

Sentencia T-400/16

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”

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable frente a la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Para que se configure temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la temeridad puede ser comprendida de dos formas diferentes. La primera concepción se refiere a que dicha institución solo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe. La segunda definición desecha ese elemento para su consolidación, y solamente exige que para su perfeccionamiento, el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna, según la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991. Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que declarar improcedente la acción de amparo por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que ello es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Casos en los que se considera inexistencia de la temeridad

Una actuación no es temeraria cuando aun existiendo dicha duplicidad, la acción de tutela se funda: “(i) en la ignorancia del accionante; (ii) el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho”[1]. En estos casos, si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

LEY ESTATUTARIA QUE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Ley Estatutaria 1751 de 2015

PRINCIPIO PRO HOMINE EN MATERIA DE SALUD-Interpretación más favorable a la protección de los derechos de la persona

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Subreglas sobre los requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

Debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones: “(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

PRINCIPIO DE SOLDARIDAD EN SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Alcance

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA DE SALUD-La familia es la llamada en primer lugar a prestarle a sus miembros más cercanos la asistencia requerida

La familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello conlleve a que se desconozca la corresponsabilidad y solidaridad que también debe ejercer la sociedad y el Estado a través de sus instituciones, de tal manera que impulsen por la recuperación y el cuidado del paciente, y más aún, de aquellos que se encuentran en una situación de especial cuidado.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-Se concede de manera transitoria la acción de tutela para suministro de medicamentos, insumos y tratamientos médicos, se deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que decida en forma definitiva

Referencia: expediente T-5.463.326

Acción de tutela instaurada por Jairo Aristizabal, como agente oficioso de Myriam Aristizabal, en contra de SaludCoop EPS en Liquidación.

Procedencia: Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali.

Asunto: Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., dos (2º) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de única instancia proferida el 18 de noviembre de 2015 por el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, dentro de la acción de tutela presentada por Jairo Aristizabal, como agente oficioso de Myriam Aristizabal, en contra de SaludCoop EPS en Liquidación.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto de 14 de abril de 2016, la Sala Número Cuatro de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación.

I. ANTECEDENTES

Jairo Aristizabal, como agente oficioso de la señora Myriam Aristizabal, presentó acción de tutela en contra de SaludCoop EPS en Liquidación, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su agenciada a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, toda vez estima que la EPS accionada ha prestado de manera deficiente, tardía e irregular el servicio de salud requerido por la paciente.

Hechos y pretensiones en tutela

Jairo Aristizabal manifestó que su agenciada tiene 43 años de edad y hace 14 años fue diagnosticada con “esclerosis múltiple, distrofia muscular y espasticidad”[2].

El accionante indicó que el 7º de abril de 2006, el Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali, concedió el amparo de los derechos fundamentales de la señora Aristizabal y ordenó el suministro del medicamento Betaferona y el tratamiento integral requerido por la paciente.

Por otro lado, manifestó que Aliansalud EPS profirió un comunicado, en el cual informó que “(...) mediante Resolución 832 de 2014, la Superintendencia Nacional de Salud autorizó Aliansalud EPS el retiro voluntario de los departamentos de Antioquia, Meta, Santander y Valle del Cauca, como asegurado para la prestación de servicio del Plan Obligatorio de Salud”[3]. Como consecuencia, la EPS SaludCoop, asumió la prestación del servicio de salud de los pacientes del Valle del Cauca que se encontraban afiliados a Aliansalud, dentro de los cuales está la señora Aristizabal.

Debido a las condiciones de salud de la señora Aristizabal, sostuvo que se le deben realizar terapias físicas, respiratorias y de lenguaje. Así mismo, refirió que requiere de una auxiliar de enfermería por 12 horas, y que le sean suministrados una bomba de alimentación, pulsoxímetro, harmentone, baclofeno, fluconazol, ácido valproico y carbonato de calcio,

entre otros[4].

No obstante, el agente indicó que dichos servicios se ha prestado de manera deficiente, incompleta e irregular, ya que: (i) solamente se autorizaran medicamentos genéricos; (ii) hay una tardanza en la autorización y entrega del Ensure; (iii) existen demoras para ser atendidos por los médicos especialistas, en particular por los neurólogos y gastroenterólogos; (iv) le retiraron las terapias físicas y le disminuyeron las de lenguaje; y (v) le quitaron la enfermera y las terapias domiciliarias.

Anotó que debido a las irregularidades en la prestación del servicio de salud, presentó un escrito y una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud para que investigara las conductas desplegadas por la EPS SaludCoop en Liquidación[5].

De conformidad con lo expuesto, solicitó que se protegieran los derechos fundamentales a su agenciada a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, y en consecuencia, se le ordene a Suramericana EPS la entrega inmediata y permanente de medicamentos e insumos médicos, y la autorización de terapias, citas con especialistas y de una auxiliar de enfermería.

II. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, mediante auto del 5 de noviembre de 2015, admitió la acción de tutela, ordenó correr traslado a la EPS accionada para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela, y vinculó al Ministerio de Protección Social -FOSYGA-.

SaludCoop EPS en Liquidación

Guardó silencio en relación con los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

Ministerio de Protección Social -FOSYGA-

En el expediente no reposa la contestación presentada por la entidad mencionada.

2.2. SENTENCIA EN SEDE DE TUTELA

Sentencia de única instancia

El Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2015, negó la acción de tutela, al considerar que se configuró una actuación temeraria por parte de Jairo Aristizabal.

Particularmente sostuvo que, existe una actuación temeraria a la luz del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que el señor Aristizabal, “(...) ya antes ha invocado los mismos hechos y perfilado las mismas pretensiones ante otras instancias judiciales, es decir, el Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Cali, para el 7 de abril de 2006, profirió fallo de tutela en el cual le concede la protección a sus derechos fundamentales, ordenando a la entidad accionada ALIANSALUD EPS, quien para esa fecha era su entidad prestadora de salud de la accionante hasta el 14 de junio de 2013 cuanto ésta entidad reubicó a sus usuarios por el cierre de la entidad, correspondiéndole la atención medica de la señora Myriam Aristizabal a la entidad SALUDCOOP EPS (...)”[6].

Por lo tanto, el juez consideró que se trataba de una acción temeraria por parte del accionante, toda vez que existe un fallo previo (del año 2006) por parte del Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali, mediante el cual amparó los derechos fundamentales de la señora Aristizabal, y el cual tuvo como fundamentó las mismas pretensiones y hechos de la acción de tutela que se revisa.

2.3. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

La Sala Quinta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las señaladas por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 y los artículos 57 y 58 del Reglamento Interno de esta Corporación, a fin de allegar material probatorio suficiente que permitiera resolver la acción de tutela, profirió los siguientes autos:

i. El 18 de mayo de 2016, vinculó a Pedro Alfonso Maestre Carreño, agente liquidador de la IPS SaludCoop, y a la Superintendencia Nacional de Salud -Regional Occidental-, para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

Asimismo, le solicitó a dicha entidad que enviara una copia de las respuestas dadas a la petición y a la queja presentada por el señor Jairo Aristizabal. Además, que informara cuáles fueron las actuaciones que ha adelantado hasta la fecha, en contra de la EPS SaludCoop por

la presunta deficiencia en la prestación del servicio de salud de la señora Myriam Aristizabal.

