un asunto de tal envergadura, no siempre hace falta que el afectado pida –al fallador de instancia o a la entidad demandada– los procedimientos, servicios, o insumos que requiera para superar el hecho vulnerador, por cuanto es una obligación del Estado proveérselos en tanto lo advierta, sin importar el canal a través del cual se entere, o el escenario en el que deba tomar las determinaciones a que haya lugar. Si existe una persona con cualquiera de las limitaciones antedichas, lo propio es que el juez constitucional, como garante de los valores, principios y normas de la Constitución, concurra a brindarle la protección que impone dicho Estatuto, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Se trata de un deber ineludible que sobre él se erige, en virtud de un mandato suprallegal que lo obliga a no permanecer impávido ante tal suceso; máxime, cuando derive de la eventual conculcación del derecho fundamental a la salud.

3.2. Subsidiariedad por reclamo previo ante la Superintendencia Nacional de Salud. Reiteración de jurisprudencia

A través de la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador le confirió potestades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios.

En un primer momento[14], dicha competencia cobijó inicialmente las controversias relativas a (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas

por la EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) los problemas de multifiliación; y (iv) los conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Más adelante, mediante Sentencia C-119 de 2008[15], este Tribunal Constitucional analizó un cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, referente a la presunta vulneración del debido proceso, en razón a la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS. En esa oportunidad, se resolvió declarar la exequibilidad de la citada disposición, al considerar:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura 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’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas’.”(Negrilla fuera del texto).

En ese orden de ideas, el juez constitucional debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección.

A través del análisis de varios casos particulares, la Corte Constitucional ha advertido que, pese a que la Superintendencia Nacional de Salud tiene una competencia preferente para conocer sobre la protección de garantías en relación al acceso al derecho fundamental a la salud, este recurso judicial adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

Como corolario de lo anterior, en sentencia T-206 de 2013[16] esta Corporación determinó que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como “preferente y sumario”, existen vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto, precisó:

“Queda claro que el plazo para decidir es de 10 días hábiles[17] en primera medida, bajo el entendido que esta determinación puede no ser definitiva, si se hiciera uso del recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. Empero, no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles.

Lo anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales.

Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”

De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013[18], se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia, señalando:

“En principio, la accionante, una mujer de 72 años con una prescripción médica POS de más de un año sin autorizar, debió acudir ante la Superintendencia para que su queja fuera escuchada y resuelta, como quiera que ésta al estar investida con facultades jurisdiccionales se encontraba habilitada para emitir una decisión de carácter judicial que procurara garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de la paciente.

Sin embargo, el recurso judicial ante la Superintendencia, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, procede siempre que haya habido “una negativa por parte de las entidades promotoras de salud”. Situación que no ocurre en el caso concreto, pues de parte de ASMET SALUD EPS ESS no existe negación en sentido estricto de la práctica del procedimiento, en tanto que solo existe una omisión de la autorización, un silencio. Este tipo de conducta en la demandada, atípico a la norma que regula el mecanismo ante la Superintendencia, afectaría la idoneidad de este medio en tanto que no resulta apto para solucionar la inconformidad de la accionante, como quiera que la competencia de este ente de control se restringe a las negativas de las EPS, y no a sus conductas puramente omisivas.” (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo expuesto, con el fin de determinar la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, el juez de tutela deberá estudiar, si efectivamente el trámite es idóneo y eficaz para la urgente protección de las garantías constitucionales y, si el fundamento de la solicitud de amparo se refiere a una negativa por parte de la entidad prestadora de salud, o si por el contrario, se desprende de una conducta puramente omisiva que vulnera

directamente el derecho iusfundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez constitucional inexorablemente conserva la competencia principal.

3.3. Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000[19] esta Corporación manifestó:

“En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas” (Negrilla por fuera del texto).

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997[20], reiteró que: “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad” (Negrilla por fuera del texto).

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propender, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Conforme a lo expuesto, resulta claro que se deben suministrar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el paciente, cuando por su insolvencia económica no pueda asumir su costo y con su falta, se vea expuesto a afrontar, además de sus complejas enfermedades, una serie de situaciones que atentan contra su dignidad humana. Una actuación contraria desconoce los postulados constitucionales y los pronunciamientos de esta Corte en los que se ha indicado que no se debe prestar un servicio que permita la mera existencia de la persona, sino que, además, le asegure unas condiciones de dignidad a pesar de sus irreversibles padecimientos.

