

Sentencia T-314/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Aunque el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, en principio, podría considerarse idóneo para asegurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas, la acción de tutela resulta procedente cuando las circunstancias particulares de cada caso concreto hacen que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar tales prerrogativas; o cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o a un derecho constitucional fundamental, que requiera medidas urgentes e impostergables para evitar su ocurrencia.

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

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

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

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

Conforme con lo dispuesto por el Artículo 48 de la Carta Política, a la seguridad social se le reconoce una doble condición, como (i) un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional y (ii) un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección del Estado, a través de entidades públicas o privadas, prestación que se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad.

SEGURIDAD SOCIAL-Concepto

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Naturaleza y alcance

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

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional especial

Esta Corporación ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

Si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, la jurisprudencia constitucional y la ley le otorga a los sujetos de especial protección constitucional un trato preferente respecto de los demás usuarios del sistema pues “con fundamento en las normas internacionales y en la Carta Política el derecho de los menores a beneficiarse de la seguridad social implica que los entes del Estado y aquéllos que en su nombre prestan el servicio de Salud, deben prestar especial atención especial a este grupo de personas por encima de las reglamentaciones ordinarias que se opongan a tal

imperativo”.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamentos y elementos esenciales para sobrellevar un padecimiento o enfermedad que afecte la calidad y la dignidad de la vida

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

AUTORIZACION DE SERVICIOS E INSUMOS RECLAMADOS SIN ORDENES MEDICAS-Cuando se configura un hecho notorio

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participantes vinculados

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE UN AÑO-Atención gratuita hasta tanto ingrese a los regímenes de salud

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Debe ser sin demoras y cargas administrativas que no les corresponde asumir a los usuarios

PROHIBICION A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD, EXIGIR A LOS USUARIOS Y/O A SUS FAMILIARES PAGARES PARA CUBRIR LOS SERVICIOS MEDICOS PRESTADOS AL PACIENTE

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Vulneración por autoridades administrativas de hospital, al exigir suscripción de pagaré para autorizar egreso de paciente

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL-Orden a Fundación Hospital la Misericordia devolver pagaré a su favor, derivado de la prestación de servicios de salud a hijo de accionante menor de un año

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice examen y cita médica especializada

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice y entregue pañales desechables y suplemento alimenticio ensure

Expedientes acumulados

T-5.933.436 Acción de tutela contra Coosalud EPS-S, presentada por Loyla Luz Genes Yepes como agente oficioso de Gabriel Domingo Genes Villareal

T-5.933.515 Acción de tutela contra Fundación La Misericordia, presentada por Elizabeth Rosas Rodríguez en representación de su hijo menor de edad Juan Camilo Martín Rosas

T-5.942.371 Acción de tutela contra Nueva EPS, presentada por Luz Elena Londoño de Bedoya

T-5.945.161 Acción de tutela contra Nueva EPS, presentada por Luz Stella Giraldo como agente oficioso de Jesús Antonio Rosas Homez

T-5.955.341 Acción de tutela contra Convida EPS, presentada por Édgar Arias Zarate como agente oficioso de Matilde Zarate de Arias

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido (i) el 29 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo que, a su vez, revocó lo dispuesto el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Civil Oral de Sincelejo, en el trámite iniciado por Loyda Luz Genes Yepes como agente oficioso de Gabriel Domingo Genes Villareal contra Coosalud EPS-S (T-5.933.436); (ii) el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal, en el trámite iniciado por Elizabeth Rosas Rodríguez en representación de su hijo menor de edad Juan Camilo Martín Rosas contra la Fundación Hospital la Misericordia, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y Cruz Blanca EPS (T-5.933.515); (iii) el 27 de septiembre de 2016, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano-Tolima, en el trámite

iniciado por Luz Elena Londoño de Bedoya contra Nueva EPS (T-5.942.371); (iv) el 26 de octubre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué que, a su vez, confirmó el dictado el 18 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, en el trámite iniciado por Luz Stella Giraldo Méndez como agente oficioso de Jesús Antonio Rosas contra Nueva EPS (T-5.945.161); y (v) el 22 de agosto de 2016 por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco - Cundinamarca, en el trámite iniciado por Édgar Arias Zárate como agente oficioso de Matilde Zárate de Arias contra Convida EPS (T-5.933.515).

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Uno de la Corte Constitucional, mediante auto del veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017), decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-5.933.436, T-5.933.515, T-5.942.371, T-5.945.161 y T-5.955.341 y repartirlos a la Sala Cuarta de Revisión. En ese mismo proveído, la Sala resolvió acumular estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.933.436

1.1. La solicitud

La señora Loyda Luz Genes Yepes, en calidad de agente oficioso de Gabriel Domingo Genes Villareal, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciado, los cuales considera vulnerados por Coosalud EPS, por no autorizar la entrega de pañales desechables y el suplemento vitamínico Protevit Polvo.

1.2. Hechos

El señor Gabriel Domingo Genes Villareal tiene, a la fecha, 88 años de edad. Se encuentra afiliado a Coosalud EPS-S, en el régimen subsidiado, en calidad de cabeza de familia. Fue diagnosticado con “tumor maligno de próstata”.

El 27 de julio de 2017, el médico tratante le ordenó el medicamento Provit Polvo. Aunado a

ello, la agenciante indica que el señor Genes Villareal requiere el uso diario de pañales desechables pues, debido al avanzado estado de su enfermedad, no controla esfínteres.

No obstante, refiere que se encuentran en una situación económica precaria que les impide incurrir en el gasto de los insumos que necesita el señor Gabriel Domingo.

1.3. Pretensión

La señora Loyda Luz Genes Yepes pretende que se le amparen a su agenciado, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Coosalud EPS-S que autorice y entregue los pañales desechables y Provit Polvo que requiere el señor Gabriel Domingo Genes Villareal, durante el tiempo que sea necesario.

1.4. Pruebas que obran en el expediente

- * Copia de la cédula de ciudadanía del señor Gabriel Domingo Genes Villareal (folio 7).
- * Copia de la historia clínica del señor Gabriel Domingo genes Villareal expedida por la Clínica Salud Social (folios 8 a 10).
- * Copia de la historia clínica del señor Eliud Méndez Amezquita (folios 10 a 16).
- * Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Loyda Luz Genes Yepes (folio 12)

1.5. Oposición a la acción de tutela – Coosalud EPS-S

El 10 de agosto de 2016, el Juzgado Tercero Civil Oral Municipal de Sincelejo admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa.

El 16 de agosto del 2016, el gerente de la sucursal Sucre, respondió a las pretensiones elevadas en la acción de tutela, indicando que los insumos que requiere el paciente se encuentran excluidos del POS conforme a lo dispuesto en el numeral 18 y 21 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud. Por tanto, solicitó se desestimaran las solicitudes del accionante y, en consecuencia, se declarara la

improcedencia de la acción tuitiva.

1.6. Decisión judicial que se revisa

1.6.1. Primera instancia

El 19 agosto de 2016, el Juzgado Tercero Civil Oral Municipal de Sincelejo concedió el amparo invocado, considerando que el señor Gabriel Domingo es una persona de la tercera edad que carece de los medios económicos suficientes para costear los gastos que representa la compra de pañales desechables y el suplemento vitamínico que le fue ordenado.

En consecuencia, ordenó a Coosalud EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, autorizara el suministro de suplemento vitamínico Provit Polvo, así como el suministro de pañales desechables para adultos a favor del señor Gabriel Domingo Genes Villareal.

1.6.2. Impugnación

El 25 de agosto de la misma anualidad, la entidad accionada impugnó la decisión, al estimar que el juez constitucional no tuvo en cuenta que los insumos requeridos por el accionante están excluidos de POS y, por tanto, no pueden ser recobrados ante el Fosyga.

En consecuencia, solicitó que se revocara en su totalidad el fallo de primera instancia o que, en su defecto, se concediera la posibilidad de recobrar el costo de los insumos.

1.6.3. Segunda instancia

El 29 de septiembre del año 2016, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo revocó el fallo del a quo con el argumento según el cual, de las pruebas que obran en el expediente, no se evidencia con certeza que el señor Gabriel Domingo Genes Villareal padezca de cáncer de próstata.

En su criterio, lo que se deduce de la historia clínica aportada como probanza, es que el paciente se dirigió a urgencias y, por tanto, se le dio un diagnóstico anticipado de lo que podría significar su dolencia.

1.7. Actuación surtida en sede de Revisión

El 29 de marzo de 2017, el Magistrado Ponente evidenció que la información que contenía la base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social indicaba que el señor Gabriel Domingo Genes Villareal figuraba en estado: “afiliado fallecido”.

2. Expediente T-5.933.515

2.1. La solicitud

La señora Elizabeth Rosas Rodríguez, actuando como representante de su hijo recién nacido, Juan Camilo Martín Rosas, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de su hijo y su núcleo familiar, los cuales considera vulnerados por la Fundación Hospital La Misericordia, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá, al hacerle firmar un pagaré derivado de la atención de urgencia que requirió el infante.

2.2. Reseña fáctica

Óscar Jair Martín Gutiérrez y Elizabeth Rosas Rodríguez indican ser cónyuges y tener dos hijos de 3 y 10 años de edad. Aducen no tener afiliación a seguridad social, dado que, en una encuesta realizada por el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -Sisben-, se les asignó un puntaje que les impidió afiliarse a ese régimen. Por tanto, aseguran ser atendidos como participantes vinculados a través de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá.

El 16 de mayo de 2016, la señora Elizabeth Rosas Rodríguez dio a luz a Juan Camilo Martín Rosas, su tercer hijo, en el Hospital San Blas. Al día siguiente de su nacimiento, el infante debió ser trasladado a la Fundación Hospital La Misericordia pues presentó una dificultad respiratoria, por la cual fue internado en cuidados intensivos neonatales de esa institución.