Por último, ofició al Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali, para que enviara una copia del fallo de tutela del 2006 de la señora Myriam Aristizabal en contra de Colmedica EPS.

ii. El 10 de junio de 2016, vinculó a Luis Martín Leguizamon Cepeda como agente liquidador de la EPS SaludCoop para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela, y además, para que indicara si la señora Myriam Aristizabal se encontraba afiliada a dicha EPS.

Igualmente vinculó a la EPS Suramericana-Regional Occidente, para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela. Asimismo, para que informara desde qué fecha la accionante se encontraba afiliada a dicha entidad y cuáles habían sido los servicios de salud que le ha suministrado.

Por otro lado, ofició al señor Jairo Aristizabal, para que informara: (i) cuál es la EPS que le presta el servicio de salud a su agenciada y desde hace cuánto está afiliada a la misma; (ii) cuál es el estado actual de salud de la señora Artistizabal; y (iii) si se han presentado irregularidades e ineficiencias en la prestación del servicio de salud.

Por último, suspendió los términos hasta que se tuviera claridad y certeza de la situación actual en la prestación del servicio de salud de la señora Myriam Aristizabal.

Pedro Alfonso Maestre Carreño

El 3º de junio de 2016, la Representante Legal de S&P Gestión eficiente S.A.S., solicitó que se desvinculara a la Corporación SaludCoop IPS en Liquidación, por carecer de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que “(...) la EPS SALUDCOOP quien también se encuentra en proceso de liquidación mediante la Resolución No 2414 del 2015 persona jurídica esta diferente a mi representada CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN”[7] (negrilla y subrayado en el texto original).

Sostuvo que su representada no tiene a cargo el suministro y la prestación del servicio de salud, pues dicha función se encuentra en cabeza de la EPS SALUDCOOP, entidad diferente

a la IPS SALUDCOOP. Enfatizó en que la única actividad que realiza su representada es la de realizar los trámites que conduzcan a su liquidación.

Superintendencia Nacional de Salud-Regional Occidental-

El 9º de junio de 2016, el Asesor del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, indicó que según la base de datos del FOSYGA, la señora Myriam Aristizabal se encontraba afiliada a la EPS Suramericana en el régimen contributivo desde el 1º de junio de 2016.

Asimismo, manifestó que en ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia, adelantó las siguientes actuaciones administrativas: (i) El 13 de febrero de 2015 requirió a la EPS SaludCoop para que informara el estado de los servicios de salud requeridos por la usuaria y a su vez rindiera un informe frente al cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali; (ii) El 16 de febrero de 2015 informó a la accionante que se requirió a SALUDCOOP EPS para que se pronunciara frente al presunto incumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali; y (iii) El 3 de marzo de 2015, informó a la accionante que podía acudir nuevamente a dicha autoridad, si consideraba que la EPS había desplegado alguna conducta vulneradora del sistema de seguridad social en salud y el derecho a la salud. De conformidad con lo anterior, indicó que dicha entidad ha adelantado todas las gestiones administrativas necesarias para que se preste un servicio de salud eficiente y oportuno.

Finalmente, solicitó que se desvinculara a la Superintendencia de la presente acción de tutela, toda vez que “la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud (...)”. Recalcó que es la EPS la obligada de responder por la falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere por la no prestación, o prestación indebida de los servicios de salud.

Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali

No se pronunció en relación con los hechos de la presente acción de tutela y tampoco envió la copia del fallo que le fue solicitado mediante el auto del 18 de mayo de 2016[8].

Luis Martín Leguizamon Cepeda

El 6º de julio de 2016, el Agente Liquidador afirmó que mediante la Resolución 002422 del 25 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el traslado de los afiliados de SaludCoop EPS a Cafesalud EPS S.A., ya que su representada se encuentra en proceso de liquidación y no presta ningún servicio de salud. De esta manera, enfatizó que “(...) en la actualidad, esta entidad [EPS SaludCoop], no atiende, ni tiene relación alguna con los pacientes, pues los mismos se encuentran afiliados y deben ser atendidos por CAFESALUD EPS”[9]. En consecuencia, solicitó desvincular del presente caso a la entidad que representa.

Jairo Aristizabal

El 12 de julio de 2016, el señor Aristizabal informó que durante su afiliación a la EPS SaludCoop EPS, tuvo muchos problemas para que le fueran entregados los medicamentos que su agenciada necesitaba (Enexoparina, Ensure y Domperidona, entre otros). Adujo que debido a la mala prestación en el servicio de salud y a las demoras en el suministro de medicamentos, afiliaron a su hermana a la EPS Suramericana. No obstante, indicó que dicha entidad se niega a prestar el servicio de auxiliar de enfermería, y además, presenta demoras en el suministro de medicamentos.

Por otro lado, declaró que, no tiene los recursos económicos para sufragar los medicamentos y servicios que Sura se niega a prestar, de manera que el estado de salud de su hermana sigue empeorando.

Por ultimo afirmó que, debido a la falta de una auxiliar de enfermería, es su madre de 79 años quien la cuida. Sin embargo, señaló que ella también debe hacerse cargo de su padre, quien tuvo un accidente cerebro vascular y requiere de un tratamiento especial.

E.P.S Suramericana-Regional Occidente

De manera extemporánea, el Representante Legal Judicial de la precitada EPS, informó todos los servicios médicos, tratamientos y medicamentos POS y NO POS que le han sido practicados y entregados a la señora Myriam Aristizabal. Asimismo, demostró que desde el 16 de junio de 2016 hasta el 19 de julio de la misma anualidad, la EPS Suramericana, ha actuado de manera diligente y eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales de la señora Aristizabal.

Ministerio de Salud y Protección Social (FOSYGA)

Como quiera que el juez de tutela vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social (FOSYGA), la Secretaría General de esta Corporación corrió traslado de las pruebas decretadas en sede de revisión para que se pronunciara en relación con las mismas. De esta manera, el 21 de julio de 2016, el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, argumentó que la entidad que representa no tiene a su cargo la prestación del servicio de salud. Enfatizó en que las funciones del Ministerio son las comprendidas en las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001 y 489 de 1998, las cuales determinan que dicha entidad tiene la obligación de formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud.

Por otro lado, indicó que es necesario que se analice si en el presente caso, se requiere de una auxiliar de enfermería o de un acompañante que colabore en el cuidado y ayuda de la señora Aristizabal.

Manifestó que algunos de los tratamientos y medicamentos que requiere la accionante, se encuentran consagrados en el Plan Obligatorio de Salud, de manera que la EPS no estaría facultada para repetir en contra del FOSYGA para el pago de los mismos.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Jairo Aristizabal, como agente oficioso de Myriam Aristizabal, presentó acción de tutela en contra de SaludCoop EPS en Liquidación por estimar que dicha entidad presta de manera ineficiente, tardía e irregular el servicio de salud requerido por la paciente, toda vez que se niega a suministrar ciertos medicamentos e insumos médicos, a autorizar citas con especialistas, terapias (físicas, respiratorias y de lenguaje) y una auxiliar de enfermería. Indicó que todo lo anterior, afecta sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud.