Precisamente, en la Sentencia T-899 de 2002[21], la Corte señaló:

“(…) En segundo lugar, porque el derecho a la vida, como lo ha establecido esta Corporación implica el reconocimiento de la dignidad humana, es decir, no se trata de la mera existencia, sino de una existencia digna, en la cual se garanticen las condiciones que le permitan al ser humano desarrollar en la medida de lo posible sus facultades.”

Así las cosas, si a las personas que tienen aminoradas sus condiciones de salud no se les

salvaguarda su estado bajo unas condiciones tolerables que permitan su subsistencia en forma digna, entonces se les vulneran sus derechos fundamentales, pues no basta que se asuma y se les brinde una prestación de manera simple, sino que debe estar encaminada a asegurar, en todo momento, la dignidad de la persona, razón por la cual no es válido que una empresa prestadora del servicio de salud niegue la autorización y el acceso a un tratamiento, procedimiento, servicio, terapia o cualquier otra prestación requerida para, por lo menos, paliar los efectos de la enfermedad[22].

3.4. Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte:

- (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
- (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada

de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar.

3.5. Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Reiteración de jurisprudencia

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos[23]. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, surge diáfana la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, ‘es un hecho notorio’[24] que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”[25].

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

A lo dicho, se suma que el componente tuitivo, reconocido por este tribunal a este tipo de asuntos, no claudica ante el agotamiento de las alternativas vigentes de cara al derecho fundamental a la salud, sino que se extiende a la protección de otras garantías, también de rango superior, como es el caso de la vida en condiciones dignas. Así, lo ha cristalizado en sus pronunciamientos, disponiendo, en reiteradas oportunidades, “el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”[26].

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad– o de cualquier otro factor–, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos.

3.6. El derecho al diagnóstico en salud. Reiteración de jurisprudencia

Como complemento de lo sustentado en el acápite anterior, debe precisarse que pueden presentarse casos en los que las personas, sin contar con una orden médica que lo justifique, acudan a las entidades prestadoras de salud en procura de un determinado procedimiento, insumo o servicio, cuya necesidad no devenga tan notoria. Ante tal hipótesis, no resulta apropiado exigirle a estas últimas que suministren lo pedido. No obstante, ello tampoco las exime de la responsabilidad de brindar la atención adecuada a sus usuarios, ni las habilita para sustraerse de cumplir a cabalidad con la labor que el Estado les ha encomendado.

En tal sentido, que no exista una prescripción expresa de un profesional de la salud, no significa que aquellas puedan desatender, de forma tajante, cualquier requerimiento que le haga un paciente –o quien acuda en su nombre– para mejorar su salud, o acceder a las prestaciones debidas, pues el derecho fundamental a la salud comprende también el derecho al diagnóstico. De conformidad con este, “todos los usuarios del Sistema de Salud tiene [sic] derecho a que la entidad de salud responsable, les realice las valoraciones médica [sic] tendientes a determinar si un servicio médico, por ellos solicitados, y que no ha sido ordenado por el médico o especialista tratante, debe ser autorizado o no”.

Por lo anterior, resulta contrario a la posición de esta Sala que se exija a las personas que demandan el suministro de prestaciones médicas y asistenciales, como única alternativa para autorizarlos, que alleguen un soporte clínico, o que lo pretendido se encuentre cobijado por el correspondiente plan de beneficios, habida cuenta que “es deber de la entidad [prestadora de salud] contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio”, lo que permite colegir que, antes de negarlo, tiene el deber de contar con los elementos de juicio suficientes, ya sean exámenes, estudios, evaluaciones, o conceptos, pues, de lo contrario, vulneran el derecho fundamental a la salud del paciente.

Siguiendo ese orden de ideas, ante ese tipo de solicitudes –que no cuentan con el respaldo de una orden médica, o cuya prosperidad está limitada a la cobertura del Plan Obligatorio de Salud–, lo correcto no sería descartarlas ipso facto, sino darles un trámite oportuno y diligente, lo cual le implica a las referidas prestadoras abrir un abanico de posibilidades,

haciendo uso de las herramientas técnicas y científicas de las que disponen, para dotarse de los elementos cognitivos pertinentes, de cara a la solución que demande el caso, ya sea que esta coincida o no con lo pedido.