El 20 de mayo de la misma anualidad, el médico tratante del recién nacido decidió darlo de alta pues había superado la dificultad con la que ingresó. Inmediatamente, se le explicó a la señora Elizabeth Rosas que, como quiera que el menor no se encontraba afiliado a ningún régimen de salud, para darlo de alta, debía cancelar la suma de \$5.967.174 por concepto de la atención en salud brindada.

Los padres del recién nacido, al indicar que no tenían los recursos para saldar dicha deuda,

debieron firmar un pagaré en blanco (y la carta de instrucciones, respectiva), en el cual el señor Óscar Jair Martín figuró como deudor y la señora Elizabeth Rosas como deudor solidario.

El 26 de mayo de 2016, el señor Óscar Jair elevó una petición ante la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, solicitando se amparara el derecho fundamental a la salud del infante y se procediera a cancelar el valor adeudado en la Fundación Hospital La Misericordia.

No obstante, hasta la fecha de interposición de la acción de tutela no se habían contestado dichas solicitudes.

Sostiene la señora Elizabeth, que no tiene los recursos económicos para saldar la obligación que suscribió con la Fundación Hospital la Misericordia pues, su núcleo familiar depende económicamente de los ingresos que percibe el señor Óscar Jair, quien se desempeña como auxiliar en un taller de automóviles y devenga menos de un salario mínimo.

2.3. La pretensión

La señora Elizabeth Rosas Rodríguez pretende que se le ampare a su representado, el derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y al Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá, salde la deuda en la que incurrió con la Fundación Hospital la Misericordia, con ocasión de la atención de urgencia que requirió su hijo recién nacido.

2.4. Pruebas que obran en el expediente

* Copia del puntaje emitido a Juan Camilo Martín Rosas y Óscar Jair Rosas Rodríguez, en el que se evidencia puntaje de 41,59; consulta del 22 de septiembre de 2016 (folios 1 y 2).

* Copia de la cédula de ciudadanía de Elizabeth Rosas Rodríguez y de Óscar Jair Martín Gutiérrez (folios 3 y 4).

* Copia de la petición, con el registro civil de nacimiento de Juan Camilo Martín Rosas como

anexo, elevado a la Secretaría de Salud Distrital de Bogotá y al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- por Óscar Jair Martín Gutiérrez (folios 5 a 13).

* Copia de la historia clínica y la epicrisis del Juan Camilo Martín Rosas emitida por la Fundación Hospital la Misericordia (folios 14 a 16).

* Copia del pagaré y la carta de instrucciones para llenar el pagaré en blanco, suscrito por Óscar Jair Martín Rodríguez, como deudor y Elizabeth Rosas Rodríguez, como codeudora, en favor de la Fundación Hospital la Misericordia (folios 17 y 18).

* Copia de la pre factura emitida a Elizabeth Rosas Rodríguez, en la que se agrupa el costo de consultas médicas especializadas, enfermería, estancia, imagenología convencional, insumos, laboratorio, medicina física y terapias y medicamentos, por valor de \$ 5.967.174 (folios 19 y 20).

* Copia de la información básica del afiliado del Fosyga, en la que se indica que Elizabeth Rosas Rodríguez, se encuentra desafiada al régimen contributivo en salud (folios 21 y 22).

* Copia del registro de encuesta de Sisben, en el que se indica que Elizabeth Rosas Rodríguez tiene puntaje de 61.20 del 26 de enero de 2016, emitido por la Alcaldía Mayor de Bogotá (folio 23).

* Copia de historia clínica de Juan Camilo Martín Rosas, emitida por el Hospital San Blas (folios 24 y 25).

* Copia del registro civil de nacimiento de Juan Camilo Martín Rosas (folio 26)

* Copia del certificado de puntaje emitido a Elizabeth Rosas Rodríguez, en el que se indica que tiene puntaje de 41,59; consulta del 9 de junio de 2016 (folio 27 y 28).

2.5. Oposición a la acción de tutela

El 9 de noviembre de 2016, el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá admitió el recurso de amparo y corrió traslado a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho de defensa, así mismo, dispuso vincular a Cruz Blanca EPS1.

Es de resaltar que, antes de allegar las contestaciones de este recurso de amparo, la Secretaría Distrital de Salud respondió a la petición elevada por Óscar Jair Martín Gutiérrez, el 26 de mayo de 2016, indicando que dicha solicitud se remitía por competencia a la EPS-S Capital Salud, para que resolviera el pedimento allí contenido.

2.5.1. Fundación Hospital La Misericordia

El jefe de la oficina de la asesora jurídica respondió a los hechos de esta acción en los siguientes términos:

El infante Juan Camilo Martín Rosas no tiene afiliación a salud pero tiene calificación Sisben nivel 1 desde el 9 de junio de 2016. Adicionalmente, expuso que, teniendo en cuenta que ni la madre ni el menor tienen afiliación activa a ninguno de los regímenes de prestación de salud, el servicio está a cargo del Fondo Financiero Distrital de Salud, a través de las subredes integradas de atención o la red pública o privada. Esto, constituye la red complementaria con la cual se brinda atención en salud, de manera temporal, a la población desprotegida, mientras no cuente con una afiliación activa a una EPS del régimen subsidiado o contributivo.

Ahora, por parte de la Fundación Hospital La Misericordia, se expone, existe una omisión en el deber de afiliar al menor de edad a una EPS del régimen subsidiado, tal como lo contempla el artículo 12 del Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Además, por disposición constitucional la atención en salud de los menores en el primer año de vida goza de gratuidad de conformidad con el Artículo 50 Superior.

De otra parte, la entidad sostiene que, para poder garantizar los servicios de salud del grupo familiar, deben afiliarse a una EPS del régimen subsidiado.

Por lo expuesto, considera que no ha vulnerado derechos fundamentales, toda vez que la Fundación Hospital La Misericordia fue quien abiertamente generó cobros por concepto de atención en salud de un menor de edad cuando dicha situación se encuentra expresamente prohibida en la Carta Política.

2.5.2. Cruz Blanca EPS

La gerente regional de Cundinamarca respondió a la acción de tutela, indicando que la

señora Elizabeth Rosas Rodríguez se encuentra desafiada de esa entidad desde el 12 de febrero de 2012. En ese sentido, ni ella ni el menor Juan Camilo Martín Rosas se encuentran recibiendo servicios de salud de esa EPS. Así las cosas, solicitó ser desvinculada del presente trámite.

2.6. Decisión judicial que se revisa

El 22 de noviembre de 2016, el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá negó las pretensiones de la accionante al considerar que, si bien es cierto la Fundación Hospital la Misericordia desconoció el presupuesto constitucional según el cual, a ningún menor de un año que carezca de afiliación a seguridad social, se le cobrará la atención en salud, lo cierto es que al recién nacido se le atendió y, por tanto, el objeto de la presente acción de tutela es exclusivamente dinerario. Por ello, indica que los accionantes deben iniciar los trámites administrativos o judiciales a fin de proteger los derechos económicos que, en su sentir, erradamente, reclaman a través de esta acción constitucional.

3. Expediente T-5.942.371

3.1. La solicitud

La señora Luz Elena Londoño de Bedoya promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS y la Secretaría de Salud departamental del Tolima, por no autorizarle la cita médica especializada que requiere.

3.2. Reseña fáctica

La señora Luz Elena Londoño de Bedoya tiene, a la fecha, 62 años de edad y se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, a través de la Nueva EPS.

El 14 de julio de 2016, le fue diagnosticado por el médico tratante adscrito a la entidad “enfermedad inflamatoria pélvica femenina-prolapso uterovaginal” y, por tal motivo, le fue ordenado el examen médico ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal y una cita con médico ginecólogo.

Indica la accionante que ha intentado, en repetidas ocasiones, que la Nueva EPS autorice y

programe la realización del examen, así como, la asignación de la cita con el especialista. No obstante, hasta la fecha, no ha recibido respuesta2.

Como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la cita que necesitaba, la accionante expone que se trasladó de EPS, quedando así, afiliada a Cafesalud. Sin embargo, adujo que en esta entidad, tampoco le habían autorizado sus solicitudes.

3.3. La pretensión

La señora Luz Elena Londoño de Bedoya pretende que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS y a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima que autoricen y programen la realización de examen médico “ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal” y la cita con médico ginecólogo que le fue ordenado por el médico tratante.

3.4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Copia de la prescripción médica del 14 de julio de 2016, emitida por el Hospital Regional del Líbano-Tolima, en la que se ordena ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal a Luz Elena Londoño de Bedoya (folio 1).

* Copia de la prescripción médica del 14 de julio de 2016, emitida por el Hospital Regional del Líbano-Tolima, en la que se realizó la valoración por ginecología a Luz Elena Londoño de Bedoya (folio 2).

* Copia del reporte de historia clínica de consulta externa, expedido por el Hospital Regional del Líbano (Tolima), a Luz Elena Londoño de Bedoya (folios 3 a 5).

* Copia de la cédula de ciudadanía de Luz Elena Londoño de Bedoya (folio 6).

3.5. Oposición a la acción de tutela

El 13 de septiembre de 2016, el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano (Tolima) admitió el

recurso de amparo y corrió traslado a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho de defensa.

3.5.1. Secretaría de Salud departamental del Tolima

La secretaria de salud del departamento contestó a los hechos y las pretensiones de la accionante, indicando que tanto el examen ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal, como la cita con el médico ginecólogo le corresponde a Cafesalud EPS.

3.5.2 .Nueva EPS

El gerente zonal del Tolima solicitó al juzgado que se desvinculara a la entidad de la causa pasiva a la institución pues logró constatar que la señora Luz Elena Londoño de Bedoya se encuentra afiliada a Cafesalud EPS.