No obstante, SaldudCoop EPS entró en proceso de liquidación administrativa, por lo que todos los usuarios que se encontraban afiliados a dicha entidad, fueron trasladados a Cafesalud EPS S.A[10]. El actor manifestó que, las deficiencias e irregularidades en la prestación del servicio continuaron, pues algunos medicamentos no se suministran y los servicios médicos se autorizaban de manera tardía. En consecuencia, el 1º de junio de 2016, trasladaron a su hermana a Suramericana EPS, entidad que según éste, continua vulnerando los derechos fundamentales de su agenciada, puesto que aún se dan las demoras en el suministro de los medicamentos y la falta de autorización de los servicios de salud que requiere.

Por otro lado, las entidades accionadas guardaron silencio en relación con los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela. No obstante, en sede de revisión, fueron vinculadas la Superintendencia Nacional de Salud, los agentes liquidadores de la IPS y EPS SaludCoop y la EPS Suramericana. Tanto la Superintendencia como los agentes liquidadores manifestaron que no se encontraban legitimadas en la causa por pasiva. El Representante Legal Judicial de Suramericana, informó que desde el 16 de julio de 2016 hasta el 19 de julio de este mismo año, le han sido suministrados todos los tratamientos, medicamentos y servicios médicos que la señora Aristizabal ha requerido.

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que si bien durante el trámite de tutela se dio un cambio en la parte pasiva de la misma, es decir, en quien presta el servicio de salud, las inconformidades y reclamos sobre la vulneración a los derechos fundamentales de una persona con una enfermedad degenerativa continúan, por lo tanto, la Sala debe abordar dichos reclamos. Así, el presente asunto se refiere a una solicitud de protección de derechos fundamentales por dos motivos diferentes. De una parte, a la supuesta falta de calidad en la provisión de servicios de salud por la tardanza en el suministro de medicamentos e insumos médicos autorizados; y de otra, a la presunta negativa de la EPS a suministrar los medicamentos e insumos POS y NO POS que requiere la señora Aristizabal para garantizar sus derechos fundamentales.

3. La situación fáctica, exige resolver en primer lugar, si la acción de tutela es el mecanismo procedente para la protección del derecho a la salud de una persona que padece esclerosis múltiple, distrofia muscular y espasticidad.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

4. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo[11]. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de legitimación del demandante, “se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante” [12] de las personas que no pueden hacerlo por sí mismas.

Igualmente, esta Corporación manifestó que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, y como tal pretende proteger los derechos fundamentales de las personas por encima de los requisitos procesales, de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución[13]. Como tal, esta figura es un mecanismo idóneo para lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños y las personas de avanzada edad.

5. En el presente caso, la acción de tutela es interpuesta por Jairo Aristizabal como agente oficioso de Myriam Aristizabal, quien padece esclerosis múltiple desde hace 15 años y síndrome de postración secundario desde hace 5[14]. Debido a lo anterior, se encuentra “postrada en una cama, con una dependencia total, Glasgow 6/15 (...)”[15]. Dadas las condiciones de salud de la señora Aristizabal, no es posible que se movilice por sí misma, de manera que depende totalmente de sus familiares para realizar cualquier tipo de actividad. En consecuencia, la interposición de la acción de tutela se debió hacer por intermedio de una persona, en este caso, a través de su hermano.

6. Jairo Aristizabal, más allá de actuar como agente oficioso de Myriam Aristizabal, lo hace como su hermano, quien en virtud del principio de solidaridad, interpuso la acción de tutela en aras de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de su hermana. En este sentido, la Sala encuentra que Jairo Aristizabal se encuentra legitimado en la causa por activa para presentar en nombre de la señora Myriam Aristizabal la presente acción de tutela.

7. La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada[16]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares.

8. En el caso sub judice, la acción de tutela se presentó inicialmente contra SaludCoop EPS. No obstante, dicha entidad entró en proceso de liquidación administrativa, tal y como lo señala la Resolución 2414 de 2015[17]. En consecuencia, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó por medio de la Resolución 2422 de 2015[18], que las personas que estuvieran afiliadas a la EPS SaludCoop, fueran trasladadas a Cafesalud EPS SA.

9. Debido a las demoras en la prestación del servicio de salud y al retraso injustificado en el suministro de medicamentos, el accionante manifestó que su hermana fue trasladada a la EPS Suramericana el 1º de junio de 2016. De conformidad con ello, la Sala Quinta de Revisión decidió vincular a Sura EPS al presente proceso, pero dicha autoridad contestó de manera extemporánea.

10. En este orden de ideas, la Sala observa que si bien la acción de tutela se presentó inicialmente en contra de SaludCoop EPS en Liquidación, durante el trámite de revisión efectuado por esta Corporación, se encontró que la nueva entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada Myriam Aristizabal es Suramericana, de manera que dicha entidad es la que se encuentra legitimada en la causa por pasiva. Entonces, este cambio de condiciones hace que el asunto que se deba analizar, se limite a las actuaciones surtidas por Suramericana EPS y a los reclamos manifestados por el accionante en sede de revisión.

Requisito de subsidiariedad

11. El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, determina que la acción de tutela no es procedente “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia,

atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Así pues, la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir otros medios judiciales éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales; o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

12. En este caso, en principio, el accionante debía acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que en ejercicio de sus competencias legales, iniciara el proceso jurisdiccional correspondiente, y si fuera el caso, concediera las pretensiones incoadas por él.

Lo anterior dado que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, y particularmente señala 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 multifiliación dentro del sistema y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

13. Esa norma también establece que el trámite que debe seguir la superintendencia en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales es el previsto en el artículo 148 de la Ley 448 de 1996 que, a su vez, remite a la parte primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial a las previsiones sobre el ejercicio del derecho de petición y el capítulo VIII que establece las normas comunes a las actuaciones administrativas.

14. En complemento con lo anterior, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 126, amplía las competencias de la Superintendencia e incluye las controversias relacionadas con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. En esa norma se modifica el trámite previsto inicialmente y se establece que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante “un

procedimiento preferente y sumario, 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”. En este orden de ideas, la sentencia T-603 de 2015 sostuvo que:

“(…) el Legislador le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función de juez de salud, dado el conocimiento especializado que tiene en la materia, particularmente sobre las obligaciones en cabeza de las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en salud. Para el ejercicio de esa competencia inicialmente se hizo una remisión expresa a las disposiciones que la Ley 446 de 1998 fijó para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las superintendencias, con base en las cuales la Superintendencia Nacional de Salud desarrolló un procedimiento particular descrito en el fundamento jurídico número 14 de esta sentencia. Sin embargo, dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios”[19].