3.7. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras. Casos en los que procede su exoneración. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con lo estipulado en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del SGSSS están sujetos a pagos moderadores, entendidos como pagos compartidos o copagos, cuotas moderadoras y deducibles. Para el caso de los afiliados cotizantes, dichos valores tienen el objetivo exclusivo de racionalizar el uso de servicios del sistema[27]. Para el de los afiliados beneficiarios, el de complementar la financiación del POS.

De esta manera, el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece la diferencia que existe entre ellos. Al respecto, señala que las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, y tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, con el propósito de promover en los afiliados la inscripción a los programas de atención integral desarrollados por las EPS; al paso que las segundas, esto es, las cuotas moderadoras, se aplican única y exclusivamente a los beneficiarios, y representan una suma de dinero que corresponde a una parte del valor del servicio demandado, con el fin de ayudar a financiar el sistema.

De conformidad con el artículo 5 del citado acuerdo, los principios básicos que rigen los copagos son:

“1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y

cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.

3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.

4. No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.”

Por su parte, el artículo 4 del Acuerdo 260 de 2004 dispone que, en el régimen contributivo, las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante.

En ese sentido, el artículo 9, del mencionado acuerdo establece que el valor de copago por año calendario permitido se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición. [28]En el artículo 10 se establece el tope máximo de copagos por afiliado beneficiario por año calendario.

De la misma manera, establece que tratándose de afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo como tope máximo anual el 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento. Por último, para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor del copago será del 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Mediante sentencia C-542 del 1° de octubre de 1998[29], la Corte Constitucional resolvió que el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 debía interpretarse bajo el entendido de que “si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes (...)”.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las cuotas moderadoras y los pagos compartidos “no pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con los recursos económicos para cubrirlas puedan recibir un tratamiento médico, de tal manera que de existir una controversia alrededor de este asunto, ésta debe dirimirse a favor de la protección de los derechos fundamentales”[30].

En este contexto, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para acceder al servicio, pues toda persona tiene el derecho a disfrutar del mismo “sin ningún tipo de discriminación”[31].

Bajo la misma consideración, la Corte ha establecido dos hipótesis en las que se permiten eximir a un afiliado de la obligación de realizar los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, como resultado de la vulneración de algún derecho fundamental. En efecto, ha sostenido que las situaciones son las siguientes:

“(i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio”[32].

Del mismo modo, se ha sostenido que “será el juez constitucional el encargado de verificar,

en cada caso, si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley, obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”[33]. Así, “se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela”.

Al respecto, la jurisprudencia ha trazado unas reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por tal razón, uno de los deberes de las EPS, consiste en valorar con la información disponible o con la que le solicite al interesado, si éste carece de los medios para soportar la carga económica.

De este modo, de presentarse una acción de tutela, las EPS deben aportar la información al juez de amparo constitucional, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o frente a los cuales se alegue la imposibilidad de asumir el valor de los pagos moderadores. Se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. En caso de no hacerlo, el operador judicial, debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica.

Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

a. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.[34] Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su

inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente.

b. Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,[35] pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.[36] Asimismo, en este escenario es necesario que el juez de tutela revise el valor y periodicidad de los copagos y de las cuotas moderadoras, en aras de establecer cuan gravosa es la erogación económica en atención a los ingresos del accionante.

A la luz de lo expuesto, se concluye que la acción de tutela procede para solicitar la protección del derecho fundamental a la salud, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados por la jurisprudencia. En este orden de ideas, aunque las disposiciones que prevén el cobro de cuotas moderadoras y copagos son necesarias para la sustentación del sistema y están avaladas por esta Corporación, existe una tensión subyacente entre el equilibrio financiero del sistema y el ejercicio de los derechos fundamentales, cuando el usuario no está en capacidad de sufragar el costo de tales cuotas para acceder al servicio médico que requiere. Sin embargo, este dilema deberá, en todo caso, zanjarse a favor de la protección de los derechos fundamentales.

Atendiendo las circunstancias fácticas descritas y los elementos de juicio plasmados en esta parte considerativa, la Sala entrará a decidir los casos concretos.