Por tanto, la presunta vulneración de los derechos fundamentales no se desprende de la actuación de la entidad que representa.

3.6. Decisión judicial que se revisa

El 27 de septiembre de 2016, el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano negó la solicitud de amparo al evidenciar que, tal como lo expuso la Nueva EPS, la accionante se encuentra afiliada a Cafesalud EPS y por tal motivo, la accionante debe acudir a esa entidad, para que se le autoricen los servicios requeridos.

3.7. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

A través de auto del 24 de marzo de 2016, el Magistrado Sustanciador resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR que por conducto de la Secretaría General, se VINCULE a Cafesalud EPS. Asimismo, se ponga en conocimiento de la entidad el contenido de la demanda de tutela que obra en el expediente T-5.942.371 para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría General que en cumplimiento del artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992, modificado por el artículo 64 del Acuerdo 01 del 30 de abril de 2015, se

ponga a disposición de las partes o de los terceros con interés la contestación de Cafesalud EPS, para que, si a bien tienen, se pronuncien sobre la misma en un término no mayor a tres (3) días.”

El 4 de abril de 2017, vencido el plazo dispuesto por auto, la entidad accionada guardó silencio. En consecuencia, no resultó necesario dar cumplimiento al numeral segundo del auto proferido.

4. Expediente T-5.945.161

4.1. La solicitud

4.2 Reseña fáctica

El señor Jesús Antonio Rosas Homez tiene, a la fecha, 78 años de edad. El 27 de junio de 2016, tuvo que ser trasladado a emergencias pues sufrió un prolongado sangrado por el cual fue diagnosticado con “evento cerebrovascular isquémico agudo en región temporoparietal derecho”.

Expone la agenciante que el 8 de julio de 2016 (antes que el médico tratante diera de alta al señor Rosas Homez), le ordenaron terapias físicas domiciliarias dos (2) veces al día, por un término de 90 días; pues, al salir de la clínica, aún tenía la mitad de su cuerpo paralizado como secuela del diagnóstico.

De un concepto emitido por un médico de la EPS accionada, en el que se busca determinar la autonomía para las actividades de la vida diaria del paciente, el accionante fue calificado con 30 puntos. Esta escala, en la que 100 representa ligera dependencia y menos de 45 refiere total dependencia, significa que para todos los quehaceres de la cotidianidad, el señor Jesús Antonio requiere de asistencia. Por esta razón, el médico tratante ordenó la atención domiciliaria dos veces al mes y los traslados en ambulancia básica de su domicilio a las citas médicas.

Así pues, expone la señora Luz Stella, que deben incurrir en múltiples gastos como consecuencia del grave estado de salud del señor Rosas Homez, pues la Nueva EPS se niega

a autorizar lo requerido y los traslados especializados para asistir a la clínica donde viene siendo atendido.

4.3. La pretensión

La señora Luz Stella Giraldo Méndez pretende que le amparen a su agenciado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS que autorice las prescripciones que han sido emitidas por el médico tratante de Jesús Antonio Rosas Homez; esto es, las terapias físicas domiciliarias, la atención médica domiciliaria, los traslados desde su domicilio a la clínica en la cual es atendido, así como, los insumos que requiere para amainar su enfermedad, es decir, pañales desechables, la silla de ruedas y el suplemento vitamínico Ensure.

4.4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la Nueva EPS del Jesús Antonio Rosas Homez (folio 7).

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Stella Giraldo Méndez (folio 8).

* Copia del Índice de Barthel realizado al señor Jesús Antonio Rosas Homez (folio 9).

* Copia de la orden médica en la que se prescriben terapias físicas domiciliarias (folio 10).

* Copia de la historia clínica del señor Jesús Antonio Rosas Homez emitida por la Clínica Tolima (folios 11 a 26).

* Copia de facturas emitidas por diferentes empresas de transporte de ambulancia, emitidas al señor Jesús Antonio Rosas Homez (folios 27 a 30).

4.5. Oposición a la acción de tutela – Nueva EPS

El 5 de agosto de 2016, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa.

Sin referirse a las particularidades del caso concreto, el gerente zonal del Tolima citó las reglas contenidas en la Resolución 5521 de 20133 y 5592 de 20154 y solicitó que sea negada la solicitud tutelar por resultar improcedente.

4.6. Decisión judicial que se revisa

4.6.1. Primera instancia

El 18 de agosto de 2016, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué concedió parcialmente las solicitudes, al efecto, ordenó a la Nueva EPS autorizar las terapias físicas domiciliarias, traslados en ambulancia básica de su domicilio a las citas médicas o urgencias que se puedan presentar y los medicamentos, procedimientos y tratamientos de manera que cuente con tratamiento integral. En contraste, negó el suministro de los pañales desechables, la silla de ruedas y el suplemento vitamínico Ensure.

4.6.2. Impugnación

El gerente zonal de la entidad, impugnó el fallo de primera instancia, solicitando que se reconociera la posibilidad de recobro del 100% ante el Fosyga.

4.6.3. Segunda instancia

El 27 de octubre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ibagué confirmó en todas sus partes el fallo proferido por el a quo.

Respecto de la solicitud elevada en la impugnación del fallo, sostuvo que, por mandato legal, las EPS que prestan servicios que no se están incluidos en el POS cuentan con la facultad para ejercer de manera directa el recobro ante el Fosyga.

5. Expediente T-5.955.341

5.1. La solicitud

El señor Édgar Arias Zarate, en calidad de agente oficioso de la señora Matilde Zarate de Arias, solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciada, los cuales considera vulnerados por la entidad Convida EPS, por cuanto negó la

solicitud de pañales desechables, suplemento vitamínico Ensure, óxido de zinc y crema antipañalitis.

5.2. Reseña fáctica

La señora Matilde Zarate de Arias tiene, a la fecha, 91 años de edad. Se encuentra vinculada al régimen subsidiado a través de Convida EPS.

Padece de hipertensión arterial controlada, incontinencia urinaria y fecal e hiporexia constante. Por tal motivo, el 26 de mayo de 2016, el médico tratante adscrito a la entidad le ordenó el suministro de pañales desechables, ensure advance y crema antipañalitis, para ello, diligenció la solicitud y justificación de medicamentos no POS; no obstante, la accionada no respondió su solicitud.

Indica el agenciante que él es quien sostiene a la señora Matilde, que no posee los recursos suficientes para cubrir el costo de los insumos que le fueron ordenados a su agenciada.

5.3. La pretensión

El señor Édgar Arias Zarate, pretende que se le ampare a su agenciada, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Convida EPS, que autorice y entregue los pañales desechables, suplemento vitamínico Ensure y la crema antipañalitis que fueron ordenados a la señora Matilde Zarate de Arias por el médico tratante adscrito a la entidad.

5.4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Copia de la cédula de ciudadanía de los señores Matilde Zarate de Arias y Édgar Arias Zarate (folios 7 y 13).

* Copia de la fórmula médica emitida por el médico tratante, adscrito al Hospital San Vicente de Paul de San Juan de Rioseco, a la señora Matilde Zarate de Arias, en la que se ordenan pañales desechables, suplemento vitamínico Ensure y crema antipañalitis (folio 8).

* Copia de las solicitudes de justificación de medicamento no POS, diligenciado por el médico

tratante (folio 9 a 11).

* Copia de la cédula de ciudadanía (folio 12).

* Copia del puntaje expedido a la señora Matilde Zarate de Arias, según consulta asciende a 41,37 (folio 14).

5.5. Oposición a la acción de tutela

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco admitió la acción tuitiva y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas por el agenciente.

5.5.1. Convida EPS

La EPS accionada allegó una contestación que no correspondía con los datos de la agenciada, como tampoco con el número de radicación de la acción de tutela durante el trámite de instancia. Por tanto, no hay posibilidad de conocer si sus argumentos corresponden o no a la situación fáctica de esta acción de tutela.

5.5.2. Secretaría de Salud de Cundinamarca

La directora de aseguramiento en salud, indicó que la señora Matilde Zarate de Arias se encuentra vinculada al régimen subsidiado a través de Convida EPS. Sostiene que padece de incontinencia urinaria, asociada con su patología de base.

Por último, invocando la Resolución 5592 de 2015 sostuvo que las solicitudes elevadas por el agenciente no hacen parte de plan obligatorio de salud y, por tanto, deben ser solicitadas a la EPS, para que sea el Comité Técnico Científico de la entidad, quien determine su autorización.

5.6. Decisión judicial que se revisa

II. CONSIDERACIONES

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 en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 19915.

2. Legitimación en la causa

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 consonancia con la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 19916, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

En esta oportunidad, las acciones de tutela fueron presentadas por Loyla Luz Genes Yepes, Elizabeth Rosas Rodríguez, Luz Stella Giraldo y Édgar Arias Zarate como, actuando como agentes oficiosos de sus respectivos familiares, dado que aquellos no están en condiciones de promover su propia defensa⁷, razón por la cual los actores se encuentran legitimados en la causa por activa. Asimismo, la señora Luz Elena Londoño de Bedoya, quien actúa en causa propia.

2.2. Legitimación pasiva

Coosalud EPS-S, Fundación La Misericordia, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, Fondo Financiero Distrital de Salud, Cruz Blanca EPS, Cafesalud EPS, Nueva EPS, Convida EPS están legitimadas en la causa como parte pasiva, en la medida en que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se invoca, esto, por cuanto estas son entidades encargadas de la prestación y gestión del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 1 y 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 19918, esta acción es procedente en su contra.

3. Problema jurídico

Con el fin de resolver el anterior asunto, la Sala abordará, desde la jurisprudencia de esta Corporación, los siguientes tópicos: (i) las reglas de subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud; (ii) el derecho fundamental a la seguridad social y a la salud en tratándose de sujetos de especial protección constitucional; (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) la autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica cuya necesidad configura un hecho notorio; (vi) los participantes vinculados, la prestación en salud de los menores de un año y la prohibición a los prestadores del servicio de obligar a la suscripción de pagarés, para luego resolver los casos concretos.

4. Reglas de subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. Verificación de cumplimiento para cada caso concreto

4.1. Desarrollo legal

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, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 señaló que su competencia está encaminada a resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las

entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una I.P.S. no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la E.P.S. de las obligaciones radicadas en su cabeza; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) los conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

En complemento de lo anterior, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, amplió el ámbito de competencia de la respectiva Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados, incluyendo las controversias relacionadas con: (v) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS) que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) recobros entre entidades del sistema y (vii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador.

Igualmente, 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”⁹. Así mismo, dado el carácter informal del trámite se enumeraron los requisitos de la demanda, en la que se debe indicar:

* el nombre y residencia del solicitante;

* la causal que motiva la solicitud;

* el derecho que se considere violado y

* las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la petición.

También, dispuso que la demanda puede presentarse por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia” y, se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los 3 días siguientes a su notificación, que se efectuará

mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

Ahora bien, en Sentencia C-119 de 2008¹⁰, 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:

En ese orden de ideas, el juez constitucional -para cada caso concreto- debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 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.

4.2. Desarrollo jurisprudencial

A través del control concreto de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha desarrollado una evolución jurisprudencial. A continuación, se sintetizan, a manera de ejemplo, las siguientes:

(i) Algunas Salas de Revisión consideran que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar que se consuma un perjuicio irremediable, de manera que el accionante deberá acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera definitiva se garantice, si fuere el caso, el suministro de los medicamentos POS y NO POS que fueron solicitados¹¹.

Así mismo, se ha sostenido que la idoneidad del mecanismo jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud debe analizarse en cada caso por lo que el juez de tutela no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente¹²; toda vez que deberá tener en consideración las condiciones de salud de la persona que acude a la acción de amparo y la urgencia de una resolución pronta.

Igualmente, concluyen que resulta imposible desconocer los problemas de los usuarios para acceder a dicho mecanismo. “Es innegable que las personas pueden acudir con mayor

facilidad a un juez dentro del territorio colombiano para presentar una acción de tutela, cosa que no ocurre con el mecanismo a surtirse ante la Superintendencia Nacional de Salud que no cuenta con presencia en todas las ciudades y mucho menos en todos los municipios del país” 13.

(ii) Otras Salas de Revisión estiman que pese a la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer de la protección de garantías en relación con el acceso al derecho fundamental a la salud, este recurso judicial carece 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 oportunidad¹⁴.

De igual manera, este Tribunal ha analizado 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 esta 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”.¹⁵ (Negrilla fuera del texto)

4.3. Conclusiones

Conforme a lo expuesto, la Sala puede concluir que -con el fin de determinar la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud- el juez constitucional deberá estudiar si, efectivamente, el trámite es idóneo y eficaz para la urgente protección de las garantías constitucionales, en cada caso concreto, a fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, así:

i. Si la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con presencia en el lugar de residencia del accionante y/o si se tiene acceso a su plataforma virtual;

i. Si existe una respuesta 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; y

i. Aún en caso de que la Superintendencia de Salud tenga la competencia, la jurisprudencia de la Corte ha flexibilizado el requisito de subsidiariedad (frente a trámites administrativos y judiciales) en situaciones de grave vulneración de derechos fundamentales, de manera tal que ese mecanismo no resulte idóneo, ni eficaz, ni célere dadas las condiciones de salud del paciente; y cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta.

En efecto, aunque el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, en principio, podría considerarse idóneo para asegurar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas, la acción de tutela resulta procedente cuando las circunstancias particulares de cada caso concreto hacen que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar tales prerrogativas; o cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o a un derecho constitucional fundamental, que requiera medidas urgentes e impostergables para evitar su

ocurrencia.

4.4. Expediente T-5.933.436 – Carencia actual de objeto

Esta Corte, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que cuando la situación fáctica que motiva la presentación de la acción de tutela desaparece, en el sentido de que cesa la acción u omisión que, en principio, generó la vulneración de los derechos fundamentales, la tutela pierde su razón de ser ya que no existe ningún objeto jurídico sobre el cual pronunciarse. Cuando se está frente a esta situación, se presenta el fenómeno de la carencia actual de objeto, el cual, a su vez, se divide en dos eventos: el hecho superado¹⁶ y el daño consumado.

Ahora, respecto del segundo de esos escenarios, se tiene que el daño consumado se encuentra contemplado en el Numeral 4 del Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y se predica cuando “sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”. Con base en ello, la consecuencia apenas necesaria de que exista un daño consumado es la improcedencia de la acción de tutela, como consecuencia de la inexistencia del derecho que se pretendía proteger. Sobre este particular, la Corte ha sostenido: “... hay una carencia actual de objeto por la presencia de un daño consumado cuando, al igual que en la hipótesis anterior, se constata que las condiciones de hecho que generan la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales del accionante cesan, desaparecen o se superan pero, sin existir una reparación del derecho”¹⁷.

El 29 de marzo de 2017, el Magistrado Ponente evidenció que la información que contenía la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social indicaba que el señor Gabriel Domingo Genes Villareal figuraba en estado: “afiliado fallecido”.

Por tanto, al haber fallecido el accionante, un pronunciamiento respecto de los derechos fundamentales por los cuales se inició la presente acción de tutela, resultaría inocuo. Por ello, en este evento, como se expuso con anterioridad, el juez constitucional se enfrenta a la necesidad de declarar la carencia actual de objeto por daño consumado.

Por tal motivo, dentro del sucesivo análisis, se excluirá el estudio de fondo del expediente T-5.933.436, contentivo de la acción de tutela iniciada por la señora Loyda Luz Genes Yepes en calidad de agente oficioso del difunto Gabriel Domingo Genes Villareal contra Coosalud

EPS-S.

En consecuencia, advierte la Sala que, en el presente caso, se ha configurado una carencia actual de objeto por daño consumado y así lo declarará, no sin antes prevenir a Coosalud EPS-S para, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas que dieron origen a estas tutelas.

Así mismo, se compulsará copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que -en lo de su competencia- investigue a Coosalud EPS-S, con ocasión de la negativa de los suministros que el señor Gabriel Domingo Genes Villareal necesitaba para sobrellevar la enfermedad que padecía, para que, si es del caso, se imponga la sanción a la que haya lugar.

4.5. Requisitos de procedibilidad de los expedientes T-5.933.515, T-5.942.371, T-5.945.161 y T-5.955.341

Esta Sala observa que los accionantes pretenden que, a través de esta acción tuitiva, se le ordene a (i) Nueva EPS (T-5.942.371 y T-5.945.161) y a Convida EPS (T-5.955.341) la entrega de los insumos y las autorizaciones a citas y exámenes médicos, que cada uno dice necesitar, y a (ii) la Fundación La Misericordia (T-5.933.515), la exoneración de la deuda contraída por la prestación de servicios de salud.

Ahora bien, como ya se indicó, el Legislador revistió a la Superintendencia de Salud de poderes jurisdiccionales para resolver situaciones como las aquí dilucidadas, a través de la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011.

Sin embargo, esta Corte ha sostenido que dicho procedimiento ordinario, en muchos casos, no es el apropiado para salvaguardar los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud pues, será necesario verificar las circunstancias particulares de cada caso concreto que, eventualmente, hagan que la función jurisdiccional de aquella autoridad no resulte lo suficientemente eficaz para garantizar prerrogativas fundamentales o evitar un riesgo de daño inminente y grave.

Ahora, para poder superar el estudio de subsidiariedad, la Sala analiza lo siguiente:

i. Expediente T-5.933.515, dentro de la exposición fáctica realizada por la accionante se evidencia que no existe un procedimiento más idóneo que la acción de tutela para lograr la devolución del pagaré pues, en la jurisdicción ordinaria, no existe un mecanismo que le permita al deudor, controvertir la obligación adquirida y, lo cierto, es que debido a su incapacidad económica, la sola posibilidad de que el acreedor pudiera ejecutar dicha obligación, amenaza el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y su núcleo familiar compuesto, además, por su esposo y tres menores de edad.

Esa situación, aunada al presunto desconocimiento de las garantías que la Carta Política prevé respecto de la protección en salud de los recién nacidos -sujeto de especial protección constitucional- supera dicho requisito;

i. Expediente T-5.942.371, la accionante indica sucintamente, que ha solicitado la autorización del examen médico que le fue ordenada, así como la cita con el ginecólogo, sin embargo, la entidad no le responde sus solicitudes. En ese sentido, no existe otro mecanismo con el cual la accionante pueda obtener, con premura, la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, ante la omisión de respuesta de la EPS;

i. Expediente T-5.945.161, se evidencian las órdenes médicas suscritas sin que medie autorización por parte de la EPS. Indica la agenciante que dichas solicitudes, debían haberse tramitado concomitantemente con la estadía del señor Rosas Homez en la instalación de la clínica de la entidad, pues son de vital importancia para la evolución en salud de su agenciado. Así las cosas, este recurso de amparo se torna necesario para salvaguardar los derechos fundamentales del señor Antonio Rosas Homez, por tratarse de sujeto de especial protección constitucional (78 años de edad).

i. Expediente T- 5.955.341, en el recuento de los hechos en él contenido se evidencia que la accionante acudió a la EPS en busca de obtener la autorización de los pañales desechables y la crema antipañalitis que necesita, pero, una vez se elevó la solicitud de dichos insumos, la

EPS negó su suministro. En ese sentido, la acción de tutela se torna el mecanismo procedente para amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Matilde Zarate de Arias, por tratarse de sujeto de especial protección constitucional (91 años de edad).

Los contextos antes descritos, sumados a lo establecido acerca del procedimiento ante la Superintendencia de Salud, hacen entender que el requisito de subsidiariedad se encuentra superado en todos los casos.

4.6. Requisito de Inmediatez

Respecto del requisito de inmediatez, se debe resaltar que:

i. Expediente T-5.933.515, la accionante suscribió el pagaré objeto de debate el 21 de abril de año 2016, mientras que acudió a los entes del Ministerio Público el 7 de junio de 2016, en busca de una solución. No obstante, como quiera que no recibió respuesta a sus solicitudes, el 8 de noviembre de 2016, acudió a la acción de tutela. Si bien es cierto, el tiempo durante el cual se contrajo la obligación y se acudió a la jurisdicción constitucional no se encuentra justificado, se debe tener en cuenta que ese título valor no tiene fecha de caducidad. Por tanto, la posibilidad de hacerlo exigible, pone en riesgo el derecho fundamental al mínimo vital del núcleo familiar de la señora Elizabeth Rosas Rodríguez.

i. Expediente T-5.942.371, se tiene que, a la señora Luz Elena Londoño de Bedoya, le fue ordenado el examen y la consulta especializada el 14 de julio de 2016. Ella indica que, desde ese momento empezó solicitar la asignación de fecha, sin que la entidad se pronunciara, entonces, el 21 de septiembre de 2016 acudió a la acción de tutela para que se ampararan sus derechos fundamentales. Por tanto, no se evidencia que haya transcurrido un lapso injustificado de tiempo, motivo por el cual, el requisito de inmediatez se ve superado.

i. Expediente T-5.945.161, la agenciante de los derechos fundamentales del señor Jesús

Antonio Rosas Homez demuestra que desde el 8 de julio de 2016 se ordenaron las terapias físicas que, presuntamente, no se han autorizado, por esa razón, el 5 de agosto de 2016, instauró la presente acción de tutela. Así pues, de esa situación se predica necesidad de la protección de los derechos fundamentales del agenciado.

i. Expediente T-5.955.341, se evidencia que la justificación de los pañales desechables, la crema antipañalitis y el Ensure está enviada el 26 de mayo de 2016, mientras que la acción de tutela se instauró el 8 de agosto de la misma anualidad, lapso razonable del que se predica la urgencia en la necesidad de los insumos.

En consecuencia, la Sala procede con el estudio de los temas propuestos para, luego, analizar los casos concretos.

5. El derecho fundamental a la seguridad social y a la salud en tratándose de sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Conforme con lo dispuesto por el Artículo 48 de la Carta Política, a la seguridad social se le reconoce una doble condición, como (i) un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional y (ii) un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección del Estado, a través de entidades públicas o privadas, prestación que se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la seguridad social es el conjunto de medidas institucionales que procuran por brindar las garantías necesarias para amparar los riesgos sociales, para, en ese sentido, generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad humana.¹⁸

En ese sentido, para que dicho derecho irrenunciable pueda materializarse, se requiere de un contenido prestacional que exige el diseño de una estructura organizada, esto es, todo un sistema dispuesto para la asistencia integral en seguridad social y “orientado a procurar el bienestar del individuo y la comunidad mediante la protección de las contingencias que los afecten, en especial, las que menoscaban la salud, la integridad física y la capacidad económica”¹⁹.

Ahora, dentro de esas contingencias que el Sistema General en Seguridad Social pretende amparar, existen diversas dimensiones entre las cuales se encuentra la atención en salud. Este componente, se encuentra contemplado en la Constitución Política en su artículo 49, en el cual se le reconoce, también, una doble connotación de derecho y deber, esto es, porque (i) es un servicio público cuya prestación y regulación está a cargo del Estado y (ii) es un derecho que debe ser garantizado a todas las personas.

No obstante su carácter prestacional, se reconoció que “el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo”²⁰ susceptible de amparo a través de acción de tutela, para ello expuso:

“[...] el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”²¹.

Por tanto, esta acción tuitiva es procedente en los casos en que se evidencie que por fallas en la prestación del servicio de salud se (i) lesione la dignidad humana de la persona, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho. ²²

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido el especial carácter que tiene el derecho a la salud en tratándose de sujetos de especial protección, estos son, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas pertenecientes a la tercera edad y las personas en condición de discapacidad.

Es por ello que, tratándose de esta población, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta pues (i) en el caso de las personas de la tercera edad, están conminadas a “afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”²³, y (ii) respecto de los menores de edad, puesto que son quienes, debido a su natural estado de debilidad, requieren la especial cuidado en

aras de buscar los más altos estándares de atención en salud²⁴. Por tal motivo, deberán garantizarse todos los servicios que sean necesarios para amparar dicho derecho fundamental²⁵.

A propósito, esta Corporación ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”²⁶.

Asimismo, sobre lo contenido en el Artículo 44 Superior, en relación con la especial protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad se sostuvo que:

“los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.²⁷

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, la jurisprudencia constitucional y la ley le otorga a los sujetos de especial protección constitucional un trato preferente respecto de los demás usuarios del sistema pues “con fundamento en las normas internacionales y en la Carta Política el derecho de los menores a beneficiarse de la seguridad social implica que los entes del Estado y aquéllos que en su nombre prestan el servicio de Salud, deben prestar especial atención especial a este grupo de personas por encima de las reglamentaciones ordinarias que se opongan a tal imperativo”.²⁸

6. 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 los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-224 de 199729, esta Corporación manifestó 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).

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-617 de 200030, reiteró:

“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).

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 propugnar, 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 200231, la Corte señaló:

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 esta 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 enfermedad³².

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

7.1. 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 o Plan de Beneficios, 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

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.

En la sentencia C-313 de 2014 (Revisión previa de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de Salud), la Corte explicó que “estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”.

7.2. En este orden de ideas, en el caso de los pañales desechables basta con verificar que, actualmente, si bien no se encuentran incluidos en el POS, tampoco se encuentran excluidos y que tales productos no cuentan con un reemplazo equivalente dentro de este catálogo de prestaciones. En efecto, anteriormente, los pañales desechables se encontraban expresamente excluidos (Resolución 5521 de 2013).

A la fecha, la Sala Cuarta de Revisión advierte que en la Resolución 5592 de 201533 (vigente al momento de los hechos), ni en la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 201634 (vigente a partir del 1º de enero de 2017), expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (ni en sus anexos) estos se encuentran incluidos como insumos a cargo del SGSSS. Así mismo, se observa que tampoco se contempla la existencia de un equivalente funcional dentro del catálogo de prestaciones vigente.

Por ello, dada las particularidades del caso concreto, cuando la Sala verifique que se trata de situaciones que reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el literal del inciso 2 del artículo 1535 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que excluye del acceso con recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta el criterio de propósito cosmético o suntuario como finalidad principal y no esté relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Ahora bien, a fin de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados al régimen subsidiado de salud, los servicios que no se encuentren incluidos en el PBS-S

deberán ser cubiertos por la Secretaría de Salud Departamental correspondiente. De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 715 de 2011, la competencia del ente territorial departamental es garantizar no solo el acceso a los servicios de salud de la población pobre y vulnerable no asegurada del departamento, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, sino también realizar la supervisión y control de instituciones promotoras de servicios de salud e instituciones relacionadas en su jurisdicción.

Al efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 3951 de 201636, previó un mecanismo para reconocer el cobro de los servicios sin cobertura y reguló el procedimiento para hacer efectivo el pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, prescritos por el profesional de la salud u ordenados mediante providencia judicial. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio no cubierto por el PBS o cubierto pero que no tienen cargo a la unidad de pago por capitación -UPC-37.

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

8.1. 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 médicos³⁸.

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’³⁹ que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro”⁴⁰.

8.2. De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle al accionante (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”⁴¹.

En diversos pronunciamientos en sede de control concreto⁴² y en sede de control abstracto (sentencia C-313 de 201443), la Corte explicó que, a propósito del derecho fundamental a la salud, se advierten situaciones en las cuales algunos requerimientos que -en el sentir de quien debe prestar el servicio- no parecieran aquejar la salud, sí inciden de manera significativa en el goce efectivo del derecho.

8.3. 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 por tener limitaciones de sus funciones psicomotoras, o disminución física o mental 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.

9. Los participantes vinculados, la prestación en salud de los menores de un año y la prohibición a los prestadores del servicio de obligar a la suscripción de pagarés. Reiteración de jurisprudencia

Durante el desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la salud de los niños y niñas, esta Corporación se ha pronunciado respecto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los menores de edad de madres que no cuentan con afiliación a ningún régimen de prestación, esto es, las mujeres que, en etapa gestacional reciben atención en salud como participante vinculado y que, por tal situación, no le es posible brindarle a su menor la atención en salud de una de las Entidades Promotoras de Salud.

El Artículo 157 de la Ley 100 de 1993, señaló una categoría de destinatarios del sistema denominada “participante vinculado”, definido para aquellas personas que, por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiados del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

En ese mismo sentido, el Artículo 33 del Decreto 806 de 1998, “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional” establece que, mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, los participantes vinculados tendrán

acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes.

La jurisprudencia de esta Corte ha fijó el alcance de los participantes vinculados y los elementos en los que difiere del régimen subsidiado, así:

“Los vinculados tienen en común con los afiliados al régimen subsidiado el hecho de carecer de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido afiliados a una entidad administradora específica, que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado; mientras los simplemente vinculados, que aún deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto.

Por ende, los participantes vinculados deben recibir temporalmente los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado.

Ello debido a que para ser afiliado al régimen subsidiado se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio, sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad administradora de dicho régimen (ARS). Así, se entenderá que el usuario tiene la calidad de afiliado en el momento en que la respectiva entidad territorial suscribe el contrato con la ARS para atender al beneficiario”⁴⁴

Así entonces, en el Artículo 50 Superior, se indica que todo niño menor de un año, que no se encuentre cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tiene derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud en las que tenga participación el Estado, precisamente, “enfatisa los derechos de los pequeños y compromete a las autoridades prestatarias en su protección, dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su

especial vulnerabilidad”⁴⁵.

En relación con ello, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 expone:

“El plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El plan obligatorio de salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación”

En ese mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección constitucional a los niños menores de un año se traduce en que la prestación del servicio de salud no puede atarse o depender de la afiliación directa a una de las entidades promotoras de salud o depender de que su progenitora o núcleo familiar pertenezca a uno de los regímenes pues, por su situación de indefensión y vulnerabilidad tienen derecho a la atención gratuita sin que medie condición alguna.⁴⁶

Adicionalmente, el Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria de Salud, indica que la atención de ciertos grupos poblacionales, entre los que se encuentra los niños, niñas y adolescentes, gozan de especial protección constitucional por parte del Estado y que, su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

Entonces, la cobertura del recién nacido se extiende, hasta que cumpla el tiempo o se logre afiliarse a alguno de los regímenes que el sistema contempla, bien sea “(i) como miembro dependiente de sus abuelos, cuando la familia esté en capacidad de asumir el costo de la Unidad de Pago por Capitación; (ii) como beneficiario de sus padres, cuando éstos puedan acceder al sistema contributivo como afiliados principales; (iii) o como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo”.⁴⁷

Ahora, esta Corporación, ha determinado que, en relación con la prestación del servicio de

salud, las entidades deben procurar no imponer cargas administrativas innecesarias que estén encaminadas a vulnerar los derechos fundamentales de los usuarios. En tal sentido, dispuso:

“Las dilaciones injustificadas, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.

Aunado a lo anterior, también son trabas injustificadas aquellas que sin ser una exigencia directa al usuario sobre un procedimiento a surtir, terminan por afectar su derecho fundamental a la salud, en cualquiera de sus facetas. En cumplimiento de las funciones que les asigna el Sistema a las entidades que lo integran, se pueden presentar fallas u obstáculos en relación a circunstancias administrativas o financieras, de índole interinstitucional, que en ningún momento pueden amenazar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema de Salud.”⁴⁸

Dentro de esos obstáculos que los prestadores del servicio de salud le imponen a los usuarios, se encuentra la recurrente retención hospitalaria por la exigencia del pago efectivo o la suscripción de títulos encaminados a cobrar los servicios prestados, no obstante dicha obligación no radique en cabeza del paciente.

Ese fue el caso que dio origen a la Sentencia T-037 de 200749, en el cual esta Corporación ordenó la anulación de una letra de cambio que había suscrito un menor, en favor de Instituto Nacional de Cancerología, con motivo de la prestación de los servicios médicos proporcionados a su hermano, quien no estaba obligado a pagar tal suma. Así se dispuso:

“Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá el 17 de agosto de 2006, mediante la cual DENEGÓ la tutela solicitada por Manuel Andrey Bohórquez Mora contra la Gobernación de Boyacá. En su lugar, TUTÉLANSE los derechos de los niños Bohórquez Mora, por las razones especificadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En consecuencia, ORDÉNASE al Instituto Nacional de Cancerología la inmediata

devolución de cualquier título valor que se haya exigido a Manuel Andrey Bohórquez Mora para garantizar el pago de la cuota de recuperación correspondiente a la atención y los servicios médicos recibidos por el niño Duverth Yesith Bohórquez Mora, suma que también debe ser asumida por la Gobernación de Boyacá.”

En un pronunciamiento posterior, en la Sentencia T-058 de 201150, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación, dejó sin efectos un pagaré que había sido suscrito por una familia de bajos recursos, en favor del Hospital el Tunal de Bogotá, con la intención de que al paciente se le permitiera salir del recinto médico. Allí, se advirtió que, si bien el perjuicio irremediable se había consumado, por cuanto la paciente falleció, existía una amenaza inminente al derecho fundamental al mínimo vital del núcleo familiar de la extinta. Se ordenó entonces, en esa oportunidad, dejar sin efectos jurídicos el pagaré suscrito a fin de amparar el derecho fundamental al mínimo vital del núcleo familiar de la accionante y la remisión de copias a la Superintendencia para las investigaciones a las que hubiera lugar.

En esa misma línea, se profirió la Sentencia T-762 de 201151, en la que también se anuló un pagaré suscrito por un usuario que carecía de los recursos para saldarlo, toda vez que pertenecía al régimen subsidiado en salud y, en todo caso, no le correspondía responder con sus recursos por la atención que le había sido prestada. Así entonces, se ordenó exonerar del pago insoluto de la obligación a una mujer que agenciaba los derechos fundamentales de su hijo.

Por último, la Sentencia T-175 de 201552, resolvió un caso en el que el Hospital Simón Bolívar condicionó la entrega del cuerpo sin vida de una paciente a sus familiares, por cuanto, la base de datos de la EPS a la que debía estar afiliada, no estaba actualizada y ya se habían prestado los servicios de salud requeridos. Se ordenó pues, la devolución del pagaré a quien lo suscribió.

Así las cosas, se evidencia de la jurisprudencia expuesta, que, en aquellos casos, las entidades obligaron a sus pacientes o familiares, suscribir diferentes títulos aun cuando la obligación en el pago de los servicios de salud, no corría por su cuenta. En relación con ello, esta Corporación ha sostenido que:

“Siendo entonces necesario inaplicar, en ocasiones, la regla sobre el pago de cuotas de recuperación por parte de los participantes vinculados, la Sala destaca que en estos casos

sería así mismo inadecuado que la institución prestadora de servicios de salud exigiera la suscripción de documentos o la constitución de garantías que tuvieran por objeto asegurar el pago de tales conceptos. Ello es, simplemente, consecuencia de la máxima según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si en una situación específica debe el prestador de los servicios abstenerse de exigir el pago de cuotas de recuperación, mal puede exigir garantía que asegure su cancelación”

Entonces, debe entenderse que las prestadoras de salud no pueden alegar que la atención integral del recién nacido depende de que sus padres se encuentren afiliados a alguno de los regímenes del sistema. Así tampoco, se puede afirmar que la atención en salud está atada al pago de un aporte, ni a la suscripción de títulos como garantía de pago pues, el Sistema de Seguridad Social protege, gratuitamente, el derecho fundamental a la salud de todos los infantes durante el primer año de vida.

10. Casos concretos

Procede entonces esta sala a realizar la valoración de fondo de cada uno de los casos concretos.

10.1. Expediente T-5.933.515

La señora Elizabeth Rosas Rodríguez, quien venía siendo atendida en salud como participante vinculado, junto con su núcleo familiar compuesto por su esposo y dos menores de edad, dio a luz a Juan Camilo Martín Rosas, en el Hospital San Blas de Bogotá, el 16 de mayo de 2016. Sin embargo, pocas horas después del alumbramiento, el neonato debió ser trasladado a la Fundación Hospital la Misericordia por cuanto tuvo una complicación respiratoria que no pudo ser controlada en el lugar donde nació. Una vez se estabilizó al neonato, el 20 de mayo de esa misma anualidad, se le da de alta. Para ello, se le indica a que progenitora que, como quiera que no cuenta con afiliación a ninguna EPS y que, por tal motivo, el menor no puede ser afiliado al grupo familiar, debía pagar la suma de \$5.967.174 por concepto de los servicios médicos, exámenes e insumos utilizados durante la urgencia de su hijo. Como la accionante indicó que no tenía los medios para cancelar dicha deuda, se le exigió suscribir un pagaré en beneficio del hospital, situación a la que accedió pues, de no

hacerlo, no se permitiría la salida del menor.

La señora Elizabeth indica que, si bien en el Hospital le prestó a su hijo toda la atención que necesitaba, es una persona de escasos recursos a quien no le es posible saldar la obligación en la que incurrió con la entidad pues, ella y su núcleo familiar, compuesto ahora por sus tres hijos menores y su esposo, dependen de los que este último devenga como auxiliar en un taller, monto que apenas llega al salario mínimo.

En la parte general de esta providencia, se indicó que la salud, es un derecho fundamental en sí mismo, tal como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de este Tribunal. Asimismo, se indicó que esta garantía constitucional, reviste especial relevancia cuando, quien invoca su protección, es un menor de edad. Esta situación se desprende del natural estado de debilidad manifiesta que esta población representa y que exige los más altos niveles de atención y cuidado. Así pues, puede colegir esta Sala, que esos presupuestos desarrollados jurisprudencialmente, no fueron desconocidos por la entidad que debió atender la emergencia por la cual el infante Juan Camilo Martín Rosas fue remitido a esa entidad pues, se le brindó la asistencia y hospitalización necesaria hasta que por el criterio médico, se determinó que podía ser dado de alta.

De otra parte, también se abordó en la parte motiva de este proveído, que la situación de los participantes vinculados, es una suerte de cobertura especial para aquellas personas que no han alcanzado la protección de ninguno de los regímenes de los que el sistema de salud se compone. Esta población, es entonces atendida con cargo a las Secretarías de Salud y al Fondo de Solidaridad y Garantía-Fosyga. Se expuso enseguida, que las entidades deben propugnar por eliminar las cargas desproporcionadas a los usuarios que gozan del servicio de atención en salud pues, un mal obrar, puede afectar derechos fundamentales que estén relacionados o no, con la salud. Aunado a ello, se expuso que la atención en salud de los menores, hasta el primer año de edad, es una garantía fundamental de la que se resalta, entre sus cualidades, la gratuidad del servicio y la ausencia de exigencia de afiliación de la madre o el grupo familiar.

Entonces, teniendo en cuenta lo anterior, no puede la Sala resaltar, como anteriormente lo hizo, las buenas labores de la Fundación Hospital la Misericordia quien, aun teniendo en cuenta que la madre del Juan Camilo recibía atención en salud como participante vinculado,

exigió la afiliación de su núcleo familiar en aras de tramitar la vinculación del neonato. Seguidamente, incurriendo en una conducta desconocedora del derecho fundamental a la salud de recién nacido, procedió a generar cobros correspondientes a la atención de urgencia que debió recibir el infante.

Así pues, la fundación obligó a la señora Elizabeth Rosas Rodríguez a contraer una obligación en título valor por el monto total de la factura, so pena de no dar de alta al recién nacido e impidiendo que el menor abandonara sus instalaciones. Esta conducta, como se abordó en la parte general, constituye un obstáculo injustificado y desproporcionado al acceso al servicio de salud del menor de edad, que desconoce la gratuidad en la asistencia de esta población que goza de especial protección constitucional.

Así pues, por mandato constitucional el menor Juan Camilo Martín Rosas, podrá beneficiarse de la atención en salud que requiera, de manera gratuita, hasta que cumpla el primero año de edad o se vincule a alguno de los regímenes, momento para el cual, dependiendo de su afiliación, se realizarán los cobros acordes a la ley.

Ahora, respecto de la obligación de saldar esa deuda, se tiene que, en vista de que la accionante, durante el tiempo de la gestación y parto fue atendida con cargo a la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá, la Fundación Hospital La Misericordia podrá adelantar las actuaciones administrativas pertinentes para el cobro del pago insoluto de lo que se le adeuda, ante esa entidad o a la que corresponda, en los términos previstos en la normativa aplicable.

En conclusión, considera la Sala que la Fundación Hospital La Misericordia vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Elizabeth Rosas Rodríguez al generar cobros por atención en salud de su hijo, un menor de un año. Así las cosas, la Sala revocará lo dispuesto el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal de Bogotá; en el trámite iniciado por Elizabeth Rosas Rodríguez contra la Fundación Hospital La Misericordia dentro del expediente T-5.933.515, para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y ordenará a la Fundación Hospital La Misericordia que devuelva el pagaré No. 14609 a su favor (y la carta de instrucciones, respectiva) suscrito por Óscar Martín Gutiérrez -como deudor- y Elizabeth Rosas Rodríguez -como deudor solidario, derivado de los servicios médicos prestados al

infante Juan Camilo Martín Rosas.

1. Expediente T-5.942.371

La señora Luz Elena Londoño de Bedoya tiene 62 años de edad y se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, a través de la Nueva EPS. Indica que el 14 de julio de 2016, le fue diagnosticado por el médico tratante adscrito a la entidad “enfermedad inflamatoria pélvica femenina-prolapso uterovaginal” y, por tal motivo, se le ordenó un examen médico denominado ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal y una cita con médico ginecólogo.

Expone la señora Londoño que, en repetidas ocasiones, ha intentado que la Nueva EPS autorice y programe la realización del examen, así como, la asignación de la cita con el especialista, no obstante, hasta la fecha, no ha obtenido respuesta.

Como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la cita que necesitaba, la accionante expone que se trasladó de EPS, quedando así, afiliada a Cafesalud. Sin embargo, allí tampoco le habían autorizado sus solicitudes.

Así las cosas, para realizar el análisis constitucional de la solicitud elevada por la accionante, se debe empezar por indicar que, de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que la señora Londoño de Bedoya, tiene un diagnóstico que debe ser ratificado por medio del examen y de la cita con el especialista por lo que, en su sentir, la autorización y programación resulta necesaria para atender su derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Ahora, lo que debe resaltarse de esta situación particular, es que la señora Londoño de Bedoya, presentó, durante el trámite de la acción de tutela, una multiafiliación a salud. Esta situación se corrigió antes de que el juez dictara sentencia, pues, para ese momento, la accionante ya no aparecía vinculada a la Nueva EPS sino, únicamente, a Cafesalud EPS53, razón por la cual no fue posible dictar un fallo que amparara sus derechos fundamentales, pues dar una orden desconocía el derecho fundamental del debido proceso a esta última entidad. Sin embargo, se puede evidenciar que, en las entidades accionadas indicaron que la

accionante se había trasladado de entidad y, aun así, el titular del despacho sustanciador, no vinculó a la causa pasiva a Cafesalud EPS.

En el trámite de Revisión, esta Sala, a través de auto del 24 de marzo de 2017, vinculó a la causa pasiva a Cafesalud EPS y corrió traslado de los hechos y las pretensiones de la accionante a efectos de que se pronunciara sobre los mismos. No obstante, vencido el plazo dispuesto, la entidad guardó silencio.

Entonces, teniendo en cuenta que la accionada tuvo la oportunidad procesal para controvertir la situación fáctica expuesta por la accionante y aun así, decidió guardar silencio, se invocará lo dispuesto en el Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que indica: “si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”. Asimismo, para que no se prolongue la afectación surgida por la inexistente integración del contradictorio por parte del juez de instancia, esta Sala ordenará que se autorice el examen médico y la cita con médico especialista, a fin de que el diagnóstico de la accionante sea tratado con celeridad.

En conclusión, considera la Sala que la Cafesalud EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Luz Elena Londoño de Bedoya, al no autorizarle el examen médico “ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal” y la cita médica médico especialista-ginecología, es por eso que, para amparar los derechos fundamentales enunciados, se revocará lo dispuesto el 27 de septiembre de 2016, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano-Tolima dentro del expediente T-5.942.371 y, en consecuencia, se ordenará a Cafesalud EPS que autorice el examen “ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal” y la cita médica especializada-ginecología a la señora Luz Elena Londoño de Bedoya.

1. Expediente T-5.945.161

El señor Jesús Antonio Rosas Homez tiene 78 años de edad y el 27 de junio de 2016 fue diagnosticado con “evento cerebrovascular isquémico agudo en región temporoparietal derecho”. Comenta la agenciante, que el 8 de julio de 2016, antes que el médico tratante

diera de alta al señor Rosas Homez, se le ordenaron terapias físicas domiciliarias 2 veces al día, durante 90 días pues, al salir de la clínica, aún tenía la mitad de su cuerpo paralizado como secuela del diagnóstico. El concepto médico indica que, para todos los quehaceres de la cotidianidad, el señor Jesús Antonio requiere de asistencia pues, para ninguna actividad, puede valerse por sí mismo. Por ello, el médico tratante prescribió la necesidad de atención domiciliaria dos veces al mes y traslados en ambulancia básica de su domicilio a las citas médicas.

La señora Luz Stella, indica que deben incurrir en múltiples gastos como consecuencia del grave estado de salud del señor Rosas Homez, pues la Nueva EPS no le entrega los pañales desechables que requiere, ni tampoco autoriza los traslados especializados para asistir a la clínica donde viene siendo atendido. Así es como la agenciante, acude a la acción de tutela para reclamar el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS.

Acerca de la protección constitucional de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, debe exponer esta Sala que, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien con fundamento en la sostenibilidad del sistema existen unos procedimientos, tratamientos o insumos que se encuentran excluidos de los planes médicos, no puede ello ser un obstáculo para amparar la aludida garantía constitucional.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha establecido unos requisitos que deben ser observados para que proceda la prestación de servicios que las EPS niegan con fundamento en las exclusiones del POS y en la medida en que el juez de instancia reconoció las terapias, la atención y el transporte domiciliario, esta Sala solo se referirá a los pañales desechables, la silla de ruedas y el suplemento Ensure.

Luego, se debe establecer que el insumo solicitado no pueda ser reemplazado con uno que sí se encuentre en el plan de salud del afiliado. En este sentido, 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. De igual manera, si bien la entidad accionada tiene la experticia para conocer si entre de los insumos contenidos en ese plan, hay alguno que pueda sustituirlo, lo cierto es que no se refirió a esa situación. Así pues, se evidencia que todo lo relativo al cuidado y aseo personal se encuentra excluido in extenso y, comoquiera que el insumo que requiere el accionante tiene como fin, sobrellevar en condiciones dignas su padecimiento, un sustituto de esas características no existe en el servicio de salud.

Ahora, en lo que respecta a los pañales desechables, la silla de ruedas y el Ensure hayan sido ordenados por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora del afiliado, se evidencia de un pronunciamiento médico, que el señor Rosas Homez no controla esfínteres y que, frecuentemente, presente episodios de incontinencia. Así mismo, se indica que no puede moverse por sus propios medios, lo que hace inferir al juez constitucional que, ineludiblemente, requiere un instrumento para su movilización.⁵⁴

No obstante lo anterior, la negación de la entidad no se basó en un criterio médica, sino, en la exclusión de esos insumos del Plan Obligatorio de Salud. En este sentido, en diferentes oportunidades, esta Corporación ha ordenado la entrega del medicamento, procedimiento o servicio requerido aun cuando la orden objeto de súplica no cumple este requisito.

Por último, según se indicó en el escrito de tutela, el agenciado y su núcleo familiar carece de los medios económicos para sufragar el costo del insumo que requiere pues ya debe incurrir en otros gastos como el transporte en ambulancia, con ocasión de las citas médicas.

Así pues, luego de realizado el análisis de los requerimientos establecidos por esta Corporación para inaplicar las reglas de exclusiones del POS, se evidencia que esta situación satisface completamente aquellos supuestos.