15. De lo descrito, se desprende prima facie que, la acción de tutela no era el mecanismo judicial procedente, toda vez que Jairo Aristizabal tenía la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, conociera el nuevo caso de las presuntas irregularidades en la prestación del servicio de salud por parte de Suramericana EPS, y con ello pudiera garantizar la autorización y el suministro de los medicamentos e insumos requeridos por su hermana.

En refuerzo de lo anterior, la Sala resalta que en el presente fallo no se pretende revivir la discusión que dio origen al fallo proferido por el Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali, y que recayó sobre temas atinentes a la prestación del servicio de salud por parte de Colmedica EPS, entidad que se encontraban brindando la prestación del servicio de salud a la señora Aristizabal. Así pues, las actuaciones administrativas y jurisdiccionales que adelantó la Superintendencia Nacional de Salud para garantizar el cumplimiento de dicho fallo, tampoco serán objeto de debate por esta Sala.

16. Ahora bien, dadas las condiciones de salud en las que se encuentra la señora Myriam Aristizabal y a que las irregularidades en la prestación de servicio de salud se han

mantenido en el tiempo, a pesar de haberse cambiado a diferentes EPS, es necesario la intervención del juez constitucional en aras de garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales y de que se evite la consumación de un perjuicio irremediable[20].

La Sala verifica que se dan 4 elementos para que se configure un perjuicio irremediable[21], en tanto que:

i. La amenaza de los derechos fundamentales de la señora Myriam Aristizabal es inminente, pues las deficiencias en la prestación del servicio de salud requerido por la paciente, han hecho que sea trasladada a una EPS diferente con el fin de que sean garantizados sus derechos fundamentales. Aunque si bien las actuaciones surtidas por las anteriores entidades promotoras de salud, diferentes a Suramericana, no son objeto de esta controversia, no es posible omitir que la tutelante ha manifestado una atención que considera vulneradora de sus derechos fundamentales. Así, su situación de posible afectación a sus derechos fundamentales se ha mantenido en el tiempo, lo que es determinante al verificar la gravedad del posible daño.

ii. Es urgente que se suministren los medicamentos, insumos y tratamientos médicos requeridos por la paciente para impedir que sus condiciones de salud y de vida digna sigan empeorando con el paso del tiempo, pues las enfermedades que padece (esclerosis múltiple y síndrome de postración secundario) son degenerativas y requieren de una atención inmediata.

iii. Hay un menoscabo en la salud de la paciente, toda vez que la presunta negativa por parte de la EPS de autorizar los servicios médicos y suministrar los medicamentos e insumos POS y NO POS, amenaza sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

iv. Como quiera que existe una urgencia y gravedad en la situación actual de la paciente, la acción de tutela es impostergable y procede como mecanismo transitorio.

17. En este orden de ideas, la Sala concluye se configuran los 4 elementos para que exista un perjuicio irremediable, de manera que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio.

Temeridad

18. La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la temeridad puede ser comprendida de dos formas diferentes. La primera concepción se refiere a que dicha institución solo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe[22]. La segunda definición desecha ese elemento para su consolidación, y solamente exige que para su perfeccionamiento, el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna[23], según la interpretación literal del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

Ante tal ambivalencia, la Corte concluyó que declarar improcedente la acción de amparo por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que ello es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela.

19. En este sentido, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista[24].

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha dicho que una actuación es temeraria cuando: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”[25].

20. En contraste con lo anterior, una actuación no es temeraria cuando aun existiendo dicha duplicidad, la acción de tutela se funda: “(i) en la ignorancia del accionante; (ii) el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho”[26]. En estos casos, si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la

actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante.

Así mismo, la sentencia T-1034 de 2005[27] precisó que hay ciertos supuestos que le permiten a una persona interponer nuevamente una acción de tutela sin que con ello se configure una acción temeraria. Dichos elementos son: i) el surgimiento de circunstancias adicionales fácticas o jurídicas; y ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

21. En el presente caso, el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, manifestó que el accionante había incurrido en una actuación temeraria, ya que en el año 2006, el Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali había proferido una sentencia de tutela en la cual reconocía el tratamiento integral de la señora Myriam Aristizabal, de manera que al presentarse una similitud con los hechos y pretensiones de la acción constitucional inicial, se configuraba una actuación temeraria.

No obstante, la Sala encuentra que tal argumento no es cierto, toda vez que: (i) las condiciones de salud de la señora Aristizabal han cambiado desde la fecha en que se profirió la sentencia del Juzgado 23 Penal Municipal de Descongestión de Cali (7 de abril de 2006) hasta la fecha de interposición de la presente acción de tutela (4 de noviembre de 2015); (ii) las pretensiones son diferentes, pues en aquella oportunidad se solicitaba el suministro de interferón (betaferon) y en la presente oportunidad solicita la práctica de terapias (físicas, respiratorias y de lenguaje), el suministro de harmetone, baclofeno, enoxaparina, ensure, pañales, pulsoxímetro, bomba de alimentación, atención domiciliaria, macrogoteos, micropore y gasa, entre otros; y (iii) las entidades promotoras de salud no son las mismas, ya que en la sentencia del 7 de abril de 2006 se demandaba a Cafesalud y actualmente se demanda a Suramericana[28].

22. De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que en el presente caso, la acción de tutela es procedente, toda vez que se busca evitar la configuración de un perjuicio irremediable y el accionante no desplegó una actuación temeraria, según lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación.

23. En consecuencia, la Sala procederá a resolver si:

i. La supuesta falta de suministro de medicamentos y servicios médicos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Myriam Aristizabal.

ii. La supuesta falta de suministro y autorización de medicamentos e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (NO POS), vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Myriam Aristizabal.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, es necesario analizar los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud; (ii) reglas para inaplicar las normas del POS para el suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios; (iii) el alcance del principio de solidaridad en sujetos de especial protección constitucional; y (iv) caso concreto.

El derecho fundamental a la salud: naturaleza, elementos y principios. Reiteración de jurisprudencia

24. El artículo 48 de la Constitución Política establece entre otras cosas que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos que se encuentran en cabeza del Estado, de manera que debe ser éste quien organice, dirige y reglamente la prestación de dicho servicio bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[29]. Frente a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

25. En relación a la salud como derecho, es necesario mencionar que en principio fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro derecho catalogado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Sin

embargo, mediante la sentencia T-760 de 2008[30] la Corte afirmó que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015[31], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C-313 de 2014[32]. Así pues, tanto la normativa como la jurisprudencia actual, disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

26. Ahora bien, en lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el Legislador, el sistema de salud: “es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”[33].

27. Dentro de este contexto, los instrumentos internacionales, han destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”[34]. Para ello, es necesario establecer desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible. De esta manera, como lo ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la salud no se limita a la prestación de un servicio curativo, sino que abarca muchas otras esferas.

28. En aras de garantizar el mencionado derecho fundamental, el Legislador estableció una serie de obligaciones para el Estado, reguladas en el artículo 5° de la Ley 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden a los deberes que tiene éste frente a la adopción de medidas de respeto, protección y garantía.

Dichas obligaciones incluyen, a grosso modo, dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes retarden la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propendan por garantizar su efectivo acceso a toda la población; mientras que, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas.