4. Análisis de los casos en concreto

4.1. Expediente T-4.600.206

Tal y como se expuso en el acápite de antecedentes, la acción de tutela fue presentada por la señora Carmen Rosa Isidro Villamizar, en calidad de agente oficiosa de su hijo Luis Carlos Salamanca Isidro, en condición de discapacidad, contra la Nueva EPS, al considerar que sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna han sido vulnerados por la entidad, al no autorizarle el suministro de pañales desechables y crema antiescaras para adulto,

aduciendo que tal insumo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud. De igual manera, solicitó la atención médica domiciliaria, tratamiento integral de los padecimientos de su hijo y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras de los tratamientos médicos.

Advierte la Sala que el señor Luis Carlos Salamanca Isidro, de 24 años de edad, presenta una pérdida de capacidad laboral del 100%, al padecer de “retardo mental severo”, enfermedad que le impide controlar sus esfínteres, por lo que requiere del uso de seis (6) pañales desechables diarios y crema antiescaras.

De las pruebas que obran en el respectivo expediente se advierte que el agenciado está afiliado a la Nueva EPS, en calidad de beneficiario[37], categoría A.

En lo referente a las condiciones particulares del señor Luis Carlos Salamanca Isidro se advierte que, efectivamente, es sujeto de especial protección constitucional, toda vez que padece de una discapacidad del 100%[38], que le impide valerse por sí mismo, razón por la cual, presenta falta de control de esfínteres y requiere del uso de pañales desechables diariamente.

Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión establecer si en el asunto objeto de estudio se vulneraron los derechos constitucionales fundamentales del señor Salamanca Isidro. Para el efecto, procederá a establecer si en el caso objeto de estudio se acreditan las siguientes subreglas jurisprudenciales relacionadas con el suministro de elementos e insumos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, estos es:

(i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere

(ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS (iii) el interesado no puede directamente costearlo

En primer lugar, la Sala advierte que existe una amenaza al derecho a la vida en condiciones dignas del agenciado, pues si bien no se tratan de atenciones médicas que permitan atenuar su padecimiento o tratar su enfermedad, lo cierto es que sus pretensiones versan sobre elementos paliativos necesarios con los que puede dignificar su situación y

mejorar su calidad de vida.

En segundo lugar, se evidencia que de acuerdo a lo señalado en la Resolución 5521 de 2013, el suministro de estos insumos no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Aunando a lo anterior, se observa que la entidad, a pesar de tener las posibilidades científicas y médicas para ello, no estableció si existen elementos que pudiesen reemplazar los solicitados, pues solo se limitó a señalar que estos se encontraban excluidos del POS.

En tercer lugar, se vislumbra que la accionante no puede sufragar el costo de los pañales desechables y la crema antiescaras, comoquiera que, en razón al padecimiento de su hijo y el cuidado permanente que requiere, no puede ejercer ninguna actividad que le permita obtener cualquier ingreso.

En efecto, se verificó según consulta en el Sistema Integral de Información de la Protección Social que la accionante no se encuentra cotizando al Sistema General de Seguridad Social desde 1997 y no percibe pensión alguna de la cual pueda subsistir. De otro lado, está probado la falta de recursos económicos, de acuerdo con la clasificación que realiza la entidad demandada para sus afiliados, pues la accionante cotiza con una base menor a 2 SMLMV y paga una cuota moderadora de 2.500 pesos.[39]

Ahora bien, en relación con la existencia de una prescripción médica este Tribunal Constitucional ha indicado que, pese a que el suministro de pañales se encuentra excluido del POS, ciertas circunstancias ameritan su entrega aun cuando no se cuente con prescripción médica, en aras de garantizar la calidad de vida del paciente.

Así pues, en el caso objeto de análisis, se observa que la solicitud de pañales y demás elementos de aseo surge ante la necesidad inminente de mejorar las condiciones de vida del señor Luis Carlos Salamanca. Se advierte que la enfermedad que padece el agenciado no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarque todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar sus habilidades funcionales, mentales y sociales.

A la luz de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión considera que la negativa de la Nueva EPS de autorizar el suministro de pañales y crema antiescaras vulnera los derechos

fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana del agenciado.