En conclusión, considera la Sala que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Jesús Antonio Rosas Homez al no autorizarle y entregarle los pañales desechables, la silla de ruedas y el Ensure, es por eso, que se ampararán los derechos fundamentales enunciados.

Para ello, la Sala revocará parcialmente lo dispuesto el 26 de octubre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué que, a su vez, confirmó lo dictado el 16 de junio 18 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, en el trámite iniciado por Luz Stella Giraldo Méndez como agente oficioso de Jesús Antonio Rosas contra Nueva EPS, dentro del expediente T-5.945.161, para, conceder el suministro de pañales desechables, la silla de ruedas y el Ensure, durante el tiempo que sea necesario. Sin embargo, debido a que no obra orden médica que indique la cantidad y características de dichos insumos, esta orden está condicionada a que, dentro del mismo término Nueva EPS valore al señor Jesús Antonio Rosas por intermedio de un médico que determine las particularidades y las condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídos los insumos concedidos de acuerdo con lo que el cuadro clínico indique y las patologías demanden.

1. Expediente T-5.955.341

La señora Matilde Zarate de Arias tiene 91 años de edad y se encuentra vinculada al régimen subsidiado a través de Coosalud EPS-S. Padece de hipertensión arterial controlada, incontinencia urinaria y fecal e hiporexia constante. Por esa razón, el 26 de mayo de 2016, el médico tratante adscrito a la entidad, le ordenó el suministro de pañales desechables, Ensure advance y crema antipañalitis, para ello, diligenció la solicitud y justificación de medicamentos no POS, no obstante, la entidad no respondió a su solicitud. Indica el agenciente, que no posee los recursos suficientes para cubrir el costo de los insumos que le fueron ordenado a su agenciada.

Respecto del amparo constitucional de los derechos fundamentales que el agenciente considera se le vulneran a su agenciada, debe exponer esta Sala que, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien con fundamento en la sostenibilidad del sistema de salud hay una serie de procedimientos, tratamientos o insumos que se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud, no puede ello constituirse como un obstáculo en el amparo de esa garantía constitucional.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha establecido unos requisitos que deben ser observados para que proceda la prestación de servicios que las EPS niegan con fundamento

en las exclusiones del POS.

En primer lugar, se debe resaltar que el accionante acudió a la acción de tutela en procura de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su agenciada, pues los pañales desechables se convirtieron en una prioridad desde que la enfermedad que la aqueja le impidió controlar sus naturales necesidades fisiológicas.

Ahora, respecto de que la orden del requerimiento no POS haya sido emitida por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora del afiliado, se evidencia en el expediente las fórmulas médicas por medio de las cuales se prescribe pañales desechables, Ensure advance y óxido de zinc, todo esto, con el diligenciamiento de la justificación de medicamentos no POS. Por tanto, este requisito se estima superado.

Por último, el agenciante indicó en el escrito de tutela que su auspiciada no cuenta con los recursos económicos para sufragar el costo del insumo pues ella se encuentra a su cargo, y no puede correr con esos gastos.

Así pues, luego de realizado el análisis de los requerimientos establecidos por esta Corporación para inaplicar las reglas de exclusiones del POS, se evidencia que la situación del accionante satisface completamente aquellos supuestos.

En conclusión, considera la Sala que la Convida EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Matilde Zárate de Arias al no autorizarle y entregarle los pañales desechables que requiere para sobrellevar la enfermedad que la aqueja, es por eso, que se ampararán los derechos fundamentales enunciados. Para ello, la Sala revocará lo dispuesto el 22 de agosto de 2016 por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco - Cundinamarca, en el trámite iniciado por Édgar Arias Zárate como agente oficioso de Matilde Zárate de Arias contra Convida EPS dentro del expediente T-5.933.515, para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante y ordenar a Convida EPS que autorice y entregue los pañales desechables, Ensure advance y óxido de

zinc que requiere, en los términos prescritos por el médico tratante.

III. 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.- REVOCAR la sentencia de tutela el 29 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo que, a su vez, revocó lo dispuesto el 19 de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Civil Oral de Sincelejo, trámite iniciado por Loyda Luz Genes Yepes como agente oficioso de Gabriel Domingo Genes Villareal contra la Coosalud EPS-S.

En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado en el expediente T-5.933.436.

SEGUNDO.- PREVENIR a la entidad Coosalud EPS-S para que no vuelva a incurrir en actuaciones dilatorias injustificadas en los trámites de autorización de procedimientos médicos requeridos con urgencia, prescritos por médicos especializados afiliados a su red, toda vez que ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud.

TERCERO.- COMPULSAR copia de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Secretaría General de esta Corporación, para que en lo de su competencia, investigue a Coosalud EPS-S, con ocasión de la negativa de los suministro que el señor Gabriel Domingo Genes Villareal, necesitaba para sobrellevar la enfermedad que padecía, para que, si es del caso, se imponga la sanción a la que haya lugar.

CUARTO.- REVOCAR el fallo proferido el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal, en el trámite iniciado por Elizabeth Rosas Rodríguez en representación

de su hijo menor de edad Juan Camilo Martín Rosas contra la Fundación Hospital La Misericordia, dentro del expediente T-5.933.515. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a Juan Camilo Martín Rosas.

QUINTO.- ORDENAR a la Fundación Hospital la Misericordia que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, devuelva el pagaré No. 14609 a su favor (y la carta de instrucciones, respectiva) suscrito por Óscar Martín Gutiérrez -como deudor- y Elizabeth Rosas Rodríguez -como deudor solidario-, derivado de la prestación en los servicios de salud del menor Juan Camilo Marín Rosas.

SEXTO.- REVOCAR el fallo proferido el 27 de septiembre de 2016, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano-Tolima, en el trámite iniciado por Luz Elena Londoño de Bedoya contra Nueva EPS, dentro del expediente T-5.942.371. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a Luz Elena Londoño de Bedoya.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Cafesalud EPS -entidad vinculada- que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia autorice el examen "ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal" y una cita médica especializada-ginecología a la señora Luz Elena Londoño de Bedoya.

OCTAVO.- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 26 de octubre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué que, a su vez, confirmó el dictado el 16 de junio 18 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, en el trámite iniciado por Luz Stella Giraldo Méndez como agente oficioso de Jesús Antonio Rosas Homez contra la Nueva EPS, dentro del expediente T-5.945.161. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a Jesús Antonio Rosas Homez.

NOVENO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y entregue a Jesús Antonio Rosas Homez los pañales desechables y el Ensure en los términos dispuestos por el médico tratante y la silla de ruedas acorde a sus necesidades. Sin embargo, debido a que no obra orden médica que indique la cantidad y características de dichos insumos, esta orden está condicionada a que, dentro del mismo término Nueva EPS valore al señor Jesús Antonio Rosas por intermedio de un médico que determine las particularidades y las condiciones de modo, uso y tiempo en que deben ser proveídos los insumos concedidos de acuerdo con lo

que el cuadro clínico indique y las patologías demanden.

DÉCIMO.- REVOCAR el fallo proferido el 22 de agosto de 2016 por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco - Cundinamarca, en el trámite iniciado por Édgar Arias Zárate como agente oficioso de Matilde Zárate de Arias contra Convida EPS, dentro del expediente T-5.955.341. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a Matilde Zárate de Arias.

DÉCIMO PRIMERO.- ORDENAR a Convida EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice y entregue a la señora Matilde Zarate de Arias el suministro de pañales desechables, Ensure advance y óxido de zinc, en los términos prescritos por el médico tratante.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991tifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Esto por cuando es la entidad a la que la señora Elizabeth Rosas Rodríguez aparece desafiada en la base de datos del Fosyga.

2 La accionante no aportó prueba documental de las solicitudes presentadas ante la EPS.

3 Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).

4 Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones.

5 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución.

6 *Ibidem*.

7 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.

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

9 Ver sentencia T-804 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

10 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Ver, entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

12 Cfr. Sentencia T-707 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

14 Ver, entre otras, las sentencias T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-313 y T-406 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-804 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

15 Ver sentencia T-234 de abril 18 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

16 Bajo este escenario, cuando el juez de tutela declare la configuración de la carencia actual de objeto por un hecho superado, esta Corporación ha indicado que cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez

respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción. Ver las sentencias T-32 de 2013, T-919 de 2013, T-358 de 2014 y T-047 de 2016, entre otras.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-449 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

18 Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

19 Corte Constitucional Sentencia T-176 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21 Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

25 Constitución Política, artículo 46.

26 Corte Constitucional, sentencia T-527 del 11 de julio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-746 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

27 Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

29 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

30 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

31 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

32 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.

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

34 Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

35 Ley Estatutaria 1751 de 2015. ARTÍCULO 15. PRESTACIONES DE SALUD. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

(...)

36 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

37 Unidad por Capitación: Valor per cápita que reconoce el SGSSS a las EPS o EOC o Departamentos o Municipios o EPS’S por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado. <http://www.fosyga.gov.co/Glosario-de-Terminos>

38 Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

39 “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". NOTA ACLARATORIA: Ver artículo 167 del Código General del Proceso.

40 Sentencia T-790 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada).

41 Sentencia T-073 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

42 Ver, entre otras, sentencias T-383 y T-728 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-249 de 2014 y T-429 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo; T-056 de 2015 M.P. María Victoria Sáchica Méndez; T-096 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-014 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

43 Revisión previa de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Salud.

45 Corte Constitucional, Sentencia T-953 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

46 Ibídem.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-162 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

48 Corte Constitucional, Sentencia T-550 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

49 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

50 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

51 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

52 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

53 Situación que se comprueba con la impresión de la afiliación de la Base de Datos del Fosyga. Folio 15 Expediente T-5.942.371.

54 Folio 10 Expediente T-5.945.161.