29. En cuanto a los elementos que rigen el derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que “(...) la afectación de uno de los 4 elementos [disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional], pone en riesgo a los otros y, principalmente, al mismísimo derecho. Si bien es cierto, se trata de elementos distinguibles desde una perspectiva teórica, todos deben ser satisfechos para lograr el goce pleno del derecho”[35].

Entonces, más allá de que cada uno de estos elementos identifique aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues su interrelación garantiza la efectiva protección a este derecho. Específicamente, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que:

(i) la disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población

(ii) la aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, de modo que se preste el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

(iii) la accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información.

(iv) la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea

apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes o usuarios[36].

30. En lo que atañe a los principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros: continuidad, pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[37]. Para efectos prácticos de la presente sentencia, la Sala solamente hará mención a los principios pro homine e integralidad.

31. El principio pro homine, fundado en la dignidad humana, fue recogido en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, de acuerdo con el cual se establece que las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de estos.

En relación con este principio en concreto, la precitada sentencia C-313 de 2014, expuso que: “[e]n relación con el derecho a la salud, el principio pro homine se concretaría en la siguiente fórmula: ‘la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)’”. Esta fórmula, obviamente varía si el ordenamiento jurídico supone como punto de partida para el goce efectivo del derecho la inclusión como regla y la exclusión de servicios como excepción”. Así las cosas, la aplicación de este principio dependerá del análisis que se haga de las particularidades del asunto y de lo que en resulte más favorable para la protección de los derechos de la persona.

33. Ahora bien, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, las personas tienen la potestad de exigir ciertos derechos, cuya lista es abierta en atención a la naturaleza dinámica del citado derecho. En este sentido, la Ley 1751 de 2015 enlistó algunos de ellos, que fueron agrupados en la sentencia C-313 de 2014, de la siguiente manera:

- (i) Un primer grupo compuesto por aquellos derechos relacionados con el acceso al derecho.
- (ii) Un segundo conjunto relativo al acceso a la información.
- (iii) Un tercer grupo asociado a la calidad del servicio.
- (iv) Un cuarto grupo relativo a la aceptabilidad del servicio.
- (v) Un quinto conjunto relacionado con otros derechos como la intimidad, la prohibición de sometimiento a tratos crueles e inhumanos y el derecho no soportar las cargas administrativas del sistema a cargo de las entidades que lo conforman.

34. Dados los supuestos fácticos del presente caso, la Sala se concentrará en estudiar los grupos de derechos relativos al acceso y a la calidad del servicio de salud. En el primero grupo, se destaca que:

- (i) Los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad. Este derecho involucra la garantía de obtener una prestación del servicio acorde con los principios antes expuestos que permita una efectiva protección de sus derechos fundamentales.
- (ii) Los pacientes recibirán prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley, siempre que prevalezcan los preceptos constitucionales.
- (iii) El individuo tiene derecho a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos, este derecho a su vez implica el acceso a todos los servicios de salud, ya sea para prevención, tratamiento o paliación, en el momento oportuno, de manera integral y con los requerimientos de calidad necesarios para garantizar su efectividad.
- (iv) Asimismo, el paciente tendrá derecho a agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad. Sobre este derecho, la Corte explicó que deberá entenderse como la potestad del usuario de exigir los servicios de salud, no sólo los necesarios para la superación de su enfermedad, sino también aquellos vinculados con la paliación, rehabilitación, recuperación y prevención de la dolencia.

35. El segundo grupo, que se refiere al principio de la calidad del servicio de salud, presenta la siguiente composición:

(i) Durante todo el proceso de la enfermedad, las personas tienen derecho a que se le preste asistencia de calidad, por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer la actividad médica o clínica. Esta prerrogativa está estrechamente relacionada con el elemento de la calidad e idoneidad del personal que rige la prestación del servicio de salud. Igualmente, se refiere a la posibilidad con la que cuenta el paciente de tener total certeza y seguridad de que su salud está en manos del personal calificado y adecuado para el tratamiento de sus padecimientos.

(ii) Los pacientes deberán recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad. Lo anterior, no debe entenderse como un privilegio, por el contrario, debe comprenderse como una constante en la prestación de los servicios públicos esenciales como una garantía a la dignidad humana.

36. En conclusión, la salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que se forma en fundamental.

Como derecho, está delimitado por ciertos elementos, de los cuales –para los fines de esta sentencia– son relevantes tres: la disponibilidad, que supone, entre otros aspectos, que se preste efectivamente el tratamiento que se requiera; la accesibilidad, que implica que las cargas económicas o físicas no puedan tornarse en un impedimento para acceder al servicio; y la calidad, que significa la atención adecuada de lo que requiera la persona.

Por lo demás, la salud está regida por ciertos principios, de los cuales, en esta ocasión, la Sala destaca dos: la integralidad, que repercute en que deba prestarse todo aquello necesario para alcanzar el máximo nivel de salud posible; y el principio pro homine, según el cual las normas deben ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos.

Reglas para inaplicar las normas del POS para el suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios. Reiteración de jurisprudencia

37. En diferentes oportunidades[38], esta Corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del POS no puede desconocer derechos fundamentales, ni mucho menos controvertirlos. Ello por lo general sucede cuando una EPS, luego de realizar una interpretación literal y restrictiva de la normativa y bajo el argumento estricto de la no inclusión de medicamentos o procedimientos en el POS, impide la práctica de servicios necesarios para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de los pacientes.

38. Al respecto, en el fallo T-760 de 2008[39], la Corte definió y sistematizó una serie de subreglas que obligan al juez de tutela a determinar cuándo se está ante el suministro de medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios indispensables en la preservación o recuperación de la salud de los pacientes o su vida digna, se debe aplicar directamente la Constitución y restringir la aplicación literal de las normas que regulan el POS.

Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones: “(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, la mencionada sentencia puntualiza además que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el POS, no implica per se la modificación del Plan Obligatorio de Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que se tenga un goce efectivo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, en cada caso concreto.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del POS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

39. La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera subregla, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad propio de Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte[40], sino que su protección exige además asegurar una calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo reglamentado en la Carta Política.

40. En torno a la segunda subregla, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte[41] que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS[42].

41. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede quitarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, en la sentencia T-899 de 2002[43], se tutelaron los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

En este mismo sentido, la Corte ha sostenido que cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a observación del Comité Técnico Científico (CTC), no se puede desestimar la prescripción médica existente basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo. Según esta Corporación, en sentencia T-654 de 2010[44], el servicio no POS sólo puede ser negado por el CTC cuando existan razones médicas sólidas para no hacerlo. De no ser así, tiene prelación el criterio del médico tratante, quien tiene contacto directo con el paciente. Por ende, cuando existen discrepancias entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, *prima facie*, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente.

42. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA-, sólo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada sentencia T-760 de 2008, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo,

y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”.

43. De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

Alcance del principio de solidaridad en sujetos de especial protección constitucional.
Reiteración de jurisprudencia

44. Esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como una obligación de la sociedad, que permita el beneficio y apoyo a los demás, especialmente a quienes se encuentren en una condición de vulnerabilidad manifiesta[45].

Esta protección especial, surge del contenido expreso del artículo 13 inciso tercero de la Constitución Política que establece: “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De esta manera, hay una mayor carga y exigibilidad en las conductas que deben desplegar tanto el Estado, como la sociedad, para lograr mantener la protección a aquellos que por su condición, no lo pueden hacer independientemente.

45. Ahora bien, en materia de salud, este deber y principio de protección solidaria, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, y en ella ha insistido en que la responsabilidad de proteger y garantizar la salud, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado[46]. Así, el rol de la familia es primordial para brindar la atención y el cuidado requerido, pues cualquiera que sea el tratamiento debe involucrar la adaptación a su núcleo familiar, a quienes en virtud de los artículos 5º, 42º y 95 numeral 2 constitucionales les asiste el deber de solidaridad de manera especial.

46. En ese orden de ideas, esta Corte ha abordado el tema y ha estimado que la

familia desempeña un papel primordial en el tratamiento del paciente, por ser la más indicada e idónea para brindar protección, apoyo y cariño. El vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo “actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaborando en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisando el consumo de los medicamentos, estimulando emocionalmente al paciente y favoreciendo su estabilidad y bienestar[47].

Evidentemente, debe existir una orientación y coordinación de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud ya que, aun cuando la familia asuma la responsabilidad por el enfermo, dichas entidades no están exentas de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran, pues son éstas quienes guardan el conocimiento científico y técnico en la materia.

47. En conclusión, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello conlleve a que se desconozca la corresponsabilidad y solidaridad que también debe ejercer la sociedad y el Estado a través de sus instituciones, de tal manera que impulsen por la recuperación y el cuidado del paciente, y más aún, de aquellos que se encuentran en una situación de especial cuidado.

Caso concreto

48. Jairo Alberto Aristizabal como agente oficioso de Myriam Aristizabal, presentó acción de tutela en contra de la EPS SaludCoop en Liquidación, con la finalidad de que se ampararan los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

El accionante indicó que la señora Aristizabal padece de esclerosis múltiple, distrofia muscular y espasticidad, por lo que señaló que es necesario el suministro de: harmetone, baclofeno, enoxaparina, ensure, pañales, pulsoxímetro, bomba de alimentación, macrogoteos, micropore y gasa. De igual manera, enfatizó en que requiere de la realización de terapias (físicas, respiratorias y de lenguaje) y del acompañamiento de una enfermera domiciliaria. No obstante, manifestó que las diferentes entidades promotoras de salud a las que ha estado afiliado (Colmedica, Aliansalud, SaludCoop, Cafesalud y actualmente

Suramericana), han prestado de manera deficiente, tardía e irregular los servicios de salud que son necesarios para garantizar los derechos fundamentales de su agenciada.

49. Los agentes liquidadores de la IPS y EPS SaludCoop, y la Superintendencia Nacional de Salud manifestaron que no se encontraban legitimadas en la causa por pasiva. Suramericana EPS indicó que había brindado todos los servicios de salud que requería la señora Aristizabal.

50. Ahora bien, para mayor claridad, la Sala responderá de manera separada los problemas jurídicos planteados.

Primer problema jurídico: la supuesta falta de suministro de medicamentos y servicios médicos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Myriam Aristizabal

51. El 15 de julio de 2016, se le practicó el examen de ingreso a la señora Myriam Aristizabal a la EPS Suramericana. Dentro de dicha valoración, el médico tratante sostuvo que la señora Aristizabal requiere “(...) domperidona 10 mg cada 12 horas por 90 días, baclofeno 10 mg cada 12 horas por 90 días y ensure hn plus 1000 CC cada 24 horas por 30 días (...)”[48]. Además, indicó que necesitaba la valoración de: (i) nutricionista para determinar si el alimento es el adecuado; (ii) medicina interna para que indique cual es el manejo de sus “comorbilidades”; y (iii) fonoaudiología para que inicien las terapias requeridas por la paciente.

De igual manera anotó que la paciente no necesitaba de una bomba de infusión continua para alimentarse, ya que podía hacerlo a través de otros medios que no implicaran la deficiencia de su estado de salud. Por último, sostuvo que “(...) los cuidados básicos deben ser provistos por la familia, requiere de un cuidador primario para ayuda en su cuidado, más no acompañamiento por algún miembro del equipo de salud. Los insumos de aseo personal como pañales, pañitos húmedos, cremas antiescara y guantes deben ser asumidos por el paciente o sus seres queridos (...)”[49].

En armonía con lo anterior, el último informe realizado por la EPS Suramericana, demuestra que desde el 16 de junio de 2016 hasta el 19 de julio de este mismo año, la mencionada

EPS ha suministrado todos los medicamentos POS que requiere, especialmente la enoxoparina (la cual fue entregada el 13 de julio de 2016). Asimismo, resalta que las terapias (respiratorias, físicas y de lenguaje) se realizan en el domicilio de la señora Aristizabal y que ya fue atendida por el médico general en 3 oportunidades[50].

52. En este orden de ideas, se infiere que la señora Aristizabal actualmente está recibiendo todos los medicamentos contemplados en el plan de beneficios que son necesarios para mejorar sus condiciones de salud y que fueron ordenados por su médico tratante en la nueva EPS que actualmente le presta el servicio de salud. De igual manera, se observa que las terapias respiratorias, físicas y de lenguaje ya han sido realizadas en diferentes oportunidades (28 de junio y 14 y 15 de julio), y que por tanto, la EPS ha sido diligente en dichos aspectos.

No obstante, la Sala se percata que el galeno tratante, no consideró necesario la autorización de un auxiliar de enfermería para que atendiera a la señora Aristizabal, pues según éste, la paciente requiere de un cuidador que le brinde los cuidados básicos.

Al respecto, se debe precisar que aunque dicho servicio médico no fue autorizado por el médico tratante, debe ser suministrado, pues la persona que cuida en estos momentos a la señora Aristizabal, es su madre, quien además de tener 79 años de edad, debe cuidar a su esposo, quien sufrió un accidente cerebrovascular y necesita especial atención. Aunado a ello, el accionante indicó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar una enfermera domiciliaria que contribuya con el cuidado de su hermana, argumento que no fue controvertido por la EPS en su contestación, de manera que se deberá aplicar la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En este orden de ideas, la Sala observa que existen elementos que permiten configurar la necesidad de la atención domiciliaria por parte de la señora Aristizabal, toda vez que no se puede aplicar el principio de solidaridad familiar, ya que: (i) su madre, quien hasta el momento se hace cargo de ella, es un adulto mayor y debe cuidar también a su esposo, quien sufrió un accidente cerebrovascular y merece especial cuidado[51]; (ii) la familia no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear este tipo de gastos[52]; y (iii) la atención domiciliaria es necesaria para garantizar los derechos fundamentales a la vida

en condiciones dignas y a la salud de la señora Aristizabal.

53. En síntesis, la EPS Suramericana debe suministrarle a Myriam la enfermera domiciliaria, ya que tanto los medicamentos, como las terapias respiratorias, físicas y de lenguaje, han sido otorgadas. No obstante, el accionante deberá acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera definitiva, si fuere el caso, le autoricen y brinden el precitado servicio de salud.

Segundo problema jurídico: La supuesta falta de suministro y autorización de medicamentos e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (NO POS), vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Myriam Aristizabal.

54. De las pretensiones incoadas por el accionante, se tiene que los medicamentos e insumos que se encuentran excluidos del POS y que el accionante indica que requiere: harmetone, pañales desechables, pañitos húmedos, micropore, gasa y crema alimpro[53].

55. En primer lugar, el “harmetone” es un medicamento que aparentemente había sido suministrado en anteriores oportunidades por los médicos de las diferentes EPS a las cuales se ha encontrado afiliada la señora Aristizabal[54]. Sin embargo, en el expediente no reposa ninguna orden o prescripción médica actual que demuestre la necesidad de este medicamento. En consecuencia, la Sala no puede dar una orden que vaya encaminada al suministro del mismo, pues no cuenta con la experticia médica y científica para realizar este tipo de diagnósticos, y no es posible aplicar las reglas jurisprudenciales para ello.

En relación a este aspecto, es necesario resaltar que dentro de la nueva relación médico-paciente que se generó a partir del 1° de junio de 2016, fecha en la cual ingresó Myriam Aristizabal a Suramericana, surgió el derecho-deber de dicha entidad a realizar un nuevo diagnóstico médico que le permitiera determinar el tipo de tratamiento que ésta requiere. De esta manera, es posible que la nueva valoración médica, haya encontrado que no es necesario suministrar el harmetone o que éste puede ser reemplazado por algún otro medicamento que se esté suministrando.

No obstante, la Sala estima que en aras de garantizar una efectiva protección al derecho

fundamental a la salud de la señora Aristizabal, la EPS Suramericana deberá responder dentro de los 2 días siguientes a la notificación de la presente sentencia, si es o no necesario el suministro del harmetone, de acuerdo con la valoración médica pertinente. Si la paciente no está de acuerdo con dicha respuesta, puede controvertirla ante el Comité Técnico Científico de dicha entidad y a su vez, ante la Superintendencia Nacional de Salud.

56. En segundo lugar, la Sala observa que dentro del escrito enviado por la EPS Suramericana, se informó que han sido suministrados algunos insumos como la gasa, los guantes y la jeringa punta de catéter. Igualmente, el informe demuestra que los días 17 de junio, 29 de junio y 18 de julio de 2016, le fueron otorgados ciertos insumos (no especificados) a la paciente. Entonces, al no tener certeza de los insumos que hacen falta por ser suministrados, y haber constatado que la tutelante los requiere para garantizar sus derechos a salud y la vida digna, se ordenará que, en caso de no haberlo hecho todavía la EPS, suministre los insumos NO POS que la señora Aristizabal requiere. En esa medida, el accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera definitiva y concreta, determine cuáles de dichos insumos deben ser suministrados, y cada cuanto tiempo debe hacerlo.

58. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2015 por el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali. En su lugar, concederá transitoriamente el amparo a la señora Myriam Aristizabal de sus derechos a salud, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, la accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta providencia, para que en virtud de los artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011, decida de manera definitiva, si es posible el suministro de los medicamentos e insumos POS y NO POS referidos en la presente sentencia.

Asimismo, ordenará a la EPS Suramericana a que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del presente fallo, autorice una enfermera domiciliaria. La precitada entidad no podrá repetir contra el FOSYGA.

Igualmente, se le ordenará que dentro del mismo plazo, le brinde una respuesta al accionante, en el cual especifique si es o no necesario el suministro del harmetone.

Conclusión

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas, concluye que:

- i. La acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar que se consume 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 solicitados.
- ii. Suramericana EPS ha sido diligente en suministrar los medicamentos y las terapias (físicas, respiratorias y de habla) que requiere la accionante y que se encuentran comprendidas dentro del POS. No obstante, observa que es necesario la autorización de una enfermera domiciliaria, toda vez que las condiciones de salud de la señora Aristizabal son graves, no cuenta con la capacidad económica para sufragarla y su madre, quien hasta el momento se hace cargo de ella, tiene 79 años de edad y debe cuidar a su esposo, quien sufrió de un accidente cerebrovascular.
- iii. No existe una prescripción médica que demuestre la necesidad del harmetone, por lo que el mismo no puede ser suministrado hasta tanto se tenga la orden médica que así lo especifique.

La Sala se percata que en diferentes oportunidades la EPS otorgó algunos de los insumos NO POS que fueron solicitados por el accionante. Sin embargo, no se tiene precisión de cuales de éstos fueron suministrados por dicha entidad, por lo que el accionante deberá acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera definitiva y concreta, determine cuáles de éstos son necesarios para garantizar los derechos fundamentales de la señora Myriam Aristizabal.

- iv. Las órdenes dispuestas en esta sentencia tendrán vigencia hasta tanto, la Superintendencia Nacional de Salud profiera fallo ejecutoriado.

IV.- DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2015 por el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali. En su lugar, CONCEDER transitoriamente el amparo solicitado por Jairo Aristizabal, como agente oficioso de Myriam Aristizabal, de sus derechos a salud, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, la accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta providencia, para obtener de manera definitiva el suministro de los medicamentos, insumos y tratamientos médicos POS y NO POS referidos en la presente sentencia

Segundo.- ORDENAR a la EPS Suramericana a que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del presente fallo, autorice el suministro de una enfermera domiciliaria. La precitada entidad no se encuentra facultada para repetir contra el FOSYGA.

Tercero.- ORDENAR a la EPS Suramericana a que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del presente fallo, le entregue una respuesta al accionante, en la cual especifique si es o no necesario el suministro del harmetone. Si la paciente no está de acuerdo con dicha respuesta, puede controvertirla ante el Comité Técnico Científico de dicha entidad y a su vez, ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Cuarto.- DISPONER que las órdenes impuestas en esta sentencia, producirán efectos jurídicos hasta que la Superintendencia Nacional de Salud profiera fallo ejecutoriado.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-400/16

INSTAURADA POR JAIRO ARISTIZABAL, COMO AGENTE OFICIOSO DE MYRIAM ARISTIZABAL,
EN CONTRA DE SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-
Amparo no debe ser transitorio sino definitivo (Aclaración de voto)

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Idoneidad del
mecanismo debe analizarse en cada caso concreto por el juez de tutela (Aclaración de voto)

Problema jurídico: ¿Suramericana EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Aristizabal, debido a la supuesta falta de calidad en la provisión de servicios de salud por la tardanza en el suministro de medicamentos e insumos médicos autorizados, y por la presunta negativa a suministrarle los medicamentos e insumos POS y No POS que requiere?

Motivo de la aclaración: i) la idoneidad del mecanismo jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud para la autorización de servicios médicos debe evaluarse en cada caso concreto; y ii) en este caso el amparo debe ser definitivo, por cuanto del grave estado de salud de la accionante se infiere que va a necesitar de por vida la asistencia y cuidados de personal calificado, por lo que no es necesario someterla a

nuevos trámites administrativos.

1. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA T-400 DE 2016

Jairo Aristizabal, como agente oficioso de Myriam Aristizabal, quien fue diagnosticada con “esclerosis múltiple, distrofia muscular y espasticidad”, presentó acción de tutela en contra de SaludCoop EPS en Liquidación por estimar que dicha entidad presta de manera ineficiente, tardía e irregular el servicio de salud requerido por la paciente, toda vez que se niega a suministrar ciertos medicamentos e insumos médicos, a autorizar citas con especialistas, terapias físicas, respiratorias y de lenguaje y una auxiliar de enfermería que le brinde cuidados especializados. Indicó que todo lo anterior afecta sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud.

No obstante, SaludCoop EPS entró en proceso de liquidación administrativa, por lo que todos los usuarios que se encontraban afiliados a dicha entidad fueron trasladados a Cafesalud EPS S.A. El actor manifiesta que las deficiencias e irregularidades en la prestación del servicio continuaron, pues algunos medicamentos no se suministran y los servicios médicos se autorizan de manera tardía. En consecuencia, el 1o de junio de 2016, trasladó a su hermana a Suramericana EPS, entidad que continúa vulnerando los derechos fundamentales de su agenciada.

FUNDAMENTOS DE LA ACLARACIÓN

Con el habitual respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar el voto respecto a la Sentencia T-400 de 2016, particularmente en cuanto al amparo transitorio deprecado, según el cual, la EPS Suramericana debe suministrarle a la señora Myriam Aristizabal enfermera domiciliaria; no obstante, la accionante deberá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta providencia para obtener de manera definitiva la autorización del precitado servicio.

En ese orden de ideas, considero que el amparo no debe ser transitorio sino definitivo, por cuanto en el proyecto se demuestra que el estado de salud de la señora Aristizabal se encuentra tan deteriorado, que ni siquiera puede levantarse de la cama, que su madre, quien asumió sus cuidados, tiene 79 años de edad, y a su vez cuida a su padre, que sufrió un accidente cerebrovascular. Por lo anterior, y dadas las características de la enfermedad

que padece la señora Aristizabal, y las condiciones de edad de su cuidadora, se infiere que va a necesitar de por vida la asistencia y cuidados de personal calificado, por lo que no es necesario someter a esta familia a nuevos trámites administrativos cuando se encuentra demostrada la urgente necesidad de la prestación del servicio.

Ahora bien, en cuanto a la idoneidad del mecanismo jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud para la autorización de servicios médicos, considero que debe analizarse en cada caso concreto por el juez de tutela, quien no puede automáticamente declarar la improcedencia de la acción de tutela o conceder el amparo transitorio de la misma, sin valorar las condiciones de salud de la persona que acude a la acción de amparo, pues resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.

Por otra parte, considero que resulta imposible desconocer los problemas de los usuarios para acceder a dicho mecanismo, pues 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.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Sentencia. T-185 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] Cuaderno 1. Folio 2. Acción de tutela.

[3] Cuaderno 1. Folio 11. Comunicado emitido el 14 de junio de 2014, por Claudia Pinzón Cañón, Directora de Servicio al Cliente de Aliansalud EPS.

[4] Cuaderno 1. Folio 9 y 10. Epicrisis de la señora Myriam Aristizabal.

[5] Cuaderno 1. Folio 12. Respuesta de la Superintendencia de Salud.

[6] Cuaderno 1. Folio 26. Sentencia de tutela nº 017 proferida por el Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías.

[7] Cuaderno 2. Folio 23. Contestación de la acción de tutela hecha por Maria Silvana Padilla Lobo, representante legal de la empresa S&G Gestión Eficiente S.A.S.

[8] La Secretaría General de la Corte Constitucional, mediante oficio del 15 de junio de 2016, informó que del oficio OPT-A-910/2016 no se recibió ninguna respuesta

[9] Cuaderno 2. Folio 146. Contestación de la acción de tutela, hecha por el agente liquidador de SaludCoop EPS.

[10] Mediante la Resolución 2422 de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el traslado de los usuarios que se encontraban afiliados a SaludCoop EPS a Cafesalud EPS SA.

[11] “Artículo 10. Legitimidad e interés. 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 podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[12] Sentencia T-742 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[13] Setenncia.T-202 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[14] Cuaderno 2. Folio 169. Valoración médica hecha por el médico de la EPS Suramericana.

[15] Cuaderno 1. Folio 10. Epicrisis de Myriam Aristizabal.

[16] Sentencia. T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[17] “por medio de la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO, CON NIT 800.250.119-1”

[18] “por medio de la cual se aprueba el Plan Especial de Asignación de Afiliados, presentado por SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN, CON NIT 800.250.119-1”

[19] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[20] La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que “un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen” (Sentencia T-634 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

[21] De manera reiterada, la jurisprudencia ha sostenido que los elementos para que existe un perjuicio irremediable son: A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Sentencia T-293 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[22] Sentencia T-502 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[23] Ver entre otras, sentencias: SU-154 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-986 de 2004 M.P. Humberto Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas

[24] Ver entre otras, sentencias: T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-951 de 2005

M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-410 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[25] Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[26] Sentencia. T-185 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[28] Vale la pena aclarar que debido a las irregularidades y demoras en la prestación del servicio de salud por parte de SaludCoop EPS, el accionante decidió afiliarse a Suramericana desde el 1° de junio de 2016. De esta manera, quien actualmente presta el servicio de salud a la señora Aristizabal es Suramericana EPS y no SaludCoop, quien fue la entidad inicialmente demandada.

[29] Ver entre otras: Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[30] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[32] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[33] Artículo 4° de la Ley 1751 de 2015.

[34] Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[35] Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[36] Sentencia. T-121 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[37] Artículo 17 de la Ley 1751 de 2015.

[38] Sentencias: T-659 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-073 de 13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-115 de 2013 Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-539 de 2013 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[39] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[40] Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; T-155 de 2006,

M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[41] T-873 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

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

[43] M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[44] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[45] Corte Constitucional. T-770 de 2010 M.P Nilson Pinilla Pinilla

[46] Corte Constitucional. T-507 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[47] Corte Constitucional. T-867 de 2008 M.P Rodrigo Escobar Gil.

[48] Cuaderno 2. Folio 175. Valoración médica hecha el 15 de julio de 2016 por Juan Felipe Ayala Monroy, médico de la EPS Suramericana

[49] Ibídem.

[50] Cuaderno 2. Folio 304. Contestación de la acción de tutela por parte del Representante Legal Judicial de la EPS Suramericana.

[51] Cuaderno 2. Folio 164. Respuesta al oficio OPT-A-1131/2016 enviado por Jairo Aristizabal el 8 de junio de 2016.

[52] Ibídem.

[53] Cuaderno 1. Folio 4. Acción de tutela.

[54] Cuaderno. 1. Folio 4. Acción de tutela.