De otra parte, respecto a la pretensión de la demandante de la atención médica domiciliaria la Sala advierte que, conforme a lo señalado en el artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013, este servicio se encuentra incluido en el POS[40], por lo que constituye un derecho subjetivo de todos los afiliados al sistema y, en ese sentido, debe ser autorizado por la Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, al no encontrarse probada la necesidad de dicha prestación asistencial ante la entidad demandada, se le ordenará a la EPS que le solicite al médico tratante del señor Luis Carlos Salamanca un concepto para que determine la necesidad del servicio, pues es él quien tiene el conocimiento certero de la historia clínica del paciente.

Ahora bien, en lo que respecta a la solicitud de atención integral, teniendo en cuenta que el agenciado es sujeto de especial protección constitucional, la Corte ordenará a la Nueva EPS que brinde todo el tratamiento integral para los padecimientos del joven en condición de discapacidad, ya que se infiere que debido a su enfermedad requiere normalmente de citas, exámenes médicos y valoraciones para el seguimiento de sus afecciones.

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la Sala considera que resulta admisible tal solicitud si se tiene en cuenta que la señora Carmen Rosa Isidro Villamizar no está en condiciones de sufragar dicha obligación, por cuanto es madre cabeza de familia y es cotizante al régimen de salud con un ingreso base de cotización menor a dos salarios mínimos.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la decisión del Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., proferida el 8 de septiembre de 2014 en única instancia, en cuanto ordenó la práctica de una valoración médica a fin de establecer si los insumos solicitados se requieren para mejorar su calidad de vida y se revocará en lo relacionado a las restantes pretensiones del actor. En su lugar, ordenará a la Nueva EPS que, (i) el médico tratante dicte concepto médico para determinar, de ser necesario, las condiciones de tiempo y modo en que debe suministrarse la atención médica domiciliaria (ii) le brinde tratamiento integral a sus patologías y, (iii) la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras para los tratamientos que requiere debido a la enfermedades que padece.

4.2. Expediente T-4.606.767

En el asunto que ahora debe analizar este Tribunal Constitucional, se encuentran involucrados los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana del señor Marcos Pérez Carpintero, un adulto mayor de 74 años de edad quien, debido a un accidente isquémico cerebral y que padece de cáncer gástrico, se encuentra postrado en cama y no tiene control de sus esfínteres.

Como consecuencia de su precario estado de salud, requiere de pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, crema antiescaras, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables, colchón hospitalario, y una enfermera 24 horas. De igual manera, solicita a la Nueva EPS que le brinde todo el tratamiento integral, una enfermera 24 horas y médico domiciliario para las patologías que padece.

En la contestación del escrito tutela la EPS accionada, negó las prestaciones solicitadas argumentando que estaban excluidas del Plan Obligatorio de Salud. Ahora bien, respecto a la pretensión de suministro de bala de oxígeno mensual, alegó carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto este insumo había sido autorizado el 25 de julio de 2014.

Al respecto, el operador jurisdiccional, decidió negar las pretensiones del demandante, bajo el fundamento de que no existía fórmula médica que prescribiera lo pretendido. Asimismo, argumentó que el actor podía acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para solicitar las prestaciones excluidas del POS.

Con ese criterio, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión establecer si en el asunto sub examine se acreditan las subreglas jurisprudenciales expuestas en la parte considerativa de esta providencia en lo relacionado con la autorización de insumos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y, en ese orden, determinar si hay o no vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana del señor Marcos Pérez Carpintero.

En primer término, la Sala advierte el carácter urgente y necesario del suministro de los insumos requeridos con el fin de garantizarle una calidad de vida digna y hacer más llevadera su situación vital.

Ahora bien, en concordancia con lo señalado en la Resolución 5521 de 2013, la Sala encuentra que el suministro de estos insumos no puede ser sustituido por otros que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. De igual manera, de la contestación de la tutela se concluye que la entidad no determinó si existen elementos que pudieran reemplazar a los pretendidos.

Finalmente, se observa que, conforme al principio de buena fe, el agenciado ni su familia pueden sufragar directamente el costo de las prestaciones solicitadas, como quiera que viven en estrato 1, lo que limita las posibilidades del paciente y de su familia para adquirir pañales desechables para adulto “Talla L”, toallas húmedas, crema antiescaras, suplemento alimenticio PREBIO I, una bala de oxígeno, guantes desechables y colchón hospitalario.

Teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que envuelven el asunto sub examine, la Sala Cuarta de Revisión considera que la negativa de la Nueva EPS de autorizar el suministro de los insumos pretendidos vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social del señor Marcos Pérez Carpintero.

De otro lado, respecto a la pretensión del demandante de la atención médica domiciliaria y el servicio de enfermería 24 horas, la Sala encuentra que, conforme a lo señalado en el artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013, estos servicios se encuentran incluidos en el POS[41], por lo que constituye un derecho subjetivo de todos los afiliados al sistema y, en ese sentido, debe ser autorizado por la Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, al no encontrarse probada la relación de necesidad de dicha prestación asistencial ante la entidad demandada, se le ordenará a la EPS que le solicite al médico tratante de Marcos Pérez Carpintero un concepto para que determine la necesidad del servicio, pues es él quien tiene el conocimiento certero de la historia clínica del paciente.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de atención integral, teniendo en cuenta las enfermedades catastróficas que presenta el agenciado, la Corte ordenará a la Nueva EPS que brinde todo el tratamiento integral para sus padecimientos, toda vez que se infiere que debido a su avanzada edad y a las enfermedades que presenta, requiere con frecuencia de la autorización de citas, exámenes médicos y valoraciones para el seguimiento de sus afecciones.

Como consecuencia de lo anterior, revocará el fallo del Juzgado Segundo Laboral del

Circuito de Barranquilla, del 4 de agosto de 2014, que resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Halley Pérez Arroyo, actuando como agente oficioso de su padre Marcos Pérez Carpintero, y ordenará a la Nueva EPS que, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho: (i) previa valoración del médico tratante, le suministre los pañales desechables que requiere, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique, así como la crema antiescaras, las toallas húmedas, el suplemento alimenticio y el colchón hospitalario (ii) le brinde tratamiento integral a sus patologías y, (iii) el médico tratante dicte concepto médico para determinar, de ser necesario, las condiciones de tiempo y modo en que debe suministrarse la atención médica domiciliaria y el servicio de enfermería por 24 horas.

En relación con la solicitud de la bala de oxígeno se declarará la carencia actual de objeto, por cuanto en el trámite de esta actuación, ya se había autorizado.

4.3. Expediente T-4.615.717

En el asunto sub examine de revisión, se encuentran involucrados los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la adulta mayor Ana Rut Gómez Miranda, de 83 años de edad, beneficiaria del régimen subsidiado en salud, y quien padece diabetes mellitus e hipertensión arterial, lo que le ha generado una falta de control de esfínteres. Por lo anterior, solicita vía tutela que le sean suministrados pañales desechables para mejorar su calidad de vida.

La entidad demandada, EMSSANAR EPS, refirió que ni la agenciada ni su representante se habían acercado a la entidad a solicitar los insumos de salud que ahora pretende sean suministrado vía tutela.

Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión establecer si en el asunto sub examine se acreditan las subreglas jurisprudenciales desarrolladas reiteradamente por la Corte Constitucional en lo relacionado con la autorización de insumos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y, de esta manera, establecer si la entidad promotora de salud vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud de la adulta mayor Ana Rut Gómez Miranda.

En primer lugar, la Sala advierte que de no suministrarse los pañales desechables se podría

poner en peligro la dignidad de la agenciada, pues aunque no se tratan de servicios médicos que vayan a tratar su enfermedad, constituye un insumo que podría optimizar sus condiciones de salud y vida.

De otro lado, se evidencia que, de acuerdo a lo señalado en la Resolución 5521 de 2013, el suministro de pañales no puede ser sustituido por otro insumo que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Aunando a lo anterior, se tiene probado que la entidad, a pesar de tener las posibilidades científicas y médicas para ello, no estableció si existen elementos que pudiesen reemplazar los solicitados.

Finalmente, respecto a la capacidad de costear el insumo directamente, la Sala Cuarta de Revisión, aplicará la presunción de incapacidad económica derivada del hecho que la agenciada y su hijo se encuentran vinculados al régimen subsidiado de salud.

Visto lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión considera que aunque no existe prescripción médica que lo indique, resulta un hecho notorio que la señora Gómez Miranda requiere del uso de pañales para mantener una vida en condiciones dignas. Conforme a lo anterior, se ordenará su suministro, previa valoración médica, con el ánimo de que sea aquel quien determine la cantidad, calidad y frecuencia con la que serán suministrados.

Ahora bien, respecto a la pretensión del demandante de la atención médica domiciliaria, la Sala advierte que existe carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que el 9 de junio de 2014, EMSSANAR EPS autorizó a la IPS HOME HEALTH SALUD EN CASA SAS, prestar el correspondiente servicio de atención de visita domiciliaria.

Finalmente, en el caso bajo examen, la Sala Cuarta encuentra que la pretensión de tratamiento integral en salud invocada requiere de diagnóstico efectivo, lo que impide conceder un tratamiento incierto, cuya valoración no se ha sometido a la lex artis de los profesionales de la medicina, razón por la cual, se ordenará al médico tratante que valore a la señora Ana Rut Gómez Miranda a fin de determinar el tratamiento integral que requiera.

Como consecuencia de lo anterior, revocará la sentencia del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, dictada el 17 de junio de 2014, que en única instancia, decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la agenciada, y como

consecuencia, se ordenará a EMSSANAR EPS que, previa valoración del médico tratante, le suministre los pañales desechables, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique y el tratamiento integral que requiere.

De igual manera, se declara la carencia actual de objeto de la atención de visita domiciliaria, en la medida en que en el curso de la actuación se acreditó que la misma había sido autorizada.

4.4. Expediente T-4.619.939

Mónica Patricia Ocampo Castaño, incoó acción de tutela en contra de Savia Salud EPS, por haberle negado a su tía Leonor Ocampo de Quiroz, el suministro de pañales desechables, argumentando que no existía prescripción médica para ello.

En respuesta, Savia Salud EPS argumentó que, de acuerdo al anexo 1 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, los pañales desechables no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud. En línea con lo anterior, el operador jurisdiccional de instancia decidió negar el amparo iusfundamental, fundamentando que la entidad no está en obligación de suministrarlos, ni existía una prescripción médica que demostrara la necesidad de dicho servicio.

Con ese criterio, se analizará si se cumplen las reglas jurisprudenciales expuestas en la parte considerativa de esta sentencia para que una entidad promotora de salud deba otorgar una prestación de salud, aún cuando no se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

Al respecto, la Sala constata que la falta de suministro de pañales desechables podría ayudar a mitigar las condiciones de vida digna de la señora Leonor Ocampo de Quiroz.

Aunando a lo anterior, se tiene probado que la entidad, a pesar de tener las posibilidades científicas y médicas para ello, no estableció si existen elementos que pudiesen reemplazar los pañales desechables, pues solo se limitó a señalar que estos se encontraban excluidos del POS.

Finalmente, en aplicación de la presunción de incapacidad económica derivada del hecho que la agenciada se encuentra vinculada al régimen subsidiado en salud, la Sala concluye

que la accionante no cuenta con la capacidad de sufragar directamente, el insumo requerido en el mecanismo de amparo.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional concluye que, en el caso de la señora Leonor Ocampo de Quiroz, se hace necesario del uso de pañales desechables. Sin embargo, en consideración a que no reposan en el expediente pruebas que permitan determinar la cantidad, calidad y frecuencia con que los requiere, es necesario que el médico tratante precise lo referente a su suministro.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará revocar la sentencia del Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín, que negó las pretensiones de la señora Mónica Patricia Ocampo, quien actuaba como agente oficiosa de su tía, Leonor Ocampo de Quiroz y, en consecuencia, se amparará los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social y, se ordenará a Savia Salud EPS que, previa valoración del médico tratante le suministre los pañales desechables que requiere, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C., proferido el 8 de septiembre del 2014, en el trámite del proceso de tutela T-4.600.206 promovido por el señor Luis Carlos Salamanca Isidro, en cuanto ordenó la práctica de una valoración médica a fin de establecer si los insumos solicitados se requieren para mejorar su calidad de vida. En su lugar, REVOCARLO en cuanto negó las restantes solicitudes de Luis Carlos Salamanca Isidro, identificado con cédula de ciudadanía No.1.012.372.407.

SEGUNDO. ORDENAR a la Nueva EPS a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia: (i) el médico tratante dicte concepto médico para

determinar, de ser necesario, las condiciones de tiempo y modo en que debe suministrarse la atención médica domiciliaria (ii) le brinde tratamiento integral a las patologías del señor Luis Carlos Salamanca Isidro y, (iii) la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras para los tratamientos que requiere debido a la enfermedades que padece.

TERCERO. REVOCAR el fallo proferido en única instancia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, Atlántico, proferido el 4 de agosto del 2014, en el trámite del proceso de tutela T-4.606.767. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad del señor Marcos Pérez Carpintero, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.712.658.

CUARTO. ORDENAR a la Nueva EPS a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia: (i) previa valoración del médico tratante, le suministre al señor Marcos Pérez Carpintero los pañales desechables que requiere, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique, así como la crema antiescaras, las toallas húmedas, el suplemento alimenticio y el colchón hospitalario (ii) le brinde tratamiento integral a sus patologías y, (iii) el médico tratante dicte concepto médico para determinar, de ser necesario, las condiciones de tiempo y modo en que debe suministrarse la atención médica domiciliaria y el servicio de enfermería por 24 horas.

QUINTO. DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en lo relacionado con la bala de oxígeno.

SEXTO. REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Conocimiento de Popayán, Cauca, proferido el 17 de junio de 2014, en el trámite del proceso de tutela T-4.615.717. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de la señora Ana Rut Gómez Miranda, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.545.482.

SÉPTIMO. ORDENAR a EMSSANAR EPS a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia que, previa valoración del médico tratante, le suministre los pañales desechables a la señora Ana Rut Gómez Miranda, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique y el tratamiento integral que requiere.

OCTAVO. DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en lo relacionado con el servicio de atención domiciliaria.

NOVENO. REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín, Antioquia, proferido el 28 de febrero de 2014, en el trámite del proceso de tutela T-4.619.939. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la señora Leonor Ocampo de Quiroz, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.442.677.

DÉCIMO. ORDENAR a Savia Salud EPS a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia y previa valoración del médico tratante le suministre los pañales desechables a la señora Leonor Ocampo de Quiroz, que requiere, en la cantidad, calidad y frecuencia que dicho profesional indique.

UNDÉCIMO. Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] IPS HOME HEALTH SALUD EN CASA SAS

[3] Aunque ello no se manifieste en las correspondientes solicitudes, de la exposición de los hechos resulta evidente. Ver sentencia T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[4] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[5] A la cual pertenece Colombia.

[6] Ver, entre otras, las sentencias: T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-062 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-976 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y; T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

“[7] En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 del 11 de octubre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-850 del 10 de octubre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-859 del 25 de septiembre de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-666 del 9 de julio de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes ».

[8] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

[9] Ibidem

[10] Sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] Ibídem.

[12] Ver, entre otras, la sentencia T-548 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[13] M.P. Adriana María Guillén Arango.

[14] La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la respectiva Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados e instituyó, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario” el cual se debe llevar a cabo “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”. Sentencia T-804 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[15] M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[16] M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

[17] “Entendidos como hábiles según lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal.”

[18] M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[19] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[20] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[21] M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[22] Ver por ejemplo, las Sentencias T-949 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-202 de 2008, M. P. Nilson Elías Pinilla Pinilla, T-899 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[23] Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[24] “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones(...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’(...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo

de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

[25] Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

[26] Sentencia T-073 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[27] Ver Acuerdo 260 de 2004. Allí se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A su vez, se hace la diferenciación entre las cuotas moderadoras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, cuyo objeto es el de regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, mientras que los copagos se cobran a los afiliados beneficiarios como una parte del valor del servicio médico requerido y tienen la finalidad de ayudar a financiar al sistema de salud.

[29] Sentencia C-542 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

[30] Ver sentencia T-036 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[31] Artículos 187 y 188 ('Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios') de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006, la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

[32] Ver sentencias T-725 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y T-388 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[33] Ver sentencias T-563 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-648 de 2011 y T-388 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[34] Sobre la materia se pueden consultar las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002 y T-113 de 2002.

[35] Sentencias T-867 de 2003 y T-861 de 2002.

[36] Sentencia T-744 de 2004. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en los siguientes fallos T-984 de 2004, T-236A de 2005, T-805 de 2005 y T-888 de 2006.

[37] Folio 17, cuaderno 2.

[38] Folio 4, cuaderno 2.

[39] <http://www.nuevaeps.com.co/Empleadores/Cotizaciones.aspx>

[40] ARTÍCULO 29. ATENCIÓN DOMICILIARIA. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud.

[41] ARTÍCULO 29. ATENCIÓN DOMICILIARIA. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud.