

Sentencia T-414/16

AGENCIA OFICIOSA-En el caso de adultos mayores, dado su especial estado de vulnerabilidad, los requisitos deben flexibilizarse

Tratándose de la representación de personas de la tercera edad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los casos en que “un agenciado sea una persona de la tercera edad deben analizarse con mayor atención y consideración, comoquiera que se está en presencia de sujetos de especial protección constitucional inmersos en una situación de debilidad manifiesta.” En este sentido, se ha reconocido que se encuentra suficientemente probada la procedencia de la agencia oficiosa cuando se procura la defensa de los derechos de adultos mayores que están imposibilitados para acudir a las autoridades judiciales, a causa de enfermedades y dificultades de orden material que les impedían valerse por sí mismos y, por tanto, salir de sus viviendas.

DERECHO A LA SALUD-Requisitos que deben acreditarse para la procedencia de tutela

La procedencia de la acción de tutela se define a partir de los siguientes presupuestos: (I) que el ente particular en contra de quien se dirige la acción a) preste un servicio público, o b) afecte con su conducta un interés colectivo de forma grave y directa, o c) respecto de él se constate un estado de indefensión o subordinación por parte de quien promueve el trámite; (II) que no exista otro mecanismo de defensa judicial del derecho cuya vulneración se alega; (III) que a pesar de existir otro medio de defensa, el mismo no sea idóneo o eficaz ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable para el solicitante, dedicando singular atención en el caso de personas de especial protección constitucional.

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Fundamental autónomo

El ordenamiento jurídico colombiano otorga un carácter fundamental al derecho a la salud, del cual son titulares todas las personas, que debe ser adecuada y oportunamente garantizado por el Estado y los entes que presten el servicio bajo su vigilancia y control; así como que los casos en que se ventila una violación del derecho a la salud de adultos mayores merecen una atención superlativa por parte del juez de tutela, de conformidad con

la especialísima protección que dispensa la Constitución a dicha población, cuya asistencia recae además en la sociedad y la familia, en razón a su condición de vulnerabilidad.

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

Para lograr determinar si hay lugar a ordenar judicialmente el suministro de prestaciones excluidas del POS, el juez de tutela debe examinar meticulosamente cada caso en concreto, aplicando para el efecto las reglas que sobre el particular ha decantado la jurisprudencia constitucional, orientado invariablemente por el principio de dignidad humana.

ACCION DE TUTELA PARA SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS INCLUIDOS EN EL POS-Procedencia

La Corte Constitucional ha sostenido que el mecanismo de tutela es procedente en los casos en que las entidades promotoras de salud se rehúsan a ofrecer los tratamientos, procedimientos, medicamentos e insumos que los pacientes necesitan y están contemplados dentro del plan de beneficios, pues en esos casos es diáfano que los mismos forman parte del catálogo de servicios asistenciales cuya cobertura a la población ha sido plenamente definida por el Estado, a través de las resoluciones del Ministerio de Salud, y en esa medida, las ha asignado como tareas ordinarias a los prestadores de la atención en salud.

ACCESO A SERVICIOS MEDICOS NO INCLUIDOS EN EL POS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SALUD-Transporte ambulatorio para acceder a tratamiento en un lugar distinto al de residencia del peticionario

ATENCION DOMICILIARIA-Cobertura

En cuanto al servicio de atención domiciliaria, es pertinente recordar que bajo esta categoría este Tribunal ha agrupado aquellos procedimientos, insumos, dispositivos y, en general, tecnologías en salud por medio de los cuales las EPS se encargan de garantizar al usuario un óptimo tratamiento de su patología en su lugar de residencia como sustituto de la atención hospitalaria, entre los cuales se cuentan, por ejemplo, valoraciones, terapias

ocupacionales, físicas y de lenguaje, visitas médicas, servicio de enfermería e, inclusive, adecuación de la vivienda mediante camas hospitalarias y colchones antiescaras.

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Requisitos para el suministro por parte de EPS

(i) Si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Orden a EPS entregar pañales desechables

ACCESIBILIDAD AL DERECHO A LA SALUD-Caso de agente oficioso que solicita el suministro de pañales, paños húmedos y servicio de transporte de la agenciada para acceder a los tratamientos médicos requeridos fuera de su hogar

Referencia:

Expedientes acumulados T-5.208.437, T-5.209.676, T-5.211.741, T-5.217.850 y T-5.223.040

(1) Yamile Aguilar Esparza, como agente oficioso de Leonardo Aguilar Rodríguez, contra Saludvida EPS; (2) Ligia Osorio de Ramírez, como agente oficioso de María Onofre Ortiz Bedoya, contra Nueva EPS; (3) Rubén Darío Guarnizo Granados, como agente oficioso de Anatol Guarnizo y Laura Granados, contra Nueva EPS; (4) Jackeline Ojeda Rojano, como agente oficioso de Ana Rojano de Ojeda, contra Mutual Ser EPS; y (5) Miriam Serrano Cuevas, como agente oficioso de Luis Francisco Serrano Figueredo, contra Saludcoop EPS.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Octava de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales

y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en única o en segunda instancia, por los despachos judiciales que se mencionan a continuación:

1. En primera instancia, por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bucaramanga, el 22 de julio de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Yamile Aguilar Esparza, como agente oficiosa de Leonardo Aguilar Rodríguez, contra Saludvida EPS; el cual no fue impugnado (Expediente T-5.208.437).
2. En primera instancia, por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, el 31 de julio de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Ligia Osorio de Ramírez, como agente oficiosa de María Onofre Ortiz Bedoya, contra Nueva EPS; el cual no fue impugnado (Expediente T-5.209.676).
3. En primera instancia, por el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, el 8 de julio de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Rubén Darío Guarnizo Granados, como agente oficioso de Anatol Guarnizo y Laura Granados, contra Nueva EPS; el cual fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Neiva mediante sentencia de 28 de agosto de 2015 (Expediente T-5.211.741).
4. En primera instancia, por el Juzgado 15 Penal Municipal de Control de Garantías de Barranquilla, el 3 de marzo de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Jackeline Ojeda Rojano, como agente oficiosa de Ana Rojano de Ojeda, contra Mutual Ser EPS; el cual no fue impugnado (Expediente T-5.217.850).
5. En primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Santos con Funciones de Control de Garantías, el 22 de julio de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Miriam Serrano Cuevas, como agente oficiosa de Luis Francisco Serrano Figueredo, contra Saludcoop EPS; el cual no fue impugnado (Expediente T-5.223.040).

Los procesos de la referencia fueron escogidos por la Sala de Selección de Tutelas Número

Once, mediante auto proferido el 12 de noviembre de 2015, en el cual se indicó como criterio de selección la urgencia de proteger un derecho fundamental.

I. ANTECEDENTES

En los expedientes que enseguida pasan a resumirse se ventilan los casos de personas de la tercera edad que han solicitado a las entidades promotoras de salud a las que se encuentran afiliadas el suministro de insumos y/o elementos para salud, en razón a que las diferentes patologías que padecen les impiden controlar sus esfínteres de forma autónoma.

1. Expediente T-5.208.437

1.1. Actuando como agente oficiosa de Leonardo Aguilar Rodríguez, la señora Yamile Aguilar Esparza presentó acción de tutela en contra de Saludvida EPS, para que se le protejan al agenciado –su progenitor– sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida, en vista de que el mismo sufre de “demencia senil, delirium hipoactivo, hipokalejmia (sic) moderada, exacerbación de neuropatía crónica, hipertensión arterial, trastorno cognitivo, arritmia cardíaca, limitación funcional moderada, enfermedad cerebrovascular y otras”[1], y la mencionada entidad no le ha entregado los insumos que ordenó el médico tratante, consistentes en “suplemento alimenticio Ensure, toma de laboratorios médicos domiciliarios, terapias físicas domiciliarias terapias fonoaudiologías (sic) y de lenguaje, transporte en ambulancia para citas, medicamentos para el tratamiento y control de demencia no especificada, diversos exámenes médicos, suplemento vitamínico, pañales Tena Slip talla L y crema Marly dermo protectora antiescara, crema Número 4, pañitos húmedos, insumos para curación tales como gasas, apósitos, algodón”[2].

La agente oficiosa manifiesta que su padre es una persona de 80 años de edad, que se encuentra con sonda, no se baña solo, que es necesario cuidarlo en cama porque se encuentra inmovilizado y que es incapaz de realizar cualquier actividad por su cuenta, por lo cual requiere, además de los demás insumos antes enunciados, que se le brinde una atención integral y oportuna por parte de Saludvida EPS, a la cual se encuentra afiliado dentro del régimen subsidiado.

1.2. El trámite correspondió al Juzgado 13 Civil Municipal de Bucaramanga. Admitida a trámite la acción, se corrió traslado a la EPS accionada, a la Secretaría Departamental de Santander y al Ministerio de Salud –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA.

La Secretaria de Salud de Santander manifestó que el señor Leonardo Aguilar Rodríguez se encuentra activo como afiliado al SISBEN del municipio de Girón, donde la EPS Saludvida le presta los servicios asistenciales. Señaló que son las entidades promotoras de salud las que deben cubrir insumos, medicamentos y procedimientos no incluidos en el POS, utilizando la vía del recobro a la entidad competente para sustentar el pago de dichos costos. Indicó que la Secretaría de Salud departamental no había incurrido en vulneración alguna de derecho, por lo que solicitó ser excluida del trámite.

El Ministerio de Salud respondió la tutela, solicitando al juez de conocimiento que no ordenara el recobro al FOSYGA respecto de los suministros reclamados por el accionante, pues corresponde a los entes territoriales asumir dicho costo. Sostiene que exigir a la Nación el pago de los referidos servicios a través del Fondo implicaría una doble financiación con recursos del tesoro nacional y un desequilibrio del sistema de salud.

Después de proferida la sentencia de primera instancia, Saludvida EPS allegó escrito de contestación en el que manifestó que el señor Leonardo Aguilar figura como afiliado activo al régimen subsidiado del sistema de seguridad social. Expresó que no existe orden médica que señale la pertinencia de los insumos y terapias solicitados, por lo cual la EPS autorizó la valoración por médico domiciliario por parte de la IPS Meditep, para que evaluara la necesidad de los referidos elementos –visita que fue programada para el 27 de julio de 2015–, pues los mismos no se pueden suministrar sin prescripción médica. Agregó que la entidad no ha negado ni dilatado la atención médica que el paciente ha requerido para tratar su patología, y subrayó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es el médico tratante la persona idónea para determinar los medicamentos y tratamientos que requieren los pacientes.

Además, señaló que los servicios excluidos del POS no deben ser cubiertos por las EPS sino por la Secretaría de Salud Departamental, o bien, en caso de que la prestación sea ordenada a la EPS, debe disponerse el respectivo recobro. Finalmente, solicitó que se vincularan al trámite a los hijos y familiares del señor Leonardo Aguilar, en tanto el deber de

cuidar al paciente radica principalmente en sus parientes, quienes no pueden pedir que el médico lo visite en el asilo por el simple hecho de que trabajan y no tienen tiempo para acompañarlo a las citas.

1.3. Mediante sentencia de 22 de julio de 2015[3], el Juzgado 13 Civil Municipal de Bucaramanga resolvió “denegar la acción de tutela impetrada” y desvincular del trámite al Ministerio de Salud –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA y a la Secretaría de Salud Departamental.

Sustentó la anterior determinación en que ninguno de los servicios e insumos pretendidos habían sido ordenados por el médico tratante, sin que la epicrisis de 17 de abril de 2015 aportada permitiera inferir la necesidad de los mismos. Tampoco accedió a la pretensión de integralidad de los servicios, pues consideró que las órdenes que se imparten deben ser puntuales y ello no se cumple en el caso, dada la imprevisibilidad de los medicamentos o tratamientos que requiera el agenciado en el futuro.

1.4. Notificada la anterior decisión, esta no fue impugnada por alguno de los sujetos del trámite de tutela.

2. Expediente T-5.209.676

2.1. Actuando como agente oficiosa de María Onofre Ortiz Bedoya, la señora Ligia Osorio de Ramírez presentó acción de tutela en contra de Nueva EPS, para que se le protejan a la agenciada –su progenitora– sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y la dignidad humana, en vista de que la citada padece de “síndrome de dificultad respiratoria del adulto, enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda no especificada, derrame pleural no clasificado en otra parte”[4] y EPOC[5], y por lo tanto reclama que la entidad le haga entrega de “[Pulmocare] tres (3) latas de ocho onzas por 90 días, total 270 latas como ordena el médico tratante doctora KAREN CONSUEGRA SANEZ (sic) SUÁREZ y la nutricionista HELLEN CASTELLAR BALDOVINO; paño desechable slip talla 1 el cual se consumo (sic) 2 paquetes por 20 semanal para un tratamiento de 3 meses, ya que la paciente permanece acostada permanente y no se levanta por su problema; guantes quirúrgicos; crema antiescaras Densityn y Fitoestimulante 15 cremas; Fitiestimuline gasta diariamente una crema dos días (sic); órdenes por valoración a médicos especialistas; y una atención integral”[6].

La agente oficiosa manifiesta que su madre es una persona de 101 años de edad que reclama una atención integral, ya que constantemente requiere terapias respiratorias, que tiene la piel extremadamente delicada y por ello necesita cremas hidratantes, que no camina ni maneja bien sus manos y en consecuencia necesita de ayuda permanente para ir al baño, asearse y alimentarse, sin que existan, según asevera, otros familiares que la asistan; que la señora María Onofre Ortiz se alimenta únicamente a base de Ensure y este le ha sido negado por la EPS; y que “su situación económica no es la mejor y no cuenta con los recursos económicos suficientes para solventar estos gastos”.

2.2. El trámite correspondió al Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, el cual, mediante providencia de 31 de julio de 2015, se declaró incompetente para conocer del asunto, y ordenó remitir copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que abocara conocimiento del mismo y lo tramitara de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011.

La juez consideró que la solicitud no cumplía con el requisito de subsidiariedad, puesto que la controversia giraba en torno a la entrega de servicios excluidos del POS y, en ese sentido, la interesada debió acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, investida de funciones jurisdiccionales para la protección del derecho a la salud con fundamento en la Ley 1438 de 2011; de suerte que la acción de tutela se tornaba improcedente.

2.3. Notificada a la accionante la anterior decisión, esta no fue impugnada.

3. Expediente T-5.211.741

3.1. Actuando como agente oficioso de Anatol Guarnizo y Laura Granados, el señor Rubén Darío Guarnizo Granados presentó acción de tutela en contra de Nueva EPS, para que se le protejan a los agenciados –sus padres– sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, en vista de que su padre sufre de “demencia de enfermedad de Alzheimer avanzada con alteraciones conductuales en manejo con medicamento, examen mental porte cuidado actitud perpleja alerta desorientado disprosexico sin anormalidad en conducta motora afecto aplanado, memoria severamente comprometida, inteligencia no valorable, pensamiento incoherente, no alucinaciones, introspección precaria, con pérdida de control de esfínteres”, al paso que su progenitora padece de “demencia de enfermedad de Alzheimer no especificada, hernia ventral sin

obstrucción ni gangrena, anemia posthemorrágica aguda, aneurisma de la aorta abdominal, trastorno vascular agudo de los intestinos, atención de colostomía y convalecencia consecutiva a cirugía con antecedentes de cirugías de hemicolectomía izquierda, resección anterior de recto con colostomía simultánea, lisis de adherencias peritoneales por laparotomía, lavado peritoneal postquirúrgico por laparotomía y laparatomía para hemostasia y evacuación de hemoperitoneo, pérdida de control de esfínteres”[7], y la mencionada entidad promotora de salud no les ha entregado pañales desechables para adulto, conforme a lo ordenado por el médico tratante, como tampoco ha suministrado Ensure, enfermera domiciliaria y terapias domiciliarias.

El señor Rubén Guarnizo afirmó que sus padres son personas de muy avanzada edad que, dadas sus precarias condiciones de salud física y mental, se encuentran bajo absoluta dependencia en todas sus rutinas y necesidades básicas como el baño, la ingesta de alimentos, el control de medicamentos, la imposición de insumos, la inspección y cambio de pañales, entre otros; problemática que se ve agudizada por el retardo en la entrega de medicamentos esenciales por parte de la EPS.

A la vez, indicó que sus padres viven prácticamente solos y que a veces parientes lejanos los han acudido, pues viven en una ciudad distante a su domicilio y a él su salario sólo le alcanza para solventar las necesidades de sus tres hijos (los del agente oficioso) -uno de ellos con una enfermedad denominada neurofibromatosis-, más los gastos del hogar, como arriendo, alimentación, educación, transporte y servicios públicos.

3.2. El trámite correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva. Admitida a trámite la acción, se corrió traslado a la EPS accionada, y se comunicó al Defensor Regional del Pueblo.

En respuesta, Nueva EPS manifestó que, según el Decreto 1545 de 1998, los insumos reclamados se consideran productos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico, y que en particular los pañales estaban excluidos del POS, de acuerdo con la Resolución 5521 de 2013, motivo por el cual no accedía a la solicitud del accionante. Agregó que el servicio de cuidador tampoco hace parte del plan obligatorio de salud, además de que la enfermería domiciliaria sólo se aplica a casos en que el tratamiento de la patología hace necesarias ciertas actividades especializadas propias del personal paramédico, mas no cuando se

pretende ayuda para actividades cotidianas como comer, vestirse, bañarse o tener compañía. En cuanto al suplemento Ensure, indicó que no constaba radicación ante el Comité Técnico Científico por dicho servicio. Finalmente, solicitó que, en caso de que se accediera a las pretensiones, se dispusiera el recobro correspondiente.

3.3. Mediante sentencia de 8 de julio de 2015[8], el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de los agenciados, y ordenó a Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión, dispusiera lo pertinente para que se les suministrara a Anatol Guarnizo y a Laura Granados los pañales formulados, y que se les proporcionara un tratamiento integral POS y NO POS según sus patologías, facultando a la entidad para proceder al recobro ante la Secretaría de Salud Departamental y el FOSYGA. Por lo demás, negó lo relativo a la enfermería domiciliaria, las terapias domiciliarias y el Ensure.

Arribó a dicha decisión tras considerar que los médicos tratantes de los señores Anatol Guarnizo y a Laura Granados habían prescrito los pañales para adultos, no obstante lo cual el Comité Técnico Científico los había negado sin ofrecer algún concepto sustentado que refutara lo dictaminado por los galenos. A su vez, estimó que no existía fórmula médica en relación con los servicios de enfermería domiciliaria, las terapias domiciliarias y el Ensure, por lo cual no podían ordenarse los mismos, en vista de que sólo el profesional en medicina está en capacidad de determinar si los pacientes los requerían.

3.4. Notificada la anterior decisión, el agente oficioso la impugnó en cuanto a lo que le fue adverso. Mediante sentencia de 28 de agosto de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Neiva confirmó el fallo de primera instancia, luego de señalar que las peticiones del actor no tienen un respaldo científico y, en esa medida, el juez constitucional no puede usurpar la competencia de los médicos, en lo que concierne a definir qué clase de servicios y tratamientos precisan los pacientes.

4. Expediente T-5.217.850

4.1. Actuando como agente oficiosa de Ana Rojano de Ojeda, la señora Jackeline Ojeda Rojano presentó acción de tutela en contra de Mutual Ser EPS, para que se le protejan a la agenciada –su progenitora– sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, y los derechos de la tercera edad, en vista de que la misma sufre de “hipertensión

arterial crónica, sepsis del foco urinario, diabetes mellitus tipo II y Alzheimer”[9] y la mencionada entidad promotora de salud no le ha suministrado los pañales desechables para adulto que requiere.

La agente oficiosa manifestó que su progenitora es una persona de 76 años de edad, que no se puede trasladar de un lugar a otro, permanece acostada y no controla sus esfínteres, por lo cual precisa, además de los pañales, de una silla de ruedas, cremas antiescaras, alimentación especial Ensure y el servicio de una enfermera por 12 horas; sin que Mutual Ser haya ofrecido respuesta alguna a las peticiones que en tal sentido han elevado, dado que son una familia de escasos recursos económicos.

Mutual Ser EPS contestó que la señora Ana Rojano de Ojeda se encuentra afiliada a esa entidad, y admitió que tiene un diagnóstico de hipertensión arterial crónica, sepsis del foco urinario, diabetes mellitus tipo II y Alzheimer. Sin embargo, señaló que no aparece acreditado que el médico tratante haya prescrito a la paciente los insumos solicitados, excluidos del POS, como tampoco el servicio de enfermería; de manera que es a la interesada a quien corresponde atender dichos gastos o, en casos de no contar ella con los recursos, a la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla.

4.3. Mediante sentencia de 3 de marzo de 2015[10], el Juzgado 15 Penal Municipal de Barranquilla con Funciones de Control de Garantías resolvió “negar la acción de tutela”.

Como sustento de la anterior determinación, adujo que en el plenario no obraban prescripciones de los profesionales de la salud en referencia a los insumos y servicios solicitados, de modo que el juez de tutela no podía emitir una orden de suministrarlos sin el debido soporte médico.

4.4. Según se advierte en el expediente, la anterior decisión fue notificada a Mutual Ser EPS, la cual no la impugnó. Empero, no se observa acto de notificación a la promotora de la acción.

5. Expediente T-5.223.040

5.1. Actuando como agente oficiosa de Luis Francisco Serrano Figueredo, la señora Miriam Serrano Cuevas presentó acción de tutela en contra de Saludcoop EPS, para que se le

protejan al agenciado –su padre– sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la integridad física y a la dignidad humana, en vista de que el mismo padece de “enfermedad de Parkinson, retención urinaria, vejiga neurogénica, ureterohidronefrosis bilateral, sonda permanente”[11] y la mencionada entidad promotora de salud no le viene entregando de forma oportuna las órdenes para los medicamentos denominados Norfloxacin 400 mg y Levotiroxina sódica 500 mg, los cuales lleva pidiendo desde hace seis meses, como tampoco le han autorizado “pañales, terapias, suplemento nutricional, control con especialistas, exámenes, medicamentos, enfermería domiciliaria y todo lo que se derive de la patología”, exonerándole de cuotas moderadoras y copagos[12].

La agente oficiosa afirmó que su progenitor es una persona de 83 años de edad, quien por sus trastornos sufre de incontinencia urinaria y dolores muy fuertes que cada día deterioran más su salud, y como consecuencia de ello es difícil trasladarlo, por lo cual requiere también de una silla de ruedas reclinable, de transporte en ambulancia para desplazarlo desde Piedecuesta hasta el centro asistencial ubicado en Bucaramanga, de un colchón antiescaras junto con una cama hospitalaria, y de una enfermera domiciliaria por 24 horas que se encargue de su supervisión y el suministro de medicamentos, pues el paciente permanece con una sonda.

La señora Miriam Serrano añadió que carecen de los recursos para solventar tales gastos, pues la pensión que devenga el agenciado es de un salario mínimo que alcanza para la subsistencia del hogar conformado por él y su esposa de 79 años de edad, al paso que sus ingresos (los de la agente oficiosa) los destina a la manutención de su núcleo familiar, pues es casada y en su vivienda dependen de ella. Con base en lo anterior, subrayó que es necesario con urgencia que se le brinde una atención integral y oportuna.

5.2. El trámite correspondió al Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Piedecuesta con Funciones de Control de Garantías, el cual, mediante providencia de 2 de julio de 2015, resolvió abstenerse de darle trámite a la acción de tutela por falta de competencia por el factor territorial y remitir las diligencias al Juez Promiscuo Municipal de Los Santos. Este último profirió auto admisorio el 8 de los mismos mes y año, y corrió traslado a la entidad accionada y al FOSYGA.

Notificadas, las entidades guardaron silencio.

5.3. Mediante sentencia de 22 de julio de 2015[13], el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Santos con Funciones de Control de Garantías resolvió negar el amparo deprecado.

Consideró el a quo que, conforme a las pruebas recaudadas en el trámite de la acción, el asunto no se relacionaba con la negativa de la EPS accionada en cuanto prestar el servicio, sino, más bien, con tensiones familiares entre la agente oficiosa y sus hermanos en torno al cuidado de sus padres, pues no se observó incumplimiento alguno por parte de la entidad.

Además, precisó que no se aportó receta médica alguna que ordenara los elementos y servicios reclamados, por lo que no podía resultar próspera tal pretensión, resaltando que los hijos no pueden sustraerse del deber de velar por el cuidado de sus padres; señaló que la situación económica de la actora no le impedía asumir el valor de la cuota moderadora; e indicó que si bien existía una orden del médico tratante respecto del suplemento Ensure, la misma no había sido debidamente tramitada por el usuario.

5.4. Notificada la anterior decisión, esta no fue impugnada por alguno de los sujetos del trámite de tutela.

II. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de tener mejores elementos de juicio para proferir sentencia, particularmente en relación con ciertos aspectos científicos sobre la condición de los pacientes que piden el amparo, mediante Auto de 18 de diciembre de 2015, se ordenó a las EPS accionadas que (i) efectuaran sendas visitas médicas domiciliarias a cada uno de los tutelantes y remitieran a esta Corporación las respectivas historias clínicas actualizadas, con indicación expresa sobre si sus patologías les ocasionan pérdida de control de esfínteres, así como un concepto médico sobre la necesidad de cada insumo solicitado; y que (ii) certificaran sobre el estado de afiliación de los pacientes, señalando el ingreso base de liquidación que reporta cada uno y la categoría de afiliación sobre la cual hacen pagos para atención médica por medicina general, especializada, procedimientos, medicamentos, etc..

En vista de que las entidades que componen el extremo pasivo de las acciones no rindieron el informe ordenado en la providencia de decreto de pruebas a que se alude, mediante Auto de 2 de febrero de 2016, el Magistrado Sustanciador las requirió, bajos los apremios legales,

para que dieran cumplimiento a lo dispuesto.

Además, tras advertir que no se había integrado en debida forma el contradictorio dentro del expediente T-5.209.676, en aras de conjurar una eventual nulidad, mediante Auto de 16 de febrero de 2016, se ordenó la vinculación al trámite de Nueva EPS, a fin de garantizarle el debido proceso y el derecho de defensa, brindándole la oportunidad de que se pronunciara y presentara aquellos elementos de convicción que estimara conducentes en relación con los hechos que dieron lugar a la presentación de la referida acción de tutela. Para tal efecto, se ordenó la remisión de copias de todo lo actuado dentro del respectivo legajo.

En similar sentido, al interior del expediente T-5.223.040, mediante Auto de 14 de marzo de 2016, se ordenó vincular al trámite a Cafesalud EPS para que ejerciera la respectiva contradicción y aportara pruebas en torno a los hechos sobre los cuales versa la solicitud de amparo, teniendo en cuenta la sucesión procesal que se produjo a causa de la liquidación de Saludcoop EPS, cual era inicialmente el extremo pasivo de dicha acción. Con ese fin, se le remitieron a la entidad vinculada copias del expediente en cuestión. En la misma providencia se suspendió el término mientras se recaudaban todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión de fondo.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

En el asunto bajo estudio, los agentes oficiosos solicitan del juez constitucional el amparo a los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la vida de sus respectivos progenitores, quienes son personas de la tercera edad afectadas por distintas enfermedades que les generan una serie de

impedimentos para desplegar actividades vitales por su propia cuenta, tales como el control de esfínteres, el aseo personal y la ingesta de alimentos.

En consecuencia, los accionantes reclaman que se ordene a las promotoras de salud a las cuales se encuentran afiliados, el suministro de algunos insumos y servicios entre los que se cuentan, por ejemplo, pañales desechables, pañitos húmedos, cremas humectantes, antiescaras y antipañalitis, suplemento alimenticio, silla de ruedas, transporte en ambulancia y atención médica domiciliaria, a través de los cuales podrían sobrellevar los efectos derivados de aquellas patologías que los aquejan. Adicionalmente, algunos peticionarios piden que se les suministre una atención integral, y que se les exonere del pago de cuotas moderadoras y copagos, puesto que carecen de los recursos para solventar tales rubros.

Dentro del trámite de tutela, la mayoría de las EPS accionadas se opusieron a lo pretendido por los actores, arguyendo en su defensa que no existe prescripción de los médicos tratantes que indique la necesidad de los elementos y servicios deprecados, los cuales no están incluidos dentro del plan obligatorio de salud y, por lo tanto, no deben ser cubiertos por dichas entidades, sino por las Secretarías de Salud de los entes territoriales. Además, algunas demandadas manifestaron que aquellos insumos reclamados son productos de higiene y limpieza de uso doméstico.

En las decisiones que son objeto de revisión, los jueces constitucionales que conocieron los distintos casos resolvieron las solicitudes de amparo de manera desfavorable a los intereses de los accionantes.

3. Problema jurídico a resolver

Como cuestión preliminar, es preciso comprobar si en los casos bajo estudio se encuentran debidamente reunidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela, toda vez que se trata de un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales. Una vez dilucidado dicho aspecto, corresponderá efectuar el análisis sobre el debate de fondo que subyace a las solicitudes de amparo constitucional.

En las acciones de tutela de la referencia los usuarios reclaman la entrega de insumos y/o servicios que no están incluidos dentro del plan obligatorio de salud -POS- junto con otros

que sí están allí comprendidos, los cuales, según aseveran, son indispensables para tratar sus enfermedades o mitigar los impactos que estas les producen en su calidad de vida.

Este Tribunal se ha pronunciado en diversas oportunidades en torno a aquellas prestaciones que, a pesar de no estar dentro del POS, deben ser garantizadas por las entidades promotoras de salud. Como resultado de esos pronunciamientos se han trazado unos parámetros que guían al juez de tutela en el esclarecimiento de este tipo de controversias.

A la par, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los aspectos que deben ser tenidas en cuenta al momento de ordenar, por vía judicial, el suministro de servicios que hacen parte del plan obligatorio de salud.

Por lo tanto, el escrutinio de la Sala se contraerá a determinar si la conducta asumida por las EPS ha vulnerado las garantías iusfundamentales de los pacientes en cuyo favor se formula la acción, estableciendo si, a la luz de las reglas decantadas por esta Corporación, a los accionantes les asiste el derecho a recibir los elementos y/o servicios que vienen solicitando, y en tal sentido, verificando si las entidades accionadas han inobservado las obligaciones que el ordenamiento les impone en relación con los derechos de los afiliados.

La Corte identifica, entonces, los siguientes problemas jurídicos a resolver: atendiendo a las circunstancias específicas de los tutelantes, (i) ¿concurren en cada uno de los casos los presupuestos señalados en la jurisprudencia constitucional para la entrega por parte de las EPS de insumos y/o servicios excluidos del plan obligatorio de salud?, (ii) ¿las accionadas están llamadas a suministrar los servicios comprendidos en el POS que solicitan los accionantes?, y (iii) a consecuencia de la negativa de las EPS a entregar los insumos y/o servicios solicitados ¿se conculcan los derechos fundamentales de los accionantes?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala de Revisión procederá a efectuar el estudio de los siguientes puntos: (i) La agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) Requisitos de procedencia de la acción de tutela; (iii) El derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional: el caso de los adultos mayores; (iv) Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del POS; y (v) Servicios incorporados en el POS cuya prestación es negada por parte de las EPS. Finalmente, se dará

cuenta de los (vi) Casos concretos, momento en el cual se verificarán los aspectos analizados respecto de cada una de las solicitudes de amparo de que se trata.

4. La agencia oficiosa en materia de tutela -Reiteración de jurisprudencia-

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del 86 de la Constitución[14], en relación con la legitimación e interés para promover la acción de tutela, estableció la posibilidad del agenciamiento de derechos ajenos en aquellos casos en que el titular no se encuentre en condiciones de solicitar el amparo de sus derechos por cuenta propia; caso en el cual debe expresarse tal circunstancia en el escrito.

Ya la Sala Octava de Revisión ha recordado que la validez de esta figura se cimenta en tres principios constitucionales, a saber: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales orientados a realizar efectivamente este tipo de garantías; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que busca conjurar que por circunstancias meramente procedimentales se violen derechos fundamentales; y (iii) el principio de solidaridad, que impone a la sociedad velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa[15].

En reciente sentencia de unificación[16], esta Corporación se refirió a las hipótesis en las que resulta procedente la agencia oficiosa, en los siguientes términos:

“...el Decreto exige, como condiciones para que se configure la agencia oficiosa, la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.”

Tratándose de la representación de personas de la tercera edad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los casos en que “un agenciado sea una persona de la tercera edad deben analizarse con mayor atención y consideración, comoquiera que se está en presencia de sujetos de especial protección constitucional inmersos en una situación de debilidad manifiesta.”[17]

En este sentido, se ha reconocido que se encuentra suficientemente probada la procedencia de la agencia oficiosa cuando se procura la defensa de los derechos de adultos mayores que están imposibilitados para acudir a las autoridades judiciales, a causa de enfermedades y dificultades de orden material que les impedían valerse por sí mismos y, por tanto, salir de sus viviendas[18].

De conformidad con lo expuesto, se entiende que se encuentran reunidos los presupuestos de la agencia oficiosa en materia de tutela, cuando quiera que se constate que los destinatarios de las medidas protectoras que habrá de adoptar el juez constitucional son sujetos situados en un estado de debilidad manifiesta, estando comprendidas en esta categoría las personas que por su avanzada edad y quebrantos de salud no pueden emprender acciones encaminadas a salvaguardar sus derechos.

5. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución, orientado a la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de la cual se desprenda vulneración o amenaza a los mismos; mecanismo que sólo es procedente en la medida en que no se disponga de otro medio eficaz de defensa judicial para preservar los derechos invocados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, o para hacer cesar un daño que se le viene ocasionando al solicitante.

El artículo 86 superior prescribe que corresponde al legislador determinar las circunstancias en que dicha acción constitucional procede contra particulares encargados de prestar servicios públicos o ante la grave afectación de un interés colectivo, así como en los casos en que exista una relación de subordinación o indefensión del accionante frente al accionado.

Las hipótesis en que los particulares pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela fueron establecidas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[19]. Dentro de estas se contempló que podía hacerse uso de este mecanismo constitucional ante las acciones u omisiones de entes privados encargados de prestar el servicio público de salud, entre otras posibilidades. Sobre el particular, al examinar la constitucionalidad de unos numerales del mencionado precepto, dijo la Corte que:

“La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público -como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior- o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica (sic)- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.”[20]

El artículo 49 de la Constitución consagra que la atención en salud y el saneamiento son servicios que están a cargo del Estado, a quien corresponde establecer las políticas para la prestación por entidades privadas, así como ejercer su vigilancia y control.

La salud como derecho ostenta un rango fundamental que, a su vez, se encuentra estrechamente ligado a la efectividad de otras garantías como la vida, la integridad personal y la seguridad social, así como a la esencia misma de la dignidad humana, entendida como eje fundamental del pacto político.

Así, en torno a los conceptos de indefensión y subordinación, que habilitan el recurso a la tutela contra particulares, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es

posible defenderse ante la agresión de sus derechos. Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.”[21].

Pues bien: bajo la perspectiva que ofrecen las anteriores consideraciones, la procedencia de la acción de tutela se define a partir de los siguientes presupuestos: (I) que el ente particular en contra de quien se dirige la acción a) preste un servicio público, o b) afecte con su conducta un interés colectivo de forma grave y directa, o c) respecto de él se constate un estado de indefensión o subordinación por parte de quien promueve el trámite; (II) que no exista otro mecanismo de defensa judicial del derecho cuya vulneración se alega; (III) que a pesar de existir otro medio de defensa, el mismo no sea idóneo o eficaz ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable para el solicitante, dedicando singular atención en el caso de personas de especial protección constitucional.

6. El derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional, en el caso de los adultos mayores

Como se indicó en precedencia, la Constitución[22] atribuyó al Estado los servicios públicos de atención en salud y el saneamiento ambiental. En virtud de dicho mandato, tiene a su cargo organizar, dirigir y reglamentar la prestación de tales servicios a todas las personas, y establecer las políticas para la prestación por entidades privadas, así como ejercer su vigilancia y control.

Simultáneamente, la Norma Superior prescribe que el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud es una garantía de la cual son titulares todas las personas.

Recientemente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015[23], por la cual se regula el derecho fundamental a la salud, estableció que es un derecho “autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”, el cual comprende el acceso a los servicios de sanidad de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud[24].

Con el objetivo de conceptualizar el derecho a la salud, en orden determinar su alcance, la jurisprudencia constitucional ha logrado un desarrollo progresivo, hasta un entendimiento complejo del mismo:

“[L]a salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de ‘calidad de vida’, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de ‘bienestar’ (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

“Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como ‘la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser’, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.”[25]

Esta noción multidimensional del derecho a la salud está directamente asociada al concepto de persona, que comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos como espirituales, mentales y psíquicos[26], a partir de los cuales emerge la capacidad de los seres humanos de proyectarse y ejecutar diversos planes de vida; de suerte que la ruptura del equilibrio entre esos ámbitos –que aparece con la enfermedad– se constituye en una auténtica interferencia para la realización personal y, consecuencialmente, para el goce efectivo de otros derechos, resultando así afectada la vida en condiciones dignas.

Ante este panorama, se ha reconocido la procedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los que se procura conjurar de forma urgente una amenaza del derecho fundamental a la salud, con el fin de que, por medio de la intervención del juez de tutela, se

adopten las medidas necesarias para reivindicar la dignidad de la persona a quien se le coartan, ya sea por acción u omisión, los servicios asociados a la promoción, protección y recuperación de la salud, justiciable de forma autónoma, pese a la indiscutible relación que existe entre éste y otros derechos de rango constitucional.

Asimismo, aunque es cierto que en el ordenamiento jurídico se han implementado mecanismos distintos a la tutela orientados a la protección del derecho fundamental a la salud, no se debe olvidar la competencia del juez de tutela no puede ser desplazada a la hora de dirimir los casos en que resulta inaplazable tomar medidas para salvaguardarlo, dada su incalculable importancia[27].

Por otra parte, existe una verdadera obligación internacional del Estado colombiano de cara a la plena efectividad del derecho en mención, derivada de instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y contemplada en pronunciamientos de organismos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos:.

“Como una muestra de su compromiso político para materializar el derecho a la salud, el Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento jurídico una serie de instrumentos de derecho internacional público por medio de los cuales se propuso alcanzar unos niveles mínimos para su ejercicio. Como el contenido de los mismos tiene como materia principal la exigibilidad de derechos humanos, tales tratados tienen un carácter vinculante para nuestro ordenamiento jurídico por mandato expreso de nuestra Carta Política, concretamente lo dispuesto en el artículo 93, bajo el concepto de bloque de constitucionalidad.”[28]

En particular, la Corte ha hecho énfasis en que el derecho a la salud adquiere una connotación especial cuando se trata de sujetos como los adultos mayores, en razón a que se trata de una población situada en una condición ostensiblemente desventajosa, a la luz del artículo 13 de la Carta[29]:

“[E]n concordancia con lo dispuesto en los artículos 13, inciso 3, 46 y 47 de la Constitución Política, este Tribunal Constitucional ha sostenido que los adultos mayores también

necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran, por lo cual, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Ésta última se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico teniendo en cuenta el deterioro irreversible y progresivo de su salud. Al respecto, ha señalado este Tribunal:

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

“En este orden de ideas, cuando se trate de personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la salud reviste mayor importancia, como consecuencia de la situación de indefensión que presentan. Por tal razón, si el juez constitucional se encuentra ante un caso en el que se presuma la vulneración del derecho fundamental a la salud de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, lo propio, es que, como garante de los valores, principios y normas dispuestas en la Carta Política y en favor de los mandatos del Estado Social de Derecho, brinde la protección necesaria al caso.”[30]

Asimismo, la Corte ha puesto de presente la preocupación de los organismos internacionales de protección de derechos humanos frente a la inescindible conexión que hay entre la dignidad y la salud de las personas de la tercera edad, a partir de la cual se desprenden compromisos puntuales para el Estado:

“Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 constitucional, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño: « Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al

ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...’.>”[31]

Paralela a esta justificación emanada del principio de igualdad, es preciso poner de relieve que el constituyente expresamente impuso al Estado la obligación de garantizar los servicios de seguridad social a la tercera edad. Ello se acompasa con el mandato superior de protección y asistencia a favor de este grupo humano a cargo de los estamentos estatales, la sociedad y la familia[32]; sujetos que concurren de manera interdependiente en dicho propósito, impulsados por el principio de solidaridad que vincula a todos y cada uno de los habitantes del país. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

“[U]na de las manifestaciones específicas del principio de solidaridad es el deber de protección y asistencia a las personas de la tercera edad, el cual vincula al Estado, obligado a diseñar y velar por el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que asegure a todas las personas la posibilidad de contar con protección suficiente frente a las contingencias derivadas de la enfermedad o de la pérdida de capacidad laboral que acompaña a la vejez. Este deber se proyecta además sobre los particulares, quienes, por regla general, están obligados a efectuar los aportes necesarios para el funcionamiento del sistema de seguridad social; adicionalmente, están llamados a contribuir de manera directa al sostenimiento, protección y cuidado de sus parientes mayores, cuando estos no puedan valerse por sí mismos.”[33]

De acuerdo con lo expuesto, la Sala reafirma la doctrina jurisprudencial según la cual el ordenamiento jurídico colombiano otorga un carácter fundamental al derecho a la salud, del cual son titulares todas las personas, que debe ser adecuada y oportunamente garantizado por el Estado y los entes que presten el servicio bajo su vigilancia y control; así como que los casos en que se ventila una violación del derecho a la salud de adultos mayores merecen una atención superlativa por parte del juez de tutela, de conformidad con la

especialísima protección que dispensa la Constitución a dicha población, cuya asistencia recae además en la sociedad y la familia, en razón a su condición de vulnerabilidad.

7. Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos excluidos del POS –Reiteración de jurisprudencia–

En orden a regular la prestación del servicio de salud, el Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 5521 de 2013, “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

Al tenor del referido acto administrativo, el plan obligatorio de salud es la pauta conforme a la cual las EPS orientan su quehacer, que no es otro que garantizar a todos los afiliados el acceso a las tecnologías en salud, teniendo en cuenta que el carácter limitado de los recursos hace que, en aras de ampliar la cobertura del servicio, existan ciertos insumos, medicamentos y tratamientos que no están contemplados en dicha disposición en razón a su alto costo.

Empero, si bien el POS es el instrumento que por excelencia determina a qué tiene derecho cada persona en este ámbito, de acuerdo con sus necesidades[34], y su desarrollo –lejos de ser arbitrario o caprichoso– parte de criterios como el perfil epidemiológico de la población, la disponibilidad tecnológica y las condiciones financieras del sistema de seguridad social, el paradigma de la dignidad humana implica que el derecho fundamental a la salud en cabeza de cada individuo rebasa el límite trazado por las previsiones formales condensadas en dicha Resolución.

Como lo ha precisado la Corte Constitucional, “el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal” [35].

Así pues, una postura que circunscriba el alcance del derecho fundamental a la salud a la estricta literalidad de los contenidos de un acto administrativo como lo es el POS, es, a la vez, una postura que restringe la dignidad humana y, en consecuencia, infringe el máximo

postulado sobre el cual está fundado el Estado Social y Democrático de Derecho.

Bajo este entendimiento, la Corte Constitucional ha establecido unos parámetros a la luz de los cuales hay lugar a inaplicar el plan obligatorio de salud, por cuanto en ciertos casos se comprueba que emplear dicha preceptiva de forma inflexible deviene en una transgresión del núcleo del derecho a la salud y, en esa medida, contraviene la razón de ser de tal instrumento, habida cuenta de que fue creado para salvaguardarlo.

A través de la sentencia T-760 de 2008[36], esta Corporación estableció las reglas que debe considerar el juez constitucional al examinar las solicitudes de amparo en las que se reclaman servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del POS, en orden a definir si procede, o no, ordenar que lo pedido sea suministrado por la entidad promotora de salud:

“1. La falta del servicio, intervención, procedimiento o medicina, vulnera o pone en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, sea porque amenaza su existencia, o deteriora o agrava el estado de salud, con desmedro de la pervivencia en condiciones dignas.

“2. El servicio, intervención, procedimiento o medicina no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el POS y supla al excluido con el mismo nivel de calidad y efectividad.

“3. El servicio, intervención, procedimiento o medicina ha sido dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la que esté vinculado el paciente.

“4. La falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”

Los referidos presupuestos o reglas han sido desarrollados en abundante jurisprudencia constitucional mediante pronunciamientos que, progresivamente, las han ido dotando de mayor precisión[37].

En relación con el primer presupuesto, se ha subrayado que el parámetro para determinar en qué grado la falta del servicio solicitado compromete la vida e integridad del peticionario, no puede reducirse a la inminencia de su muerte. Por el contrario, una comprensión adecuada de este enunciado conduce a colegir que el concepto de “vida” va

inescindiblemente ligado las condiciones de dignidad en que se desenvuelve la existencia, lo cual trasciende la simple supervivencia en sentido biológico. En tal virtud, la Corte ha concedido el amparo constitucional en casos en los cuales los pacientes reclaman servicios, tratamientos o elementos pertinentes para sobrellevar con menor aflicción sus padecimientos, aunque no se trate de prestaciones tendientes específicamente a salvarlos de la muerte.

Respecto al segundo presupuesto, se ha exigido que la prestación que demanda el accionante cuente con un respaldo científico en lo que a efectividad y calidad se refiere, y que no pueda suplirse por un medicamento, insumo o procedimiento que sí esté en el POS y que sirva para el mismo fin. Por tanto, frente a dos opciones que eventualmente tienen la virtualidad de ofrecer una solución a la dolencia del interesado, debe privilegiarse la que está dentro del plan de beneficios, a menos que no se equipare apropiadamente a aquello pretendido que, aunque no forma parte del POS, está avalado por la ciencia para el tratamiento del paciente.

El tercer presupuesto alude a que, en principio, es el médico tratante adscrito a la EPS es la autoridad con el conocimiento suficiente para establecer qué es lo que requiere el afectado para superar su enfermedad. No obstante, al existir el concepto de un médico no adscrito que ratifica la pertinencia de los medicamentos, insumos o servicios reclamados por vía de tutela, dicha opinión sólo puede ser desvirtuada con fundamento en motivos científicos, lo cual descarta que la denegación del acceso a la salud se sustente en pretextos (administrativos, financieros, etc.) que pretender distraer la atención del verdadero objeto de discusión, vinculado a las puntuales necesidades del enfermo. Idéntico razonamiento se aplica cuando hay desacuerdo entre el criterio del médico tratante –sea o no de la EPS– y el Comité Técnico Científico, pues este último sólo podrá refutar el concepto del primero con base en argumentos científicos, so pena de que prevalezca la valoración efectuada por el galeno que sigue de cerca la condición del paciente.

En el marco de esta regla, la Corte también ha resaltado que existen casos en los cuales basta con observar la situación del afectado para reconocer la evidente necesidad de los insumos, tratamientos o medicamentos solicitados, a pesar de la ausencia de una prescripción médica que soporte las peticiones del tutelante.

Por último, en lo concierne al cuarto presupuesto, la jurisprudencia ha establecido que el Estado, por medio del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- está llamado a cubrir solamente aquellas prestaciones cuyo destinatario no está en capacidad de solventarlas. En este ámbito, la situación económica del solicitante debe evaluarse en clave de racionalidad y proporcionalidad, atendiendo a sus condiciones materiales de vida y la forma en que sobre ellas impactarían las erogaciones en que tendría que incurrir para recuperar su salud. Si como resultado de dicho análisis se concluye que el interesado o sus familiares cuentan con los recursos necesarios para pagar el medicamento, elemento o procedimiento solicitado, sin sacrificar su mínimo vital, entonces les corresponderá asumir dicho costo, de conformidad con el principio de solidaridad. En sentido contrario, si el paciente y sus parientes no poseen los medios para sufragar tales conceptos, o si el pago de los mismos les ocasiona una mengua significativa en su calidad de vida, entonces el Estado será el llamado a afrontar dicha carga, toda vez que “Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo.”[38]

En este contexto, esta Corporación ha reiterado la forma en que opera la carga de la prueba frente a la afirmación indefinida del interesado respecto de carecer de recursos económicos para solventar los gastos asociados a su salud, y en tal sentido “si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto. Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada por parte de la obligada a prestar el servicio, pues las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, y, por tanto, están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente”[39].

Las reglas anteriormente reseñadas han sido empleadas por este Tribunal en la resolución de múltiples controversias atinentes al acceso de diferentes medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos excluidos del POS.

En línea con la perspectiva constitucional expuesta, erigida sobre la prevalencia de la dignidad humana, inclusive se han depurado por la Corte las reglas que deben aplicarse a casos en los que hay lugar a ordenar el suministro de un insumo NO POS como son los

pañales desechables y las cremas para escaras:

“la protección del derecho fundamental a la salud bajo los presupuestos considerados, obedece a que (i) las personas que requerían el servicio sufrían de enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro) (i) que les afectaron el control sobre sus esfínteres, (ii) los hicieron dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) finalmente, que en los casos considerados, los usuarios no tenían la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular”.[40]

Un juicio semejante se ha realizado en casos en los que los accionantes reclaman una silla de ruedas, que también se encuentra excluida del POS, debido a que las patologías que padecen les dificultan los desplazamientos necesarios para desplegar por cuenta propia ciertas actividades básicas de su cotidianidad; circunstancias ante las cuales impedir el acceso a una alternativa como la mencionada compromete indefectiblemente la vida en condiciones dignas:

“[A]nte la ausencia de movilidad del agenciado, este elemento constituye un artefacto fundamental para desplazarle a cortas distancias y cambiarle de la posición horizontal de cama con el fin de evitar otros padecimientos derivados de la condición de postración. En tal sentido, la Sala considera que la negación de la EPS a autorizar este insumo, sin ningún otro examen sobre su diagnóstico, torna indigna la existencia del señor Castañeda Henao, puesto que no le permite gozar de una óptima calidad de vida y le impide servirse de las únicas opciones de locomoción que tiene.”[41]

Tratándose de suplementos alimenticios –v.gr. Ensure–, los cuales tampoco están incluidos en el plan obligatorio de salud, la Corte ha considerado que la autoridad jurisdiccional puede ordenar su entrega por las EPS, luego de constatar que la negativa respecto de dicho insumo constituye una vulneración del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de personas que se encuentran en condiciones de desnutrición crónica[42] o que padecen enfermedades que les ocasionan una seria pérdida de peso[43], y no tienen la capacidad económica para adquirirlos.

Como corolario de lo señalado hasta el momento, es claro que para lograr determinar si hay

lugar a ordenar judicialmente el suministro de prestaciones excluidas del POS, el juez de tutela debe examinar meticulosamente cada caso en concreto, aplicando para el efecto las reglas que sobre el particular ha decantado la jurisprudencia constitucional, orientado invariablemente por el principio de dignidad humana.

8. Servicios incorporados en el POS cuya prestación es negada por parte de las EPS

La Corte Constitucional ha sostenido que el mecanismo de tutela es procedente en los casos en que las entidades promotoras de salud se rehúsan a ofrecer los tratamientos, procedimientos, medicamentos e insumos que los pacientes necesitan y están contemplados dentro del plan de beneficios, pues en esos casos es diáfano que los mismos forman parte del catálogo de servicios asistenciales cuya cobertura a la población ha sido plenamente definida por el Estado, a través de las resoluciones del Ministerio de Salud, y en esa medida, las ha asignado como tareas ordinarias a los prestadores de la atención en salud:

“En el caso en el cual un medicamento o tratamiento solicitado se encuentre incluido en los planes obligatorios de salud del respectivo régimen, la Corporación ha establecido que la acción de tutela procede sin necesidad de demostrar la conexidad con derecho fundamental alguno, ya que las prestaciones allí contenidas son obligatorias para las entidades encargadas de prestar los servicios de salud y generan derechos subjetivos de carácter fundamental y autónomo para los ciudadanos, susceptibles de protección directa por medio de la acción de tutela”. [44]

8.1. El servicio de transporte

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 prescribe que la accesibilidad es uno de los principios esenciales del derecho fundamental a la salud, dentro del cual se encuentra comprendida la posibilidad de que las personas tengan físicamente a su alcance los servicios de sanidad, o en caso de no ser así, cuenten con los medios que le faciliten acudir a los mismos [45].

En tal sentido, esta Corporación ha indicado que, a pesar de que el transporte no puede calificarse en estricto sentido como un servicio de salud, en determinadas circunstancias sí se constituye en el medio para hacer efectivo el acceso a ciertos servicios cuya prestación requiere la conducción del paciente a centros asistenciales:

“[S]obre el tema, esta Corte ha calificado como de carácter necesario el traslado además el alojamiento en el diagnóstico y tratamiento a ciertas enfermedades; puesto que, ‘si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado’.”[46]

El Título V –artículos 124 y 125– de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, en la cual está plasmado el plan obligatorio de salud, prevé el servicio de traslado de pacientes, en ambulancia o en un medio de transporte no medicalizado, bajo ciertos parámetros:

“ARTÍCULO 124. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

“ARTÍCULO 125. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

“PARÁGRAFO. las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial.”

Conviene precisar que de la interpretación que ha efectuado la Corte en torno a las normas del POS relativas al servicio de transporte, se ha concluido que están excluidos “i) el traslado del usuario en ambulancia u otro medio de transporte intra-urbano; y ii) el desembolso del dinero de los costos de la remisión y de la estadía del paciente con un acompañante al lugar de la prestación del servicio de salud, ya sea dentro o fuera del municipio de residencia del afiliado o beneficiario.”[47] Desde ese punto de vista, corresponde al usuario y a su familia solventar aquellos rubros asociados al transporte NO POS que utilizan para concurrir a los dispensarios donde se lleva a cabo el tratamiento. No obstante, dado que existen casos especiales en los que la situación económica del paciente y sus allegados les impide hacerse cargo de las erogaciones que implican los desplazamientos para recibir atención en salud, se ha estimado necesario exceptuar el régimen del plan de beneficios ordenando a las EPS asumir la prestación del servicio de transporte en hipótesis no contempladas dentro de la cobertura del POS[48].

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las entidades promotoras de salud están obligadas a asumir el transporte de los pacientes en las situaciones en que se reúnan las siguientes condiciones: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona,(ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”[49] Siempre en estos casos, el Estado comparecerá para cumplir su obligación constitucional de prestar el servicio de salud a los ciudadanos, ya sea por medio del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– cuando se trata de un usuario del régimen contributivo, o bien, por medio de las entidades territoriales, cuando se trata de un paciente del régimen subsidiado.

8.2. La atención domiciliaria

El Plan Obligatorio de Salud define la atención domiciliaria como la “[m]odalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la de la familia”. En el Capítulo II del Título III de dicho acto administrativo (Resolución 5521 de 2013), relativo a la cobertura del POS en referencia a la recuperación de la salud, prevé:

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

“PARÁGRAFO. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme a la recomendación médica, las EPS serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes. Por lo tanto, si esto implica la necesidad de enseres, camas especiales o adecuaciones del domicilio, su financiación será con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, si el costo es igual o menor a la atención con internación hospitalaria y de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del presente acto administrativo.”

En cuanto al servicio de atención domiciliaria, es pertinente recordar que bajo esta categoría este Tribunal ha agrupado aquellos procedimientos, insumos, dispositivos y, en general, tecnologías en salud por medio de los cuales las EPS se encargan de garantizar al usuario un óptimo tratamiento de su patología en su lugar de residencia como sustituto de la atención hospitalaria, entre los cuales se cuentan, por ejemplo, valoraciones, terapias ocupacionales, físicas y de lenguaje, visitas médicas, servicio de enfermería[50] e, inclusive, adecuación de la vivienda mediante camas hospitalarias y colchones antiescaras.

En particular, tratándose de los enseres, efectivamente cubiertos por el POS, la Corte ha resaltado su importancia en el tratamiento de ciertos pacientes cuyo estado de postración constituye una afectación de su derecho a la vida en condiciones dignas:

“Frente a la solicitud de la cama hospitalaria y el colchón antiescaras, la Sala observa que, a

pesar de no existir una orden del médico tratante, la Corporación en casos como el hoy estudiado, ha ordenado la entrega de ciertos elementos que permitan el cumplimiento de la protección al derecho fundamental a la vida digna.

“En el caso de la señora Bertilde Trochez Benavidez, que es una persona adulta mayor de 87 años, atendida y cuidada por su hija que manifiesta lo difícil que es para ella manejarla y que ha solicitado en muchas ocasiones a los médicos que tratan a su mamá, la orden de cama hospitalaria con

n antiescaras, teniendo en cuenta que lleva 7 años en cama por lo que presenta escaras en su cuerpo, pero los galenos se niegan desconociendo la situación tan indigna que tiene que sufrir tanto la agenciada como su hija.

“Debido a sus múltiples padecimientos, y al no poder valerse por sí misma y necesitar la ayuda de su hija para moverse, la cama hospitalaria y el colchón antiescaras se convierten en elementos esenciales para poder sobre llevar su enfermedad, sin los cuales, si bien no se compromete su vida, si su derecho a la vida en condiciones dignas. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de entidad de salud demandada de suministrar la cama hospitalaria y el colchón, por no mediar una orden médica, vulnera sus derechos fundamentales.”[51]

Por otra parte, la Sala considera pertinente poner de relieve que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la atención por parte de un auxiliar de enfermería supone conocimientos calificados en salud imprescindibles para llevar a cabo ciertos procedimientos propios del manejo del paciente, lo cual, en efecto, estaría comprendido dentro del POS; al paso que el servicio de cuidador no sería en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado. Empero, aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado circunstancias excepcionalísimas que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos

requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente:

“[E]n lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

“(…)

“El principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia.

“(…)

“Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente

solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”[52]

Establecidas las anteriores precisiones, basta subrayar que los servicios y/o insumos domiciliarios que los afiliados al sistema de seguridad social en salud requieran con necesidad para su proceso de recuperación o tratamiento paliativo de su afección, están contempladas dentro del plan obligatorio de salud y deben ser oportunamente proveídas por las entidades promotoras de salud.

9. Casos concretos

9.1. Cuestión previa: saneamiento procesal

Revisado el expediente T-5.209.676, contentivo de la acción de tutela promovida por la señora Ligia Osorio Ramírez, como agente oficiosa de su progenitora, señora María Onofre Ortiz Bedoya, en contra de Nueva EPS, se advierte que la Jueza 3ª Civil del Circuito de Barranquilla se abstuvo de tramitar la solicitud de amparo, ya que remitió el plenario para su eventual revisión en este Tribunal, sin haber admitido la demanda, sin ordenar la notificación al extremo pasivo para que ejerciera su defensa y, por lo tanto, sin haber emitido un pronunciamiento sobre la cuestión planteada.

De manera pues que con dichas determinaciones la funcionaria jurisdiccional eludió el análisis y consecuente resolución del caso. En otras palabras, no tuvo lugar el debate constitucional en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

De ello podría colegirse que, bajo el prisma del numeral 9 del artículo 241 de la Carta, en principio no habría objeto sobre el cual recaiga la revisión encomendada a la Corte

Constitucional, ya que no se surtieron las instancias en las que correspondía a los jueces de tutela adoptar fallos susceptibles del examen por parte de esta Corporación.

Ante un escenario como este, un extremo rigor procesal impondría devolver las diligencias al juzgado de origen en orden a que el funcionario a quien le fue asignado el asunto entere a la parte demandada y, seguidamente, emita una decisión, en razón a que la ausencia de notificación al accionado y la pretermisión de las instancias son circunstancias que se acarrearían vicios de nulidad.

Sin embargo, en la apremiante situación en que se encuentra la tutelante, por su senectud y las enfermedades que sufre, resultaría contraproducente de cara a la protección de sus garantías iusfundamentales disponer que se someta al agotamiento de todas las etapas anteriores a un pronunciamiento definitivo por parte de las autoridades judiciales de primer y segundo grado, por cuanto ello implicaría retrotraer la actuación al momento previo a la instrucción del trámite de tutela, para que hoy -casi un año después de presentada la solicitud[53]- apenas se dispusiera la admisión de la acción, la notificación a la parte accionada y, después de corrido el traslado correspondiente, se dictara una sentencia en primera instancia, susceptible de ser impugnada por cualquiera de las partes, y de ser ello así, se remitiera el asunto al superior para que fallara en segunda instancia, luego de lo cual el caso volvería a ser sometido al proceso de selección por la Corte, con la posibilidad de ser excluido de revisión, o de seguir el procedimiento ulterior para que en esta sede se profiera un pronunciamiento definitivo que haga tránsito a cosa juzgada constitucional.

En suma, una orden consistente en enderezar la actuación a los estrictos rigores adjetivos sólo conllevaría a una mayor dilación de las medidas protectoras que reclama la accionante, con el riesgo inminente de que en el entretanto acontezca un hecho fatal -como la muerte de la señora María Onofre Ortiz- que extinga el objeto de la acción.

Desde esta perspectiva, se encuentra pertinente traer a colación los argumentos sentados por la Sala Plena de este Tribunal Constitucional al abordar el estudio de una acción de tutela a la cual otras autoridades se habían abstenido de impartirle el trámite:

“Podría entenderse que la providencia allegada por el interesado, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia -denominada “auto”-, no constituye un fallo que suscite la competencia de la Corte Constitucional en materia de revisión de sentencia

de tutela. Sin embargo, de la lectura atenta de esta providencia se desprende que se trata de una de las “decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” a la que se refiere el numeral 9) del artículo 241 de la Constitución Política, pues desde el punto de vista material, equivale a un fallo mediante el cual se declaró absolutamente improcedente la acción de tutela. En esa medida la providencia referida debe ser sometida al trámite fijado para el proceso de selección de los fallos de tutela en la Corte Constitucional, con la finalidad que la Sala de selección correspondiente pueda ejercer sus competencias y adoptar una decisión sobre su selección para revisión.

“Debido a la efectiva conculcación de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva de los accionantes que puede tener lugar en casos similares al estudiado en la presente decisión, en el cual a pesar que el peticionario hizo uso de la regla fijada en el Auto 04 de 2004 y ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia a admitir la acción instaurada acudió ante otras autoridades judiciales las cuales tampoco abocaron el conocimiento de la petición presentada, en adelante, cuando se presente una situación semejante en la cual la Corte Suprema de Justicia no admita a trámite una acción de tutela contra una de sus providencias, el tutelante tendrá la opción de

(i) acudir a la regla fijada en el Auto 04 del 3 de febrero de 2004, es decir, presentar la acción de tutela ante cualquier juez (unipersonal o colegiado) o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia; o

(ii) solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela.”[54]

Si bien en aquella oportunidad la Corte abordó el estudio de una tutela dirigida contra una providencia judicial cuya resolución se extendió en el tiempo por la negativa de algunas autoridades a tramitarla, en el caso presente cabe aplicar, *mutatis mutandis*, la subregla allí

elucidada, en tanto que, en lo esencial, aquí también se plantea un asunto en el cual, con el propósito de hacer prevalecer el libre acceso a la administración de justicia del peticionario, este Tribunal asume el escrutinio de la solicitud de amparo –luego de que el juez de tutela se abstuviera de darle curso–, tras evidenciar que se está retrasando sin una justificación constitucional válida la salvaguarda reclamada que, si ya de por sí es urgente por la naturaleza propia de la acción de tutela, es aún más apremiante cuando están de por medio los derechos de un sujeto de especial protección.

De acuerdo con lo expuesto, evidenciadas las circunstancias especiales del caso y la gravedad de los efectos que se derivarían de prolongar indefinidamente el litigio, es imperativo que la Corte efectúe un pronunciamiento de fondo, como quiera que se ha constatado que la medida tendiente a ajustar el procedimiento a la rigidez de las formalidades –cuya razón de ser no es otra que servir como instrumento para la plena vigencia de las garantías fundamentales– redundaría en un sacrificio desproporcionado del derecho a la tutela judicial efectiva.

En concordancia con los anteriores argumentos, para prevenir una eventual nulidad de la actuación, mediante auto de 16 de febrero de 2015 se adoptaron por la Corte las medidas tendientes a garantizar el debido proceso y el derecho de defensa a la Nueva EPS, ordenando su vinculación con el fin de que se pronunciara sobre la solicitud de amparo y aportara pruebas. Ello con el propósito de que, debidamente propiciado el espacio para el debate entre las partes, este Tribunal pueda dictar un fallo que ponga fin a la controversia.

Por otra parte, en el expediente T-5.217.850, contentivo de la acción de tutela formulada por la señora Jackeline Ojeda Rojano como agente oficiosa de su progenitora, señora Ana Rojano de Ojeda, en contra de Mutual Ser EPS, se echa de menos dentro de la encuadernación el telegrama o comunicación en virtud de la cual se habría de notificar a la accionante de la decisión adoptada por el Juzgado 15 Penal Municipal de Barranquilla con Funciones de Control de Garantías, mediante sentencia de 3 de marzo de 2015.

Esta Corte ha sostenido que la posibilidad de acudir a una segunda instancia es un derecho de raigambre constitucional que está intrínsecamente relacionado con el derecho al debido proceso, al punto que su desconocimiento acarrea nulidad[56], de conformidad con los

artículos 133 y 136 del Código General del Proceso[57], aplicables al trámite de la acción de tutela en virtud del artículo 4° del Decreto 306 de 1992, según el cual “para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto”.

Empero, en el caso a que se alude, la Sala advierte que disponer la renovación de la actuación para que se enmiende la irregularidad en cuestión, implicaría una supresión de los derechos fundamentales de la tutelante.

Así, en todo el tiempo que puede transcurrir hasta que se subsane el yerro advertido (mientras se decreta la nulidad de lo actuado, se ordena la remisión de las diligencias al Despacho de origen para que se surta la respectiva notificación, se notifica a la actora y se le concede el término para impugnar –lo cual es probable que haga, en vista de que la decisión de primera instancia fue desfavorable–, se tramita la alzada ante el superior y se envía nuevamente a la Corte a fin de que eventualmente sea seleccionada para revisión, sin contar el trámite que debería surtirse al interior de esta Corporación antes de que se procediera a emitir un fallo de fondo), existe un peligro considerable de que desaparezca el objeto de la controversia por la eventual configuración de un daño consumado, teniendo en cuenta la edad y el estado de salud de la señora Ana Rojano de Ojeda.

Por lo anterior, estima la Sala que en el sub examine es menester atraer para sí el conocimiento del asunto y realizar un pronunciamiento de mérito, aplicando para el efecto una excepción a la regla general que impone revestir de invalidez lo actuado con posterioridad a la ocurrencia del vicio, como quiera que una aplicación rígida de dicha preceptiva devendría en una lesión de mayor entidad constitucional. Nótese, además, que quien goza de la legitimación en causa para denunciar la ausencia de notificación del fallo de instancia es la directamente afectada, que no es otro sujeto procesal distinto a la accionante, a quien, sin lugar a dudas, le resulta más favorable una decisión pronta y definitiva de su solicitud. Asimismo, en razón a que la Carta impone a la administración de justicia sujetarse a la prevalencia al derecho sustancial[58], lo cual, en este caso, sólo puede materializarse reconociendo la urgencia de que se adopte una determinación en relación con los derechos cuyo amparo se reclama.

9.2. Legitimación en causa y requisitos de procedencia de la acción

Como medida inicial, corresponde a la Corte determinar si se reúnen en los casos bajo estudio los requisitos para la procedencia de la acción de tutela.

En lo que concierne a la legitimación en causa por activa, en cada uno de los libelos introductorios (i) se expresó que los demandantes actuaban como agentes oficiosos de sus respectivos padres y madres, en vista de que estos (ii) se encontraban en una situación de vulnerabilidad extrema, derivada de su avanzada edad y de las varias enfermedades que los aquejan.

En armonía con dichas afirmaciones, de los escritos de tutela se desprende, inequívocamente, que los titulares de los derechos que se pretende amparar son sujetos en situación de debilidad manifiesta, pues son adultos mayores cuyas afecciones de salud les impiden realizar por su propia cuenta actividades vitales como alimentarse, asearse o moverse, entre otras, así que lógicamente les resulta más dispendiosa la tarea de acudir ante los jueces a promover acciones contenciosas –con todo y lo informal que es el mecanismo de tutela—. Además, no puede dejarse de lado que junto con las limitaciones de orden físico en que degeneran patologías como las padecidas por los tutelantes, la mayoría de veces aparecen seriamente comprometidas las facultades mentales de estas personas, lo cual torna prácticamente nula la posibilidad de que asuman un rol activo en la defensa de sus derechos.

En casos como los que examina la Sala en esta oportunidad, cuando los afectados son individuos de la tercera edad en condiciones críticas de salud, es apenas obvio que se reclame la protección constitucional por conducto de agente oficioso, pues resulta evidente que, de no ser por la intermediación de un tercero, aquellos estarían desprovistos de medios para repeler las transgresiones a sus garantías iusfundamentales.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que se configuran en los casos bajo estudio los presupuestos para la procedencia de la agencia oficiosa en cabeza de las señoras Yamile Aguilar Esparza, Ligia Osorio de Ramírez, Jackeline Ojeda Rojano y Miriam Serrano Cuevas, y del señor Rubén Darío Guarnizo Granados, en su calidad de hijas e hijo de los afectados, en razón a las especiales circunstancias de que adolecen y que dificultan que ellos mismos intenten la defensa de sus derechos fundamentales.

En resumen, la Corte concluye que los promotores de la acción están habilitados para interponer la acción como agentes oficiosos de sus progenitores.

Respecto a la legitimación en causa por pasiva, encuentra la Sala que las entidades demandadas pueden ser sujetos pasivos de la acción, pues se trata de entidades privadas que prestan el servicio público de salud –tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991–.

Adicionalmente, cabe predicar una auténtica situación de indefensión de los accionantes frente a las EPS, dada su condición de usuarios o, en términos más puntuales, de pacientes, recordando las delicadas afecciones que les han sido diagnosticadas –de conformidad con el numeral 9 del recién mencionado precepto–.

De otro lado, en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos invocados, no debe perderse de vista que la situación de extrema vulnerabilidad de los accionantes los convierte en sujetos que requieren una protección inaplazable, ya que, de persistir indefinidamente la presunta vulneración, podrían perpetuarse las circunstancias de indignidad en las que se encuentran los actores, con un altísimo riesgo de que su estado de salud siga desmejorando, llegando a verse amenazada inclusive su vida.

En este punto, es preciso detenerse en la evaluación de uno de los casos que, en su momento, efectuó uno de los jueces de instancia respecto a la procedencia de la acción de amparo.

En el expediente identificado con número T-5.209.676, promovida por la señora Ligia Osorio como agente oficiosa de su progenitora, señora María Onofre Ortiz Bedoya, se observa que la titular del Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, sin admitir a trámite la acción y sin ordenar la integración del contradictorio, desarrolló en la parte motiva consideraciones tendientes a declarar la improcedencia de la acción de tutela, por estimar que era del resorte de la Superintendencia Nacional de Salud –en cumplimiento de las funciones jurisdiccionales que dispone la Ley 1122 de 2007[59],– resolver sobre las pretensiones de la tutelante. No obstante, la decisión contenida en la parte resolutive es la de “declararse incompetente este Juzgado para conocer de este asunto, por las razones expresadas”, ordenar el envío de copias del plenario a la Superintendencia en mención y remitir el

expediente a esta Corporación para su eventual revisión.

Advierte la Corte que la funcionaria judicial hizo caso omiso de que el asunto que se estaba sometiendo a su consideración era una acción constitucional de tutela, relacionada con la presunta vulneración de derechos fundamentales de una persona de especial protección, por lo cual estaba obligada a imprimirle el trámite correspondiente, toda vez que, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, todos los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación son competentes.

Por lo tanto, desconoció la jueza que las únicas excepciones a la competencia a prevención en materia de tutela son las originadas en la aplicación o interpretación de los factores de competencia previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que son: el factor territorial, en virtud del cual son competentes los jueces y tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la alegada vulneración o donde se surtan sus efectos; y el caso de las acciones de tutela contra los medios de comunicación, cuyo conocimiento corresponde a los jueces del circuito del lugar.

En consecuencia, la jueza no podía abstenerse deliberadamente de darle trámite a la solicitud de amparo con fundamento en los motivos que consignó en la providencia de que se trata, pues, como autoridad jurisdiccional, estaba llamada a cumplir el mandato que le impone el artículo 86 superior, correlativo al derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales; omisión que, a su vez, deviene en una transgresión del derecho al acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, en la parte resolutive de esta sentencia se prevendrá a la mencionada funcionaria para que, en lo sucesivo, cumpla a cabalidad con la tarea que en virtud de la Constitución le atañe como juez de tutela y, en tal sentido, se abstenga de rehusarse a impartir el trámite correspondiente a las acciones de tutela que le sean asignadas, arguyendo motivos distintos a los factores de competencia previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien: si, en gracia de discusión, la Jueza 3ª Civil del Circuito de Barranquilla incurrió en una falta de técnica que la condujo a plasmar una incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la providencia, esto es, si el sentido de su decisión era en realidad el de declarar la improcedencia de la acción, la Corte echa de menos el análisis en

perspectiva constitucional en torno al caso por parte de la referida juzgadora, pues al ser la actora una mujer de más de 100 años de edad aquejada por serias afecciones de salud que reclama servicios de sanidad, no puede ser razonable pensar que existe un medio de defensa más idóneo y eficaz que el recurso de amparo con que pueda defender sus derechos; de modo que una decisión consistente en declarar improcedente la acción de tutela también resulta desacertada.

Llegado este punto, es pertinente retomar lo que ha subrayado la Corte en otras oportunidades en lo que atañe al juicio de procedencia que debe llevar a cabo el juez al enfrentar peticiones de amparo como la del caso en mención, teniendo en cuenta la eficacia prevalente que tiene este mecanismo en ciertos escenarios de aguda afectación, a pesar de la existencia del trámite ordinario ante la Superintendencia de Salud:

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

Así las cosas, la Sala resalta que en los casos de la referencia se denuncian situaciones en que, por las conductas atribuidas a las EPS, se encuentran en peligro los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de adultos mayores afligidos por delicadas enfermedades, con un elevado riesgo de que acaezcan consecuencias fatales. Por tanto, cuando se reclama la intervención de la justicia constitucional en este contexto, el juez no puede sustraerse del deber de escrutar cada caso concreto, previo estudio de las particularidades que favorecen la procedencia de la acción según las calidades de quienes acuden a la jurisdicción, para lograr emitir un pronunciamiento que se avenga a los principios y derechos consagrados en la Constitución, en lugar de hacerlos nugatorios.

A partir de las anteriores consideraciones, se aprecia que en los expedientes acumulados concurren las razones que respaldan la procedencia de la acción de tutela: (i) la naturaleza del servicio que prestan particulares accionados; (ii) la situación de indefensión en que se encuentran los accionantes frente a las entidades demandadas; y (iii) la ineficacia inmediata de otros medios ordinarios de protección, habida cuenta de la calidad de sujetos

de especial protección constitucional que ostentan los tutelantes por su estado de debilidad manifiesta.

Por lo expuesto, se procederá a examinar el fondo de la materia, desarrollando un análisis particular respecto de cada uno de los casos.

9.3. Aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre los insumos y/o servicios reclamados a las EPS por los accionantes

9.3.1. Expediente T-5.208.437

Como agente oficiosa de su progenitor, señor Leonardo Aguilar, la ciudadana Yamile Aguilar Esparza solicitó mediante acción de tutela que se ordene a Saludvida EPS que le suministren al agenciado los insumos y/o servicios ordenados por el médico tratante consistentes en “suplemento alimenticio Ensure, toma de laboratorios médicos domiciliarios, terapias físicas domiciliarias terapias fonoaudiologías (sic) y de lenguaje, transporte en ambulancia para citas, medicamentos para el tratamiento y control de demencia no especificada, diversos exámenes médicos, suplemento vitamínico, pañales Tena Slip talla L y crema Marly dermo protectora antiescara, crema Número 4, pañitos húmedos, insumos para curación tales como gasas, apósitos, algodón”, en razón a que el mismo padece de “demencia senil, delirium hipoactivo, hipokalejmia (sic) moderada, exacerbación de neuropatía crónica, hipertensión arterial, trastorno cognitivo, arritmia cardíaca, limitación funcional moderada, enfermedad cerebrovascular y otras”[61].

De acuerdo con la consulta efectuada por la Sala en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, el señor Leonardo Aguilar Rodríguez se encuentra activo como afiliado dentro del régimen subsidiado a Saludvida EPS, en el municipio de Girón (Santander), desde el 1º de septiembre de 2013. A su turno, la señora Yamile Aguilar Esparza –agente oficiosa e hija del citado– figura activa como afiliada al régimen contributivo en calidad de beneficiaria a Salud Total EPS, en el municipio de Girón (Santander), desde el 4 de febrero de 2008.

Dentro de las pruebas aportadas por el accionante, se encuentra una copia simple de la cédula de ciudadanía del señor Leonardo Aguilar Rodríguez, con fecha de nacimiento 14 de

noviembre de 1935[62], con lo cual se comprueba que es una persona de la tercera edad.

También se halla una epicrisis del 17 de abril de 2015[63], de la Clínica de Urgencias de Bucaramanga, en la cual se refiere que el agenciado fue remitido el 14 de abril de 2015 a esa institución, luego de un diagnóstico de enfermedad pulmonar obstructiva crónica -EPOC- y deterioro del estado de conciencia. Se señala como patología de base demencia senil. En un registro de interconsulta del 15 de abril de 2015, se resume “paciente de 79 años con delirium hipoactivo de etiología a establecer, en manejo médico antimicrobiano dada exacerbación de neumopatía crónica, requiere de manejo médico intrahospitalario, seguimiento clínico, estudios complementarios, medidas de soporte, de acuerdo con evolución clínica estudios complementarios.”

Por su parte, Saludvida EPS[64] manifestó que no existía orden médica que prescribiera los insumos y servicios reclamados por el accionante, razón por la cual se autorizó una valoración por parte de un médico domiciliario que determinara la pertinencia de lo pedido, la cual tendría lugar entre el 27 y el 31 de julio de 2015. Afirmó que corresponde a las entidades territoriales asumir el costo de las prestaciones excluidas del POS, con la red pública contratada para ello, y que es deber de los hijos del paciente hacerse cargo de él, en lugar de solicitar que los médicos lo visiten en un asilo, por el hecho de que ellos no tienen tiempo para acompañar a su padre a las citas médicas debido a que trabajan. Además, la accionada allegó copia de un mensaje de correo electrónico dirigido a ‘Meditop’ en el cual solicita a dicha entidad una colaboración para programar la visita médica domiciliaria al paciente “quien se encuentra en un ancianato”.

Más tarde, de conformidad con las pruebas decretadas por la Corte, Saludvida EPS remitió copia de la valoración domiciliaria practicada sobre el paciente Leonardo Aguilar el 20 de enero de 2016, en la que incluye el resumen rendido por el médico tratante del afectado, doctor Ómar Chaves Viterio, cuyos aspectos más importantes se reproducen a continuación:

- paciente que se encontraba hospitalizado en la Clínica de Bucaramanga en mal estado general;
- sepsis de tejidos con bacteria multiresistente intratable que le produce una infección

en las vías urinarias severa;

- diagnóstico de “secuelas de enfermedad cerebrovascular, múltiples escaras, anciano frágil, insuficiencia renal crónica, hipertensión arterial, demencia senil”;
- paciente que se encuentra en desacondicionamiento físico, propio del adulto mayor, empeorado por la infección de tejidos blandos que aumenta su requerimiento calórico y proteico de modo que hace atrofia muscular;
- siguiendo el diagnóstico de enfermedad cerebrovascular el paciente no tiene control de esfínteres, presenta daño neuronal propio de la demencia senil que conlleva la pérdida de capacidad de raciocinio, por lo cual no controla deposiciones y orina, y ello compromete su higiene;
- presenta múltiples escaras, por ello hay que procurar no empeorar su padecimiento clínico con el uso de cremas antiescaras evitando nuevos puntos de presión;
- el paciente requiere suplemento nutricional que le aporte más calorías, proteínas y micronutrientes, dado su estado catabólico;
- el paciente requiere la acción de otros profesionales físicos, terapeuta del lenguaje, fonoaudiología, laboratorios clínicos en caso de ayudas diagnósticas y servicios de ambulancia si precisa ser transportado, ya que tiene dependencia severa de cuidadores.

Adicionalmente, dentro de la documentación enviada por la entidad accionada se observan copias de sendas fórmulas médicas adiadas el 20 de enero de 2016, suscritas por el galeno en mención, en las que se ordena nutrición complementaria y pañales desechables.

Pues bien: retomando las reglas para definir la procedencia de ordenar el suministro de insumos y/o servicios excluidos del POS, la Sala constata que:

- (i) en criterio del médico de cabecera del señor Leonardo Aguilar, el paciente presenta un alto requerimiento calórico y proteico que lo hace precisar de un suplemento que satisfaga como corresponde sus necesidades nutricionales, para conjurar un retroceso en su estado crítico de salud.

Así también necesita de pañales desechables para adulto, en vista de que su avanzada edad y la enfermedad le generan un déficit en su capacidad de raciocinio que le impide controlar esfínteres, resultando comprometida su higiene y su vida en condiciones dignas. En armonía con ello, la Corte estima que los paños húmedos guardan una estrecha relación con los pañales desechables, en la medida en que cumplen una función complementaria a la de estos y son necesarios en pro de superar las indignas condiciones de higiene que sufre el actor;

(ii) los suplementos nutricionales y los pañales desechables no cuentan con análogos dentro del plan obligatorio de salud, como tampoco lo tienen los paños húmedos;

(iii) la necesidad y la pertinencia de los suplementos nutricionales y los pañales desechables fue debidamente avalada por el médico tratante, adscrito a la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliado el paciente. En cuanto a los paños húmedos, basta con observar la situación del accionante para reconocer la evidente necesidad de los mismos, a pesar de que no fueron formulados por el médico a que se alude;

(iv) por estar afiliado al sistema de salud mediante el régimen subsidiado, el señor Leonardo Aguilar está amparado por la presunción de que carece de recursos económicos que le permitan solventar el pago de los insumos que necesita; al paso que su hija, señora Yamile Aguilar, registra como beneficiaria en el régimen contributivo de salud –no como cotizante–, por lo cual no podría inferirse que cuenta con una opción laboral o una actividad profesional independiente que le represente cierto nivel de ingresos en virtud de los cuales tuviera que hacer aportes al sistema de salud. Además, nada se dijo por parte de la EPS que pudiera desvirtuar su afirmación indefinida de que carece de capacidad económica para hacer frente a las necesidades de su progenitor.

Verificado entonces el cumplimiento de los presupuestos para el suministro de prestaciones NO POS, y atendiendo al criterio calificado del galeno que conoce las circunstancias del tutelante, la Sala concluye que sí hay lugar a ordenar a Saludvida EPS la entrega de los insumos consistentes en suplemento nutricional, pañales desechables para adulto y paños húmedos, a favor del señor Leonardo Aguilar Rodríguez, en la cantidad determinada por el

médico tratante, ya que se comprobó que la carencia de dichos elementos se erige como una afectación de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Teniendo en cuenta que el actor pertenece al régimen subsidiado de salud, las prestaciones a que se ha hecho referencia deberán ser cubiertas con cargo al municipio de Girón (Santander), en vista de que es la entidad territorial en la cual se encuentra afiliado.

Es del caso aclarar que no es procedente ordenar el suministro de las cremas humectantes, antiescaras y antipañalitis solicitadas por el actor, como quiera que el médico que lo examinó expresó las razones científicas por las cuales, a su juicio, resultaría perjudicial aplicar este tipo de sustancias sobre la piel del enfermo: “El señor Aguilar presenta múltiples escaras, por ello hay que procurar no empeorar su padecimiento clínico con el uso de cremas antiescaras evitando nuevos puntos de presión”[65].

En lo que concierne a las prestaciones incluidas dentro del POS que reclama el peticionario, esto es, las terapias domiciliarias (físicas, del lenguaje y ocupacionales), los exámenes de laboratorio domiciliarios, y el transporte medicalizado –ambulancia–, es suficiente señalar que se cumple en todos los casos con el presupuesto de necesidad, de conformidad con lo sostenido por el profesional de la salud que conceptuó sobre el particular, de modo que se ordenará la prestación oportuna de dichos servicios, a fin de proteger sus derechos fundamentales.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de 22 de julio de 2015, proferida por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bucaramanga, para, en su lugar, conceder el amparo constitucional.

9.3.2. Expediente T-5.209.676

En calidad de agente oficiosa de su progenitora, señora María Onofre Ortiz Bedoya, la ciudadana Ligia Osorio de Ramírez solicitó mediante acción de tutela que se ordene a Nueva EPS que entregue a la agenciada los insumos y/o servicios de “[Pulmocare] tres (3) latas de ocho onzas por 90 días, total 270 latas como ordena el médico tratante doctora KAREN CONSUEGRA SANEZ (sic) SUÁREZ y la nutricionista HELLEN CASTELLAR BALDOVINO; paño desechable slip talla 1 el cual se consumo (sic) 2 paquetes por 20 semanal para un tratamiento de 3 meses, ya que la paciente permanece acostada permanente y no se

levanta por su problema; guantes quirúrgicos; crema antiescaras Densityn y Fitoestimulante 15 cremas; Fitiestimuline gasta diariamente una crema dos días (sic); órdenes por valoración a médicos especialistas; y una atención integral” [66] en vista de que la tutelante sufre de “síndrome de dificultad respiratoria del adulto, enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda no especificada, derrame pleural no clasificado en otra parte”[67] y EPOC[68].

De conformidad con la consulta que hizo la Sala en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, la señora María Onofre Ortiz Bedoya se encuentra activa como afiliado dentro del régimen contributivo en calidad de beneficiaria a Nueva EPS, en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), desde el 1º de agosto de 2008. Por su parte, la señora Ligia Osorio de Ramírez –agente oficiosa e hija de la accionante– figura activa como afiliada al régimen contributivo en calidad de cotizante a Nueva EPS, igualmente en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), desde el 1º de agosto de 2015.

Dentro de las pruebas aportadas por la actora, se encuentra una copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora María Onofre Ortiz Bedoya, con fecha de nacimiento 5 de noviembre de 1914[69], lo cual permite constatar que se trata de un adulto mayor.

Se anexó al libelo, también, una epicrisis de la Clínica de la Costa[70], según la cual la señora María Onofre Ortiz Bedoya estuvo hospitalizada entre el 30 de abril y el 6 de mayo de 2015, tras ingresar en mal estado general con un diagnóstico de síndrome de dificultad respiratoria del adulto, enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda no especificada y derrame pleural no clasificado en otra parte; fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos –UCI– por requerimiento de ventilación mecánica y monitores dinámico continuo. Según el profesional que suscribe el informe, especialista Tomás Eduardo Camargo Vásquez, la paciente presentó mejoría del cuadro clínico, fue dada de alta con oxígeno domiciliario, tratamiento médico ambulatorio y cita para control por consulta externa.

Adicionalmente, con el escrito de subsanación de la demanda, se agregó una fórmula médica[71] adiada el 22 de julio de 2015, firmada por la doctora Karen Consuegra Suárez, en la que se señala: “nutrición baja en carbohidratos y alta en calorías para paciente con

enfermedad pulmonar (suspensión oral 8 oz.) Pulmocare | Dosis 3 latas de 8 oz./día por 90 días | Total 270 latas de 8 oz. Pulmocare por 90 días". Se acompañó dicha fórmula por un formato de Nueva EPS intitulado "Solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del POS", en el cual la misma profesional de la salud consignó "paciente femenina adulto mayor 100 años, actualmente con oxígeno dependiente, regular estado general, cuadros severos de dificultad respiratoria. Tratada con inhaladores, presenta cuadro de inapetencia, consume solo dieta líquida y blanda que no es suficiente para su gasto calórico, por lo que requiere fórmula complementaria para mejorar su estado nutricional. Peso 45 kg. Talla 1.50 IMC=20". Allí mismo, recomendó un control médico mensual para evaluar la efectividad del medicamento, procedimiento o servicio.

En la misma oportunidad procesal se allegaron unos formularios de Hospi-hogar, de 30 de junio de 2015 -evolución médica- y 21 de julio de 2015 -evolución de nutrición-. El primero de dichos formatos resume un control médico a la señora María Ortiz Bedoya y se expone "Refiere familiar paciente ha pasado inapetente solo recibe dieta blanda y líquida, ha bajado de peso. Con oxígeno permanente por cánula nasal", se manifiesta que no controla esfínteres y requiere uso de pañal permanente, se diagnostica "EPOC oxígeno dependiente | Artritis generalizada | Peso insuficiente" y se dictamina como plan "Control médico mensual, terapia [ilegible] con berodual ≠ 20 lunes a viernes | pendiente valoración por nutricionista | fórmula dihidrocodeína jbe ≠ 1"[72].

A su turno, en el segundo de los formatos, suscrito por la nutricionista dietista Hellen Castellar Baldovino, se refiere "diagnóstico nutricional= peso insuficiente según IMC adulto mayor. | Paciente con EPOC, artritis generalizada. Actualmente presenta inapetencia, solo recibe dieta líquida por presentar dificultad para masticar y deglutir. | En la anamnesis alimentaria se observa que aproximadamente está comiendo 800 kcal, la cual no es suficiente para cubrir los requerimientos del gasto metabólico basal. | Teniendo en cuenta el estado nutricional de la paciente, la baja ingesta de alimentos y su patología de base EPOC, se suplementará con EPOC 3 veces al día, mantener un esquema de alimentación de 6 tiempos de comida: Desayuno: huevo, tostadas mojadas, puré de papa (1), pan integral (1 tajada), jugos de frutas; Merienda: 1 lata de pulmocare; Almuerzo: Sopas licuadas; Merienda: 1 lata de pulmocare; Cena: 1 lata de pulmocare, Merienda: 1 lata de pulmocare. Valoración por nutrición en 3 meses"[73]

En sede de revisión, Nueva EPS fue notificada de la actuación en su contra, para que ejerciera su derecho a la defensa y manifestara su postura frente a lo esgrimido por la accionante en el escrito introductorio. Además, se le ordenó rendir un informe detallado en el cual precisara mediante historia clínica el diagnóstico actualizado de la señora María Onofre Ortiz Bedoya, para lo cual debía realizarle una visita médica domiciliaria en la que evaluaría la necesidad de los insumos y servicios reclamados. También se dispuso que remitiera una certificación sobre la afiliación de la citada y la información relacionada con el ingreso base sobre el cual hace pagos para atención en salud.

No obstante lo anterior, la entidad accionada guardó silencio.

Si bien la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 da lugar a que el juez constitucional dé por ciertas las afirmaciones del promotor de la acción de tutela y resuelva de plano, la Sala estima oportuno poner de relieve que “la presunción en comento no puede aplicarse de manera irrestricta y el juez de tutela tiene el deber de analizar de integral la situación que a él se propone para llegar a una conclusión certera. Así las cosas, se podría decir, que el mero hecho del silencio del demandado en un proceso de tutela, no invoca de manera automática la procedencia del amparo, pues el juez siempre debe estudiar de manera crítica todo el caso que ante él ha propuesto el actor”[74].

Conforme a lo anterior, es pertinente evaluar, a la luz de los elementos de convicción que obran en el plenario, si en el caso concreto de la señora María Onofre Ortiz Bedoya se conjugan los presupuestos para ordenar la entrega de insumos y/o servicios excluidos del POS:

(i) las profesionales de la salud que examinaron a la accionante coinciden en afirmar que la paciente necesita consumir el suplemento alimenticio para colmar sus requerimientos nutricionales, dada su dificultad para ingerir alimentos sólidos y la inadecuada disminución de peso que se le ha detectado.

Asimismo, en razón a su incapacidad de controlar esfínteres, se indicó la necesidad del uso permanente de pañales desechables. Como quiera que los paños húmedos y las cremas antiescaras y antipañalitis son insumos útiles para paliar los efectos derivados de la afección que padece la señora María Onofre Bedoya, se considera que los mismos son

pertinentes. En suma, forzoso es concluir que la falta del conjunto de elementos antes enunciados, repercute desfavorablemente en la salud y en la vida digna de la tutelante;

(ii) el suplemento nutricional, los pañales desechables, los paños húmedos y las cremas antiescaras y antipañalitis son insumos que no tienen análogos dentro del plan obligatorio de salud;

(iii) la necesidad y la pertinencia del suplemento Pulmocare y de los pañales desechables fue sustentada en el criterio de las profesionales de la salud consultadas por la peticionaria, y sus conceptos no fueron controvertidos científicamente por el personal médico adscrito a Nueva EPS. En cuanto a los demás insumos arriba mencionados, es suficiente atenerse al diagnóstico de incontinencia para reconocer que los mismos permiten un manejo apropiado del cuadro de la paciente;

(iv) aunque tanto la actora como su agente oficiosa aparecen afiliadas al sistema de salud dentro del régimen contributivo a Nueva EPS, la primera como beneficiaria y la segunda como cotizante, es menester recordar que la señora Ligia Osorio de Ramírez expresó en el escrito de tutela que no cuentan con los recursos suficientes para asumir el costo de los insumos y servicios requeridos por su progenitora; afirmaciones que en momento alguno fueron desvirtuadas por la accionada, a pesar de que en sus bases de datos cuenta con información socioeconómica de sus afiliados -v. gr. el ingreso base sobre el cual hacen aportes al sistema-. Así, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, hay lugar a aplicar la presunción respecto de la ausencia de capacidad económica de la tutelante y su familiar, pues tampoco puede justipreciarse en abstracto su capacidad de asumir aquellos costos de salud, sin conocer de qué forma afectaría ello su situación económica.

Agotado así el análisis con base en las reglas para el suministro de prestaciones excluidas del plan de beneficios, se desprende de lo expuesto que sí hay lugar a ordenar a Nueva EPS la entrega de los insumos consistentes en suplemento nutricional, pañales desechables para adulto, paños húmedos, y cremas antiescaras y antipañalitis, a favor de la señora María Onofre Ortiz Bedoya, en la cantidad señalada para el efecto por la médico de cabecera de la citada; habida cuenta de que sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas se ven seriamente comprometidos si no se le entregan los insumos referidos.

Como quiera que la accionante se encuentra dentro del régimen contributivo de salud, los insumos autorizados deberán ser cubiertos con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA–.

Aunado a lo anterior, atendiendo a lo manifestado por la agente oficiosa, se prevendrá a Nueva EPS para que se abstenga de incurrir en conductas que retrasen o entorpezcan de cualquier forma la emisión de las autorizaciones para consultas con los especialistas que prescriba el médico tratante y, en general, para la oportuna atención en salud que precise la agenciada.

De acuerdo con lo dicho, se procederá a dejar sin efectos la providencia de 31 de julio de 2015, proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, para, en su lugar, tutelar los derechos invocados.

9.3.3. Expediente T-5.211.741

En calidad de agente oficioso de sus padres, señor Anatol Guarnizo y señora Laura Granados, el señor Rubén Darío Guarnizo Granados formuló acción de tutela en contra de Nueva EPS, para que a los citados se les suministraran pañales desechables para adulto, conforme a lo ordenado por el médico tratante, así como el suplemento nutricional Ensure y los servicios de enfermera domiciliaria y terapias domiciliarias, habida cuenta de que su padre sufre de “demencia de enfermedad de Alzheimer avanzada con alteraciones conductuales en manejo con medicamento, examen mental porte cuidado actitud perpleja alerta desorientado disprosexico sin anormalidad en conducta motora afecto aplanado, memoria severamente comprometida, inteligencia no valorable, pensamiento incoherente, no alucinaciones, introspección precaria, con pérdida de control de esfínteres”, al paso que su progenitora padece de “demencia de enfermedad de Alzheimer no especificada, hernia ventral sin obstrucción ni gangrena, anemia posthemorrágica aguda, aneurisma de la aorta abdominal, trastorno vascular agudo de los intestinos, atención de colostomía y convalecencia consecutiva a cirugía con antecedentes de cirugías de hemicolectomía izquierda, resección anterior de recto con colostomía simultánea, lisis de adherencias peritoneales por laparotomía, lavado peritoneal postquirúrgico por laparotomía y laparatomía para hemostasia y evacuación de hemoperitoneo, pérdida de control de esfínteres”[75].

Cotejada por la Sala de Revisión la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, se advierte que el señor Anatol Guarnizo Gutiérrez se encuentra activo como afiliado dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Nueva EPS, en la ciudad de Neiva (Huila), desde el 1º de agosto de 2008; y la señora Laura Granados de Guarnizo aparece activa como afiliada dentro del régimen contributivo en calidad de beneficiaria a Nueva EPS, también en la ciudad de Neiva (Huila), desde el 1º de agosto de 2008. A su turno, el agente oficioso, señor Rubén Darío Guarnizo Granados, figura activo como afiliado dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Cafesalud EPS, en la ciudad de Ibagué (Tolima), desde el 1º de diciembre de 2015.

Junto con el escrito de tutela, el promotor de la acción aportó copias simples de las cédulas de ciudadanía del señor Anatol Guarnizo Gutiérrez, con fecha de nacimiento 20 de julio de 1917[76], y de la señora Laura Granados de Guarnizo, con fecha de nacimiento 12 de febrero de 1920[77], documentos mediante los cuales se acredita que ambos actores son adultos mayores.

A la vez, se adjuntaron las historias clínicas de ambos tutelantes. La del señor Anatol Guarnizo, calendada el 19 de marzo de 2015, presenta como diagnóstico “Demencia en la enfermedad de Alzheimer, no especificada[78]”. En formato de consulta externa, el doctor Miguel Ángel Garzón Hidalgo consignó: “Enfermedad Actual: PACIENTE CON DIAGNÓSTICO DE DEMENCIA ALZHEIMER AVANZADA CON ALTERACIONES CONDUCTUALES EN MANEJO CON GALANTAMINA 16 MG DÍA, BUENA RESPUESTA CLÍNICA, CUADRO CLÍNICO ESTABLE, NO AGRESIVIDAD NI IRRITABILIDAD, ADECUADO PATRÓN DE SUEÑO, EXAMEN MENTAL PORTE CUIDADO ACTITUD PERPLEJA ALERTA DESORIENTADO DISPOSÉXICO SIN ANORMALIDAD EN CONDUCTA MOTORA AFECTO APLANADO, MEMORIA SEVERAMENTE COMPROMETIDA, INTELIGENCIA NO VALORABLE, PENSAMIENTO INCOHERENTE, NO ALUCINACIONES, INTROSPECCIÓN PRECARIA, SE CONTINÚA IGUAL MANEJO, PERDIDA DE CONTROL DE ESFÍNTERES, REQUIERE PAÑALES DESECHABLES APRA (sic) ADULTO TALLA M”[79] (mayúsculas del texto original).

La historia clínica de la señora Laura Granados de Guarnizo, que también data del 19 de marzo de 2015, indica que tiene un diagnóstico de “Demencia en la enfermedad de Alzheimer, no especificada[80]”. En el formulario de atención por consulta externa suscrito

igualmente por el doctor Miguel Ángel Garzón Hidalgo, se indicó: “PACIENTE CON DEMENCIA ALZHEIMER AVANZADA EN MANEJO CON GALANTAMINA 16 MG DÍA, CARBAMAZEPINA SOLUCIÓN .5 CC CADA 12 HORAS. REFIEREN CUADRO CLÍNICO ESTABLE, MEJORÍA CLÍNICA, NO IRITABILIDAD. BUEN PATRÓN DE SUEÑO. EXAMEN MENTAL PORTE CUIDADO ACTITUD PERPLEJA ALERTA DESORIENTADO DISPOSÉXICO SIN ANORMALIDAD EN CONDUCTA MOTORA AFFECTO APLANADO, MEMORIA SEVERAMENTE COMPROMETIDA, INTELIGENCIA NO VALORABLE, PESAMIENTO CONCRETO INCOHERENTE, NO ALUCINACIONES, INTROSPECCIÓN PRECARIA. SE CONTINÚA IGUAL MANEJO, PACIENTE CON PÉRDIDA DE CONTROL DE ESFÍNTERES, REQUIERE PAÑALES DESECHABLES PARA ADULTO”[81] (mayúsculas del texto original).

Obran también en el expediente sendos formatos de “Justificación de Uso de Medicamentos no incluidos en Plan Obligatorio de Salud Vigente”, en los cuales el psiquiatra Miguel Ángel Garzón anotó “pérdida de control de esfínteres con severo impacto en calidad de vida requiere pañales desechables para adulto”, señaló que dicho insumo no tiene homólogo en el POS, y prescribió, en ambos casos, que los pacientes requieren de a 2 pañales por día, para un total de 180 [82]por un lapso de 90 días.

Se acreditó, asimismo, que las respectivas prescripciones médicas del especialista fueron radicadas ante Nueva EPS, la del señor Anatol Guarnizo -pañal adulto talla L- el 7 de abril de 2015, y la de la señora Laura Granados -pañal adulto talla M- el 13 de marzo de 2015[83].

También se adjuntaron por el agente oficioso los formatos mediante los cuales la accionada niega a ambos pacientes los pañales solicitados, suscrito por el señor Víctor Mario Anturi Núñez -Coordinador del Comité Técnico Científico-, en donde se expuso como motivo de la negación que los mismos se encuentran expresamente excluidos del plan de beneficios conforme al artículo 130, numeral 18, de la Resolución 5521 de 2013 (pañales para niños y adultos). Se agregó en ambos formatos, además, que “Por lo anterior el Comité Técnico Científico dando alcance a lo referido en la sentencia T 760 numeral 4.4.4.5. que refiere ‘el derecho a la salud no es ilimitado, el Comité Técnico Científico no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante’, informa que al no dar cumplimiento a la normatividad legal vigente y respetando los precedentes constitucionales no puede aprobar la solicitud”[84].

Aunado a lo anterior, el promotor de la acción, señor Rubén Darío Guarnizo, allegó copia de declaración extraprocesal rendida por él ante el Notario 7º del Círculo de Ibagué, de 2 de junio de 2015, en la cual manifestó que vive en la ciudad de Ibagué, su profesión es docente, que vive en unión libre, y que “[es] la persona encargada de [su] hogar y actualmente a [su] cargo [tiene] tres hijos RUBÉN DARÍO GUARNIZO NAVARRO (...), LAURA SOFÍA GUARNIZO NAVARRO (...) y JUAN ESTEBAN GUARNIZO NAVARRO (...) y que cabe resaltar presenta una enfermedad denominada neurofibromatosis la cual requiere de atención y seguimiento médico, por otra parte estoy también a cargo de mis padres ANATOL GUARNIZO (...) de 97 años de edad y LAURA GRANADOS (...) de 95 años de edad, los cuales presentan demencia senil y Alzheimer por lo cual son de difícil manejo más aún si tenemos en cuenta la avanzada edad que tienen y el hecho de que no poseen pensión alguna. Por otra parte manifiesto que yo vivo con mis hijos y esposa y mis ingresos apenas alcanzan para solventar los gastos de mi núcleo familiar pues vivo en arriendo el cual tiene un valor de \$480.000, los servicios me representan \$200.000 y el resto lo uso para la alimentación; cabe aclarar que los ingresos que percibo son de mi labor como docente catedrático, los cuales no sobrepasan \$1’000.000 mensual. En virtud de lo anterior, no cuento con los recursos económicos para solventar los gastos para el cuidado de mis padres quienes requieren vigilancia permanente para la administración adecuada de sus medicamentos, además requieren pañales y ensure como complemento alimenticio, el cual es necesario, ya que por su edad no ingieren alimentos; dichos gastos los he venido solventando yo de trabajos esporádicos de recarga de cartuchos y cintas de impresora, no obstante es difícil conseguir lo necesario para los gastos de mis padres sin poner en riesgo lo mínimo que necesitan mis hijos para subsistir, ante esto solicito que puedan colaborarme con los pañales, ensure y una enfermera con lo cual podría brindarles a mis padres una mejor situación.”[85]

Dentro del traslado que se le corrió, Nueva EPS se opuso a la solicitud de amparo señalando que los insumos reclamados se consideran productos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico, y que en particular los pañales estaban excluidos del POS; así como tampoco estaba incluido el servicio de cuidador, toda vez que el propósito para el cual el actor reclamaba la enfermería domiciliaria no incluía actividades especializadas propias del personal paramédico sino tareas cotidianas como comer, vestirse, bañarse o tener compañía. En referencia al suplemento nutricional Ensure, indicó que no constaba radicación ante el Comité Técnico Científico por dicho servicio.

Durante el trámite de revisión, la accionada allegó a la Corte un memorial en el cual indicó que realizó verificación en el sistema de salud de la entidad y encontró que se han generado autorizaciones para tres entregas mensuales de 60 pañales desechables para adulto talla S en favor de la señora Laura Granados de Guarnizo, válidas para reclamar los insumos desde el 13 de abril hasta el 2 de mayo de 2016 –la primera–, desde el 3 de mayo hasta el 22 de mayo –la segunda–, y desde el 23 de mayo hasta el 11 de junio –la tercera–. Sostuvo, entonces, que se encuentra satisfecha la pretensión de la paciente y por tanto se configura una carencia actual de objeto por hecho superado.

Planteado de esta forma el marco fáctico y probatorio, corresponde ahora realizar en análisis jurídico constitucional, recurriendo en primer lugar a las reglas jurisprudenciales para ordenar insumos y/o servicios excluidos del plan de beneficios:

(i) a juicio del especialista en psiquiatría que trata a los accionantes, tanto el señor Anatol Guarnizo como la señora Laura Granados requieren pañales desechables para adulto, dado que la enfermedad de Alzheimer que los aqueja inhibe su capacidad de controlar esfínteres, produciendo –en palabras del médico– un severo impacto en su calidad de vida. Acogiendo dicho criterio profesional, la Sala considera que los paños húmedos y las cremas antiescaras y antipañalitis resultan de igual forma pertinentes para sobrellevar las secuelas generadas por la enfermedad mental, en aras de evitar que se agudice la afectación de su vida en condiciones dignas a causa de la falta de capacidad de raciocinio para disponer de forma autónoma sobre su propia higiene. No son de recibo los argumentos planteados inicialmente por la accionada en el sentido de negar el insumo ordenado por el médico tratante porque está excluido textualmente del plan de beneficios, lejos de argüir reparos de naturaleza científica, pues ello demuestra un desacato deliberado de las pautas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para la inaplicación del POS –esto sin ahondar en la interpretación desprolija sobre la sentencia T-760 de 2008–.

(ii) ni el suplemento nutricionales ni los pañales desechables, paños húmedos y cremas antiescaras y antipañalitis cuentan con sustitutos dentro del POS;

(iii) a partir de la valoración hecha sobre los pacientes, fue precisamente el médico tratante de la EPS quien indicó la necesidad de los pañales desechables para adulto en el casos de los dos pacientes, al punto, inclusive, que suscribió el formato diseñado por

Nueva EPS para solicitar medicamentos y tratamientos NO POS. En relación con los paños húmedos, las cremas antiescaras y antipañalitis, y el suplemento nutricional, de las circunstancias objetivas de los afectados se deduce la evidente necesidad de estos, aunque no hayan sido prescritos por el galeno;

(iv) pese a que el señor Anatol Guarnizo figura como cotizante a seguridad social en salud, al igual que su hijo y agente oficioso, la Sala subraya lo expuesto en cuanto a que la capacidad económica de cada usuario del sistema no puede ser apreciada en abstracto, sin atender al impacto específico que los gastos asociados a servicios sanitarios producirían sobre su calidad de vida, toda vez que su mínimo vital puede llegar a verse desproporcionadamente comprometido. Desde esta óptica, la Sala dispuso que la accionada suministrara la información socioeconómica que posee de los pacientes, y la entidad permaneció en silencio, de suerte que no cabe sino otorgar credibilidad a las aserciones del promotor de la acción respecto de la precariedad de su situación económica, teniendo en cuenta los ingresos que informó y las otras obligaciones que pesan sobre él.

Dilucidado entonces lo relativo al suministro de prestaciones no incluidas en el plan obligatorio de salud bajo el prisma de las reglas desarrolladas por este Tribunal, de conformidad con el concepto especializado del tratante, se debe colegir que sí hay lugar a ordenar a Nueva EPS la entrega de los pañales desechables para adulto, paños húmedos y cremas antiescaras y antipañalitis, así como del suplemento nutricional, a favor de los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados, en la cantidad determinada por el médico tratante en cuanto a los pañales, y en la que el mismo disponga en cuanto a los demás elementos, habida cuenta de que los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas resultan vulnerados ante la negativa de la accionada.

En vista de que los tutelantes están afiliados al régimen contributivo de salud, los anteriores servicios y elementos no contemplados en el POS deberán ser cubiertos con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

De otro lado, en lo atinente a las prestaciones incluidas dentro del POS que solicita para sus progenitores el demandante, esto es, el servicio de enfermería domiciliaria y las terapias domiciliarias, es preciso llevar a cabo un análisis particularmente exigente de las condiciones de los sujetos involucrados:

Por una parte, se tiene que los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados son personas que por su senectud y patologías mentales son en extremo dependientes para realizar las actividades más sencillas de su vida cotidiana. De acuerdo con lo afirmado por el agente oficioso, las pruebas y la verificación en la base de datos del Fosyga, los tutelantes residen en la ciudad de Neiva (Huila); viven juntos, pero si ya su avanzada edad y mal estado de salud les limita su capacidad de atenderse a sí mismos, con mayor razón, están impedidos para velar mutuamente el uno por el otro. Escasamente reciben de manera esporádica la ayuda de otros parientes lejanos. Es del caso señalar además que, según el escrito, uno de ellos tiene un tratamiento de colostomía.

Por otra, el señor Rubén Darío Guarnizo, hijo de los agenciados, tiene a su cargo el sostenimiento de tres hijos menores de edad, uno de los cuales padece una enfermedad que demanda atención permanente; a la vez que solventa los gastos de vivienda, servicios públicos domiciliarios, educación, transporte y alimentación de su núcleo familiar. Habita en la ciudad de Ibagué (Tolima) –confirmada su declaración con la plataforma del Fosyga– y se desempeña como docente, pero su salario es deficiente en relación con sus obligaciones, por cual se ha visto apremiado a buscar algunos ingresos extra mediante la recarga de cartuchos y cintas de impresora, que le han permitido socorrer parcialmente a sus padres. Empero, la exigüidad de sus recursos conlleva el riesgo de que asistirlos a ellos interfiera con el mínimo bienestar de su familia inmediata.

Pues bien: en principio, el hijo de los actores sería el primer llamado a procurar a sus progenitores los cuidados que requieren en esta etapa de sus vidas, en concordancia con el deber superior de solidaridad instituido en la Carta. No obstante, de conformidad con anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala constata que (i) los actuales requerimientos de los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados exceden el apoyo físico y emocional que pueda brindarles un pariente, pues no es descabellado considerar que su condición clínica como pacientes psiquiátricos demanda una atención especial, no sólo en lo referente a la ayuda para las tareas cotidianas, sino, aún más allá, en lo necesario para que sus dificultades mentales no se conviertan en una amenaza para su propia existencia. Por ejemplo, en lo relativo al tratamiento de colostomía, sin la capacidad mínima de raciocinio, un manejo inadecuado puede poner en riesgo la vida del paciente; (ii) la carga de asumir el cuidado permanente de los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados constituiría una carga excesiva para su hijo, señor Rubén Guarnizo, como quiera que sus

condiciones materiales de vida son apenas suficientes para proveer el sustento a su núcleo familiar, razón por la cual imponerle tajantemente el cumplimiento del deber de solidaridad acarrearía el sacrificio de sus propios derechos e, inclusive, los de sus menores hijos que dependen de él afectiva y económicamente, a quienes la Constitución les dispensa una protección prevalente[87]; y (iii) en este caso resultaría inane la orden a Nueva EPS de entrenar al pariente encargado en las tareas de cuidado a los pacientes dependientes, como quiera que el único familiar del que se tiene noticia es precisamente el señor Rubén Guarnizo, quien no sólo estaría imposibilitado para dedicarse de tiempo completo al cuidado de sus progenitores –pues deriva su sustento y el de su familia del trabajo–, sino que además padres e hijo están domiciliados en ciudades y departamentos distintos, por lo cual existe una barrera física que haría imposible brindar vigilancia y asistencia constantes y esmeradas para con los aquejados.

Visto esto, la Sala observa que en este caso específico hay lugar a conceder la atención domiciliaria por parte de una auxiliar de enfermería, en orden a garantizar la completa satisfacción de las necesidades de cuidado especializado de los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados.

En línea con lo anterior, dado que la distancia física entre el agente y los agenciados podría implicar que el hijo no alcance a atender las necesidades de sus padres cabal y oportunamente, es igualmente pertinente ordenar a Nueva EPS que suministre a los accionantes el servicio de visitas médicas y terapias domiciliarias, según el dictamen y la periodicidad que para tal efecto emita el médico tratante, a fin de que el acceso a los servicios de salud de los tutelantes no se vea obstaculizado a causa de las eventuales complicaciones logísticas que pueda presentar el señor Rubén Guarnizo en los desplazamientos desde la ciudad de Ibagué hasta la ciudad de Neiva, cada ocasión en que sus progenitores requieran acudir hasta un dispensario de salud.

Así las cosas, es forzoso concluir que se encuentra demostrada la necesidad de los servicios POS requeridos, por lo cual se ordenará la prestación oportuna de los mismos por parte de la promotora de salud demandada, por la urgencia de proteger los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Anatol Guarnizo Gutiérrez y de la señora Laura Granados de Guarnizo.

En virtud de lo expuesto, se procederá a revocar parcialmente la sentencia de 28 de agosto de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Neiva, así como la confirmada por esta, es decir, la de 8 de julio de 2015, dictada por el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, para, en su lugar, conceder la tutela con todas las prestaciones reclamadas.

Adicionalmente, en atención a la denuncia consignada en el escrito de tutela, según la cual Nueva EPS ha retrasado la entrega de medicinas esenciales para el tratamiento de las enfermedades que padecen los actores, se prevendrá a la accionada para que, en lo sucesivo, realice la entrega oportuna y completa de los medicamentos prescritos por el médico tratante a los señores Anatol Guarnizo Gutiérrez y Laura Granados de Guarnizo.

9.3.4. Expediente T-5.217.850

Actuando en calidad de agente oficiosa de su progenitora, señora Ana Rojano de Ojeda, la señora Jackeline Ojeda Rojano instauró acción de tutela en contra de Mutual Ser EPS, para que se le entreguen a la agenciada los pañales desechables para adulto que requiere, así como una silla de ruedas, cremas antiescaras, alimentación especial Ensure y el servicio de una enfermera por 12 horas, dado que padece de “hipertensión arterial crónica, sepsis del foco urinario, diabetes mellitus tipo II y Alzheimer”[88].

Revisada la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, la Sala constató que la señora Ana Rojano de Ojeda aparece activa como afiliada dentro del régimen subsidiado en calidad de cabeza familia a Mutual Ser EPS, en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), desde el 8 de enero de 1997. A su vez, la señora Jackeline Ojeda Rojano –agente oficiosa e hija de la tutelante– figura activa como afiliada al régimen subsidiado en calidad de cabeza de familia a Mutual Ser EPS, también en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), desde el 2 de marzo de 2016.

Acompañando el escrito de tutela, la accionante aportó una copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Rojano de Ojeda, con fecha de nacimiento 20 de noviembre de 1938[89], lo cual demuestra que es una persona de la tercera edad.

Se agregó también copia la historia clínica de la paciente Ana Rojano de Ojeda, de 14 de

mayo de 2017[90], del Hospital Metropolitano, en la cual se anota que la citada ingresó con un cuadro clínico de más o menos 3 días evolución, caracterizado por alzas térmicas cuantificadas en 39°C, y se indica que padece de ischemia y demencia senil; junto con un informe especializado de imágenes diagnósticas en el cual la doctora Luisa Fernanda Arias señala que la paciente presenta “enfermedad pulmonar obstructiva crónica, tipo bronquitis crónica y cardioangioesclerosis”[91].

Obra, además, un formato de órdenes médicas del Hospital Universitario Metropolitano, de 21 de mayo de 2014, en la cual el doctor Jorge Borge Salazar, coordinador de medicina interna, estableció la evolución de la paciente Ana Rojano en los siguientes términos: “paciente femenina de 75 años con diagnósticos de 1) sepsis de foco urinario en manejo, 2) infección de vías urinarias complicada, 3) diabetes mellitus tipo 2 compensada, 4) cardiopatía hipertensiva, 5) hipertensión arterial crónica, 6) hidronefrosis derecha leve. (...) Enfermedades: Demencia Edema Grado I miembros inferiores. Neurológico: leve deterioro neurológico. Análisis: paciente femenina en su 8ª década de la vida con antecedentes de diabetes mellitus tipo 2 y actualmente con patología urinaria – sepsis de foco urinario complicada (...)”[92].

Seguidamente, se anexaron copias de formatos del Hospital Universitario Metropolitano intituladas “Hoja de Evolución”, que datan del 23 de mayo de 2014, en las que, además de las patologías arriba descritas, el doctor Jesús Godoy Martínez destacó: “(...) 7) síndrome demencial vs. Alzheimers”[93].

En su defensa, Mutua Ser EPS[94] que no se había acreditado que el médico tratante hubiera formulado los insumos solicitados, los cuales están excluidos del POS; como tampoco se prescribió el servicio de enfermería. En consecuencia, es a la interesada a quien corresponde atender dichos gastos o, en casos de no contar ella con los recursos, a la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla.

Dentro del término concedido para aportar pruebas en sede de revisión, Mutua Ser EPS allegó copias del concepto del doctor Luis Cabrales, quien resumió la condición clínica de la paciente en un formato de Evolución Diaria diligenciado como resultado de la valoración médica que se llevó a cabo el 19 de enero de 2016, en cual se destaca: la paciente presenta padece enfermedad de Alzheimer, demencia senil, diabetes mellitus, cardiopatía,

esquizofrenia y deposición incontinente –entre otras patologías–; se encuentra en estado de malnutrición proteico calórica, sufre de dependencia severa y necesita cuidados básicos no especializados; que tiene secuelas neurológicas por la enfermedad de Alzheimer con múltiples comorbilidades. Como plan, dispone una valoración domiciliaria por nutricionista, remisión a neurología por consulta externa, terapias físicas 3 por semana y 12 por mes, una serie de medicamentos indicados para sus patologías, paños desechables para adulto talla M 4 por día por 3 meses que suman un total de 360, y enfermería por 8 horas diarias por 7 días para entrenamiento.

Asimismo, se agregaron copias de la valoración practicada a la accionante el 28 de enero de 2016 por la nutricionista Maira Fernanda Pineda adscrita a la EPS, quien dictaminó: “desnutrición proteico calórica leve, teniendo en cuenta su pérdida paulatina de reservas musculares (...). Con el fin de evitar mayor depleción de reservas musculares y optimizar la ingesta de proteínas vía oral requiere suplementación nutricional oral con módulo proteico que aportaría 18 gramos de dicho nutriente, que no sería perjudicial para la función renal de la paciente y ayudaría a cubrir mejor los requerimientos para dicho nutriente. Diagnóstico: desnutrición proteico calórica leve sarcopenia crónica. Plan: Control en 1 mes | Caseinato de calcio (Casilan), 10 gramos 2 veces al día diluida cada medida en 200 cc de agua, vía oral como refrigerios”. Además, la referida profesional de la salud formuló el suplemento Caseinato de calcio (Casilan caja por 250 g.), en una cantidad de 20 gramos al día vía oral como refrigerios por 90 días, para un total de 8 cajas por 250 g., diligenció el formato de solicitud de medicamentos NO POS justificando la pertinencia del insumo en mención para el tratamiento adecuado de las deficiencias nutricionales advertidas, y proveyó recomendaciones para la dieta que debe seguir la señora Ana Rojano, de quien afirmó que permanece la mayor parte del tiempo en cama por su enfermedad, inclusive al momento de ingerir alimentos.

Examinando el caso a la luz de las pautas jurisprudenciales que determinan si es procedente ordenar el suministro de insumos y/o servicios excluidos del POS, se observa que:

(i) en criterio del médico que valoró a la accionante, la señora Ana Rojano de Ojeda necesita de pañales desechables para tratar la incontinencia que le ocasionan las patologías mentales y del sistema urinario que le fueron diagnosticadas, tras advertir el

menoscabo en su salud que produce la falta de los mismos. También en este caso, la Sala considera que la función de los pañales es óptimamente complementada por los paños húmedos y las cremas antiescaras y antipañalitis, en el sentido de que permiten un adecuado manejo de la higiene de la tutelante, lo cual redundará en garantizarle unas condiciones de vida dignas.

Asimismo, la nutricionista que examinó a la paciente estimó que la misma necesita del suplemento alimenticio Casilan para satisfacer su requerimiento calórico y proteico, en razón a su estado de desnutrición y disminución de peso, lo cual, como es lógico, repercute negativamente en su salud.

En lo atinente a la prestación de silla de ruedas, si bien los profesionales de salud no prescribieron dicho elemento, la Sala resalta que las condiciones particulares de postración en que se encuentra la actora –como lo sostuvo la propia nutricionista– hacen que salte a la vista la necesidad de este aparato, pues es evidente que ello facilitaría los traslados cotidianos de la paciente y evitaría, en cierta forma, que los trastornos que la aquejan la releguen a pasar todos los días de su existencia lánguidamente en una cama;

(ii) los pañales desechables, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis son insumos que no cuentan con equivalentes dentro del POS, como tampoco lo tiene la silla de ruedas;

(iii) la necesidad y la pertinencia de los pañales desechables y del suplemento Casilan fue ratificada por profesionales de la salud adscritos a la EPS a la que pertenece la accionante. En lo que toca a los paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis, y la silla de ruedas, es claro que las circunstancias de la tutelante comportan una necesidad indiscutible de los mismos, aun cuando no hayan sido expresamente ordenados por los referidos especialistas;

(iv) al encontrarse dentro del régimen subsidiado de salud, tanto a la señora Ana Rojano de Ojeda como a su hija y agente oficiosa, señora Jackeline Ojeda, las ampara la presunción de que carecen de los medios necesarios para asumir los costos de los insumos que necesita la agenciada, lo cual coincide con las aserciones expuestas por la promotora de la acción en el escrito introductorio.

Cumplidos de esta manera los presupuestos para ordenar judicialmente la entrega de prestaciones NO POS, y acogiendo la opinión autorizada de los profesionales de la salud que han visto de cerca las afecciones de la actora, es menester concluir que sí corresponde en este caso disponer el suministro por parte de Mutual Ser EPS de los insumos antes relacionados, consistentes en pañales desechables para adulto, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis y suplemento alimenticio Casilan, a favor de la señora Ana Rojano de Ojeda, en la cantidad definida por el médico y la nutricionista que la examinaron, así como una silla de ruedas en óptimas condiciones de funcionamiento, habida cuenta de que la falta de todos ellos constituye una afectación de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En atención a que la actora hace parte del régimen subsidiado de salud, las prestaciones a que se ha hecho alusión deberán ser cubiertas con cargo al municipio de Barranquilla, que es lugar en donde la citada tiene su afiliación.

Por otra parte, la atención domiciliaria solicitada por la accionante hace parte de las prestaciones incluidas dentro del plan de beneficios, y su pertinencia fue expresamente establecida por parte del médico tratante en los términos consignados en el informe de visita domiciliaria –enfermera por 8 horas diarias por 7 días para entrenamiento–, de conformidad con el deber que tienen a su cargo las EPS de brindar un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado, tal como se señaló en precedencia. Adicionalmente, el galeno determinó la necesidad de realizar terapias físicas domiciliarias a la paciente –con una frecuencia de 3 veces por semana y 12 veces por mes–, de manera que bastan dichos argumentos, sustentados en el criterio de necesidad, para disponer la prestación oportuna de dichos servicios, a fin de salvaguardar las garantías iusfundamentales de la señora Ana Rojano de Ojeda.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de 3 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado 15 Penal Municipal de Control de Garantías de Barranquilla, para, en su lugar, conceder el amparo constitucional.

9.3.5. Expediente T-5.223.040

En calidad de agente oficiosa de su padre, señor Luis Francisco Serrano Figueredo, la señora Miriam Serrano Cuevas formuló acción de tutela en contra de Saludcoop EPS, para que se le suministren de forma oportuna las órdenes para los medicamentos denominados Norfloxacin 400 mg y Levotiroxina sódica 500 mg, pañales, terapias, suplemento nutricional, control con especialistas, exámenes, una cama hospitalaria con colchón antiescaras; así como una silla de ruedas reclinable, el servicio de transporte en ambulancia para desplazarlo desde Piedecuesta hasta el centro asistencial ubicado en Bucaramanga, y una enfermera domiciliaria por 24 horas que se encargue de su supervisión y el suministro de medicamentos, pues el paciente permanece con una sonda; además, que se le exonere de cuotas moderadoras y copagos[95]. Lo anterior, por motivo de que el agenciado padece de “enfermedad de Parkinson, retención urinaria, vejiga neurogénica, ureterohidronefrosis bilateral, sonda permanente”[96].

Es necesario precisar que Saludcoop EPS fue intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, “Por la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa de SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO, NIT 800.250.119-1, y se fija un término”. Como consecuencia de dicha medida, a través de la Resolución 2422 del 25 de noviembre de 2015, “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, NIT 800.250.119-1”, la Superintendencia impartió aprobación al plan en virtud del cual el total de la población afiliada a Saludcoop en liquidación fue asignada a Cafesalud EPS S.A., identificada con NIT. 800.140.949-6. De modo que, por lo tanto, la entidad Cafesalud EPS se constituyó en sucesora procesal de Saludcoop EPS en liquidación, al tenor de lo previsto en el artículo 68 del Código General del Proceso[97].

Conforme a la consulta efectuada por la Sala en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, el señor Luis Francisco Serrano Cuevas se encuentra activo como afiliado dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Cafesalud EPS, en el municipio de Piedecuesta (Santander), desde el 1º de diciembre de 2015. Por su parte, la agente oficiosa, señora Miriam Serrano Cuevas, figura activa como afiliada dentro del régimen contributivo en calidad de beneficiaria a Cafesalud EPS, también en el municipio de

Piedecuesta (Santander), desde el 1º de diciembre de 2015.

En el conjunto de pruebas arrimadas con la petición de amparo, se observan copias de la historia clínica del paciente Luis Francisco Serrano Figueredo, según la cual el citado nació el 26 de febrero de 1930, lo cual pone de presente que es un adulto mayor. En esta documental aparecen registros de atención al tutelante en las instituciones SC Central de Especialistas Bucaramanga y Clínica de Bucaramanga, que datan de los años 2006, 2007, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, en los cuales se refiere que a lo largo de todos estos años ha presentado diversos cuadros clínicos relacionados con afecciones del sistema urinario, entre otros.

En sede de instancia se recaudaron las declaraciones de la agente oficiosa[98]. Manifestó que su estado civil es casada, que vive en el municipio de Los Santos en una vereda cercana a donde habitan sus padres y que desde hace 18 años[99] se dedica a atender una ‘micropanadería’, de donde obtiene sus ingresos y ayuda a sus progenitores, pero que los recursos son insuficientes para atender todas sus necesidades, pues constantemente debe comprarles a ambos pañales y cremas “para las llagas”, a más que ambos requieren silla de ruedas, y que lleva un año pidiendo todos estos insumos y el suplemento Ensure a la EPS, sin éxito. Afirmó que su padre recibe atención médica en la ciudad de Bucaramanga y que es muy difícil transportarlo para que le realicen las terapias que requiere, porque además son muy costosas las carreras cada vez que se presenta una urgencia. Añadió que no cuenta con los medios para solventar una enfermera que se haga cargo de los cuidados especiales que precisa su padre, por lo que algunas veces a ella le ha tocado fungir como tal cuando al citado se le tapa el colon.

En el otro interrogatorio que absolvió, señaló que tiene 3 hermanos y 4 hermanas: dos de los varones atienden negocios (una panadería el uno y una tienda el otro) y que desconocen el paradero del restante, al paso que 2 de sus hermanas se encuentran desempleadas y las otras 2 trabajan y prestan alguna colaboración; que cinco de ellos aportan una cuota de \$150.000 mensuales y ella (la agente oficiosa) les proporciona un mercado y los costos asociados a los traslados médicos, con la ayuda de uno de sus hermanos. Agregó que su padre le colaboró a ‘Duarte Sanmiguel’ durante 40 años y le dieron un salario de \$550.000 mensuales, sin reconocerle pensión, y que de ahí han podido solventar la compra de los pañales que requiere de forma permanente, aunque los mismos no han sido ordenados por

el médico tratante. Asimismo, aseguró que su progenitora sufrió una trombosis que le impide moverse y hablar, por lo cual, al igual que el agenciado, se encuentra prostrada en cama y necesita pañales y silla de ruedas. Sostuvo que le ha costado mucho trabajo que la EPS le autorice citas de forma oportuna, pues en algunas ocasiones se ha tardado meses, aunque no se le han negado las órdenes. Indicó que aunque el médico tratante le prescribió al señor Luis Francisco Serrano el suplemento alimenticio, el mismo nunca le fue entregado, y que a pesar de haber solicitado a los médicos que autorizaran el servicio de enfermería domiciliaria, no se lo han concedido. Manifestó que su padre padece dolores de cabeza muy intensos desde que recibió una intervención cerebral, y que no puede caminar desde que fue operado de la cadera, además porque le duele una de las piernas. Adicionalmente, expresó que en Piedecuesta tiene una casa que está pagando por cuotas a 15 años, en la cual vive su hijo (el de la declarante), lugar donde ella consideraba que era más conveniente establecer a sus dos padres por cercanía a los servicios médicos, pero que sus hermanos decidieron trasladarlos a ambos a Los Santos; que las diferencias respecto de esas determinaciones la llevaron a acudir al ICBF para reclamar la custodia sobre sus progenitores. Finalmente, ratificó que su solicitud de amparo está orientada a que se le conceda enfermería domiciliaria, pañales y cremas para las ulceraciones.

Durante el trámite de revisión, la agente oficiosa allegó copias en las que consta un ingreso a atención médica de 8 de febrero de 2016 del señor Luis Francisco Serrano por “infección de vías urinarias, sitio no especificado| enfermedad cerebrovascular, no especificada” y “otros síntomas y signos que involucran la función cognoscitiva y la conciencia no especificados”. De esa misma fecha, aparece una formula médica suscrita por la doctora Magda Isabel Zanguña en la que se prescriben cuatro medicamentos que el paciente debe tomar cada 8, 12 o 24 horas durante 30 días, tres de los cuales fueron despachados sólo hasta el 29 de ese mes, según el sello, y uno con una anotación de “pendiente”.

A la vez, se adjuntaron informes de exámenes practicados al agenciado los días 13 y 25 de febrero del año en curso, en el Laboratorio Idime de Bucaramanga: TAC de cráneo simple y rayos X de faringografía y esofagograma, respectivamente. Allí se observa que la doctora Melina Amaya consignó como datos clínicos “infección urinaria complicada.| Demencia senil.| Enfermedad de Parkinson.| Trastorno deglutorio”. Adicionalmente, señaló como observación que el paciente porta sonda nasogástrica y describió las distintas complicaciones que presenta el mismo para ingerir alimentos, y recomendó terapia

fonoaudiológica. Dicho cuadro clínico es reiterado de forma idéntica en la consulta médica que tuvo lugar el 23 de marzo de 2016, cuya copia también aportó la promotora de la acción.

Dentro del traslado que se le corrió en primera instancia, Saludcoop EPS guardó silencio. Idéntica conducta adoptó Cafesalud EPS en el momento en que la Corte Constitucional la vinculó al trámite y le ordenó que rindiera informe sobre el estado actual de salud del accionante.

Esbozados así los hechos y las pruebas que enmarcan el debate, se impone discernir si se aplican los cánones jurisprudenciales para disponer la entrega de insumos y/o servicios excluidos del POS:

(i) la complejidad del cuadro clínico del señor Luis Serrano, en el que confluyen afecciones del sistema urinario con la demencia senil y la enfermedad de Alzheimer, no deja duda en cuanto a que la falta de pañales para adultos compromete seriamente su vida en condiciones dignas, dada la forma en que esas patologías repercuten en el control de sus necesidades fisiológicas. Igualmente, tal como se ha comprobado en los casos antes examinados, los paños húmedos y las cremas antiescaras y antipañalitis son un complemento necesario a los pañales desechables para la higiene y el bienestar del paciente.

Por otra parte, la silla de ruedas se muestra como una alternativa que favorecería los desplazamientos cotidianos del accionante, a fin de que las limitaciones derivadas de sus afecciones de salud y de las secuelas de la cirugía de cadera no lo fueren a permanecer en el estado de postración en el que se encuentra; además porque el hecho de que su lugar de habitación y el centro asistencial se hallen en ciudades distintas, lleva implícito un gran esfuerzo para sus traslados, tal como lo expuso la agente oficiosa.

(ii) los pañales desechables, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis, el suplemento nutricional y la silla de ruedas son elementos que carecen de sustitutos dentro del plan de beneficios;

(iii) en relación con el suplemento nutricional Ensure, existe prescripción otorgada por el médico tratante. En cuanto a los demás insumos, si bien no se cuenta en el plenario

con un concepto médico que expresamente dictamine la necesidad de los mismos, es evidente que son necesarios para paliar los padecimientos que sufre el tutelante;

(iv) aunque agenciado y agente oficiosa aparecen afiliados al sistema de salud dentro del régimen contributivo, nuevamente la Sala recalca que la capacidad económica no puede ser valorada en abstracto, pues es forzoso tomar en cuenta que el mínimo vital del paciente y sus familiares no debe verse desproporcionadamente afectado por la necesidad de destinar sus medios para cubrir los insumos y/o servicios de salud requeridos. Así, como quiera que la accionada no desvirtuó las afirmaciones contenidas en el libelo introductorio –pese a que la Corte le ordenó suministrar la información socioeconómica con la que contara en sus bases de datos en relación con el usuario–, hay lugar a aplicar la presunción decantada por la jurisprudencia constitucional en cuanto a la insuficiencia de recursos del tutelante, teniendo en cuenta circunstancias fácticas como que el actor no goza de una pensión y lo recaudado entre la agente oficiosa y los hermanos laboralmente activos no alcanza para solventar adecuadamente los diferentes y constantes requerimientos de sus padres, habida cuenta de que la cónyuge del señor Luis Francisco Serrano también es una persona de la tercera edad con agudas afecciones de salud por la cual deben velar de manera permanente.

Vistas las anteriores consideraciones en lo que atañe a las prestaciones reclamadas dentro del marco de los cánones jurisprudenciales sobre elementos excluidos de plan de beneficios, se concluye que sí hay lugar a ordenar a Cafesalud EPS que suministre al demandante una silla de ruedas en óptimas condiciones de funcionamiento, así como pañales desechables para adulto, paños húmedos y cremas antiescaras y antipañalitis, junto con el suplemento nutricional Ensure, los cuales deberán ser entregados en las cantidades que para el efecto determine el médico tratante, toda vez que la carencia de los mismos acarrea una sensible afectación de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del referido ciudadano.

En consideración al hecho de que el accionante pertenece al régimen contributivo del sistema de salud, los insumos y servicios aquí señalados que no estén dentro del POS, serán cubiertos con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA–.

Por otra parte, de cara a las prestaciones incluidas dentro del plan obligatorio solicitadas en

el escrito de tutela, conviene adelantar un análisis por separado respecto de cada pretensión:

En primer lugar, en relación con el servicio de enfermería, es preciso analizar las circunstancias particulares del paciente y su núcleo familiar:

De acuerdo con las pruebas recaudadas, el señor Luis Francisco Serrano es una persona que, a causa de su avanzada edad y sus enfermedades, depende de una ayuda permanente para llevar a cabo sus actividades cotidianas, ya que no puede caminar y se halla en un estado de postración, sin que su cónyuge –que es la persona con quien convive– pueda brindarle socorro alguno, dado que se halla en similares condiciones de limitación física. Nótese, además, que el tutelante requiere de asistencia para el manejo adecuado de la sonda que tiene incorporada, ya que no está en capacidad de ingerir alimentos; ésta, si bien merece ciertas precauciones para su correcta manipulación, no exige elevados conocimientos en materia de enfermería.

A su turno, de acuerdo con las afirmaciones de la agente oficiosa, ella y algunos de sus hermanos han venido haciéndose cargo de los cuidados que demandan sus padres, gracias a la cercanía entre ellos, así como de solventar los gastos derivados de su manutención, lo cual es enteramente compatible con la obligación que la Carta les ha deferido a los familiares más cercanos de cara a la protección de los adultos mayores. Añádese el agudo estado de indefensión en que se encuentran el señor Luis Serrano y su esposa a raíz de sus complicaciones de salud, comprobación ésta que refuerza el deber de solidaridad en cabeza de sus descendientes, quienes no pueden exonerarse de esta carga de raigambre constitucional alegando como pretexto sus ocupaciones personales, a menos que se demuestre una situación extrema que haga insoportable la asunción de esa responsabilidad.

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado lo manifestado por la agente oficiosa en cuanto a que las divergencias con sus hermanos y hermanas acerca de cuál es lugar más conveniente para fijar la residencia de sus progenitores la han llevado a adelantar un trámite orientado a solicitar la custodia y cuidado personal respecto de los mismos. En tal sentido, como quiera que la protección que demandan los padres de la citada es urgente, dada la precariedad de sus condiciones de salud, se impone adoptar medidas que

garanticen el cuidado y la atención oportunos.

Por lo tanto, la Sala encuentra pertinente ordenar a Cafesalud EPS que suministre el servicio de enfermería domiciliaria de forma provisional, mientras se adopta una decisión en torno a quién debe asumir la custodia y cuidado personal de los adultos mayores. Una vez definido este aspecto, la promotora de salud deberá ofrecer el respectivo entrenamiento a la persona designada, para que atienda en debida forma las necesidades del tutelante, incluyendo lo relativo al manejo apropiado de la sonda nasogástrica.

Para el efecto, la Corte ordenará a la Personería Municipal de Los Santos –Santander– que, en desarrollo de las funciones que la Constitución y la ley le han conferido en materia de guarda y promoción de los derechos humanos, promueva las acciones que sean del caso y realice un acompañamiento activo y continuo al caso del agenciado y su cónyuge, hasta tanto se resuelva la controversia respecto de la(s) persona(s) que quedará(n) a cargo de los mismos; momento en el cual deberá informar por escrito dicha decisión a Cafesalud EPS, para que esta, a su vez, brinde la preparación necesaria al cuidador o cuidadora, y provea el apoyo y seguimiento correspondientes.

En todo caso, en el supuesto de que el mencionado representante del Ministerio Público constate que al momento de la notificación de esta sentencia ya se ha dirimido judicial o administrativamente el asunto de la custodia y cuidado personal del señor Luis Francisco Serrano Figueredo, deberá comunicar de inmediato el respectivo pronunciamiento a la EPS en mención, para que proceda de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior en lo atinente al entrenamiento al familiar o familiares a cargo.

Adicionalmente, en vista de que la médico que recientemente examinó al tutelante le recomendó terapias fonoaudiológicas, de acuerdo con los argumentos esbozados en precedencia, es preciso ordenarle a la prestadora que agende con prontitud la respectiva cita con el profesional de esa especialidad adscrito a la entidad, a fin de que según las puntuales necesidades del paciente se fije un programa de terapias, toda vez que el criterio médico es determinante para establecer el tratamiento requerido y, en todo caso, se trata de un servicio al cual tiene derecho el actor en tanto usuario del sistema de salud.

En relación con la cama hospitalaria con el colchón antiescaras, la Sala anota que, de conformidad con lo previsto en la Resolución 5521 de 2016, a la EPS le corresponde adoptar

las medidas para una apropiada atención domiciliaria, lo cual “implica la necesidad de enseres, camas especiales o adecuaciones del domicilio”[101]. Por tanto, en vista de que se trata de prestaciones incluidas en el plan de beneficios que redundarán en el mejoramiento de las condiciones de vida del accionante, hay lugar a ordenar su entrega al paciente, en consideración a las afirmaciones enfáticas y reiteradas de la agente oficiosa en cuanto a las constantes ulceraciones que presenta el señor Luis Francisco Serrano como secuela de sus padecimientos.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el hecho de que el dispensario de salud al que acude regularmente el tutelante está ubicado en un municipio distinto a aquel en el cual tiene su residencia, pues recibe atención médica en Bucaramanga o Piedecuesta aunque vive en Los Santos, resulta aplicable al caso el artículo 125 de la Resolución 5521 de 2013, relativo al servicio de transporte del paciente ambulatorio, de manera que la EPS deberá asumir el traslado del usuario en un medio diferente a ambulancia en los casos en que este requiera desplazarse hasta otro municipio para recibir los servicios médicos que no estén disponibles en la entidad territorial donde habita.

Bajo esta panorámica cabe concluir que está debidamente comprobada la necesidad de los servicios e insumos POS reclamados por el señor Luis Francisco Serrano; de suerte que corresponde ordenar en esta sede a Cafesalud EPS que proceda a suministrarlos, atendiendo a la evidente urgencia de protección de sus derechos.

Por otra parte, de las pruebas se advierte que, ciertamente, se han presentado retrasos en la entrega de los medicamentos formulados al actor por parte de su médico tratante, los cuales deben ser administrados a diario y, algunos, más de una vez por día. Ello se convierte en un factor de riesgo de perjuicio irremediable, dado que la tardanza en el suministro de medicinas puede conllevar a la interrupción o suspensión del tratamiento farmacológico indicado y generar un desmejoramiento de su estado, e inclusive un desenlace fatal. En atención a ello, la Sala prevendrá a la entidad accionada para que, en lo sucesivo, provea de forma completa y oportuna los medicamentos que le formule al actor el médico tratante.

Finalmente, recogiendo los argumentos expuestos sobre la carencia de recursos suficientes de la parte actora, la Sala recalca lo sentado en la jurisprudencia constitucional sobre la

procedencia de exoneración de estas cargas en los casos de ciertos usuarios del sistema de salud:

“[L]a Corte ha establecido que los pagos moderadores persiguen un fin constitucionalmente legítimo como lo es el de financiar el sistema. Sin embargo, estos cobros no pueden convertirse en una barrera para el disfrute de los derechos fundamentales de las personas. Por tal razón, en ciertas circunstancias, es posible exonerar al afiliado de estos pagos cuando no se cuente con capacidad económica. En todo caso, para demostrar la capacidad económica del paciente, la carga de la prueba se invierte en cabeza de la entidad encargada de prestar el servicio de salud, en tanto es ella quien cuenta con la información económica del afiliado. Ante la ausencia de medios probatorios, el juez podrá tener como prueba suficiente indicios como que el accionante pertenezca a la tercera edad, se encuentre afiliado en el régimen subsidiado de salud, padezca algún tipo de discapacidad, desempleo, entre otros.”[102]

Así las cosas, en concordancia con lo examinado en precedencia, la Corte dispondrá la exoneración de copagos y cuotas moderadoras a cargo del señor Luis Francisco Serrano Figueredo, en vista de la precariedad de sus ingresos y que no resulta desproporcionado inferir que las enfermedades que padece lo llevan a frecuentar con cierta frecuencia su centro asistencial para recibir atención en salud, por lo cual, cada visita al médico y/o el acceso a ciertos servicios le representan constantes erogaciones que podrían afectar su mínimo vital -recordando que esos desplazamientos en la compañía de un familiar apareja otros gastos adicionales-; tomando en consideración, además, el hecho de que de la misma fuente de recursos deben solventarse los gastos asociados al sostenimiento y tratamiento de la cónyuge del tutelante, quien también es adulto mayor y se encuentra en una situación crítica de salud, como se advirtió ut supra.

De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará parcialmente la sentencia de 22 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Santos con Funciones de Control de Garantías, para, en su lugar, conceder la tutela de los derechos invocados por el accionante.

10. Síntesis de la decisión

Para abordar las controversias planteadas por los accionantes, la Sala Octava de Revisión

analizó las reglas jurisprudenciales decantadas por la Corte Constitucional en torno a la entrega de prestaciones NO POS, a fin de precisar si en cada uno de los casos sometidos a revisión se reunían las condiciones necesarias para ordenar que las mismas fueran suministradas por parte de las EPS accionadas.

Para tal efecto, se reafirmó el reiterado sentido de los pronunciamientos de este Tribunal en cuanto a que las principales circunstancias que debe atender el juez de tutela, previo a emitir una orden de suministrar prestaciones excluidas del POS, consisten en: (i) que la falta del servicio, intervención o insumo reclamado ponga en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, (ii) que el servicio, intervención o insumo solicitado carezca de un sustituto efectivo dentro del POS, (iii) que exista un concepto médico que determine la pertinencia del insumo, intervención o servicio deprecado, o que la situación del paciente torne evidente la necesidad del mismo, y (iv) que se constate que el solicitante carece de recursos para solventar el servicio, intervención o insumo requerido.

Asimismo, se examinaron las pautas trazadas por el ordenamiento y el precedente para establecer si las entidades que componen el extremo pasivo están llamadas a proporcionar los insumos y/o servicios comprendidos dentro del POS que fueron reclamados por los actores para paliar las secuelas de sus respectivas afecciones, atendiendo a las puntuales necesidades de cada usuario del sistema de seguridad social en salud.

Una vez establecido el marco normativo y jurisprudencial para esclarecer el interrogante constitucional formulado, con fundamento en la caracterización de cada uno de los pacientes que ofrecen los elementos de convicción allegados a los expedientes de tutela, y con apoyo en los conceptos médicos decretados en sede de revisión, se constató caso por caso que la negativa de las EPS demandadas a entregar los insumos y/o servicios solicitados –tales como pañales, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis, suplementos nutricionales, sillas de ruedas y enseres hospitalarios, y los servicios de atención domiciliaria y transporte– es una conducta que hace nugatorios los derechos de los accionantes a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, lo cual agudiza la situación de vulnerabilidad en que se hallan, no solo a causa de las enfermedades físicas y mentales que padecen, sino también por su condición de adultos mayores.

A partir de los anteriores hallazgos, la Sala concluye que es preciso revocar las decisiones objeto de revisión, en cuanto denegaron el amparo de la protección implorada por los tutelantes a través de sus agentes oficiosos; y, en su lugar, garantizar a dichos sujetos en situación de debilidad manifiesta la salvaguardia que la Carta les defiende, por medio de órdenes concretas que induzcan a las entidades a materializar los mandatos superiores en la función de prestación del servicio de salud.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por la Sala Octava de Revisión mediante auto de 14 de marzo de 2016, dentro del proceso de la referencia.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de 22 de julio de 2015, por la cual el Juzgado 13 Civil Municipal de Bucaramanga negó la tutela promovida por Yamile Aguilar Esparza, como agente oficiosa de Leonardo Aguilar Rodríguez, contra Saludvida EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas invocados por el referido accionante, dentro del expediente T-5.208.437.

Tercero.- ORDENAR a Saludvida EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a EPS la entrega de suplemento nutricional, pañales desechables para adulto y paños húmedos, a favor del señor Leonardo Aguilar Rodríguez, en la cantidad determinada por el médico tratante.

Cuarto.- ORDENAR a Saludvida EPS que, dentro del mismo término concedido en el ordinal anterior, proceda a realizar todas las gestiones pertinentes para garantizar la prestación oportuna de los servicios de terapias domiciliarias (físicas, del lenguaje y ocupacionales), exámenes de laboratorio domiciliarios y transporte medicalizado -ambulancia-, los cuales requiere con necesidad el señor Leonardo Aguilar Rodríguez, de conformidad con el concepto médico rendido ante esta Corporación, tal como se expuso en la parte motiva de

esta providencia.

Quinto.- REVOCAR la sentencia de 31 de julio de 2015, por la cual el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla se declaró incompetente para conocer de la tutela promovida por Ligia Osorio de Ramírez, como agente oficiosa de María Onofre Ortiz Bedoya, contra Nueva EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de la tutelante, dentro del expediente T-5.209.676.

Sexto.- ORDENAR a Nueva EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a entregar a la señora María Onofre Ortiz Bedoya los insumos consistentes en suplemento nutricional, pañales desechables para adulto, paños húmedos, y cremas antiescaras y antipañalitis, en la cantidad señalada para el efecto por la médico de cabecera de la citada.

Séptimo.- PREVENIR a Nueva EPS para que se abstenga de incurrir en conductas que retrasen o entorpezcan de cualquier forma la emisión de las autorizaciones para consultas con los especialistas que prescriba el médico tratante y, en general, para la oportuna atención en salud que precise la agenciada.

Octavo.- PREVENIR a la Jueza 3ª Civil del Circuito de Barranquilla para que para que, en lo sucesivo, cumpla a cabalidad con la tarea que en virtud de la Constitución le atañe como juez de tutela y, en tal sentido, se abstenga de rehusarse a impartir el trámite correspondiente a las acciones de tutela que le sean asignadas, arguyendo motivos distintos a los factores de competencia previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Noveno.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de 28 de agosto de 2015, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Neiva, y la que esta confirmó, de 8 de julio de 2015, por la cual el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva negó parcialmente las pretensiones formuladas en la tutela promovida por Rubén Darío Guarnizo Granados, como agente oficioso de Anatol Guarnizo y Laura Granados, contra Nueva EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de los agenciados, dentro del expediente T-5.211.741.

Décimo.- ORDENAR a Nueva EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a entregar pañales desechables para adulto al señor Anatol Guarnizo, así como paños húmedos y cremas antiescaras y antipañalitis, junto con el suplemento nutricional, a favor de los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados, en la cantidad determinada por el médico tratante. Igualmente, deberá continuar autorizando y entregando oportunamente los pañales desechables para adulto a la señora Laura Granados, tal como acreditó que viene haciéndolo desde abril del año en curso.

Undécimo.- ORDENAR a Nueva EPS que, dentro del mismo término concedido en el ordinal anterior, proceda a realizar todas las gestiones pertinentes para garantizar la prestación oportuna de los servicios de atención domiciliaria por parte de una auxiliar de enfermería, visitas médicas y terapias domiciliarias, según el dictamen y la periodicidad que para tal efecto emita el médico tratante, los cuales requieren con necesidad los señores Anatol Guarnizo y Laura Granados, conforme a lo señalado en los considerandos de este fallo.

Duodécimo.- PREVENIR a Nueva EPS para que, en lo sucesivo, realice la entrega oportuna y completa de los medicamentos prescritos por el médico tratante a los señores Anatol Guarnizo Gutiérrez y Laura Granados de Guarnizo.

Decimotercero.- REVOCAR la sentencia de 3 de marzo de 2015, por la cual el Juzgado 15 Penal Municipal de Control de Garantías de Barranquilla “negó la acción” de tutela promovida por Jackeline Ojeda Rojano, como agente oficiosa de Ana Rojano de Ojeda, contra Mutual Ser EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de la tutelante, dentro del expediente T-5.217.850.

Decimocuarto.- ORDENAR a Mutual Ser EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a entregar a la señora Ana Rojano de Ojeda los insumos de salud consistentes en pañales desechables para adulto, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis y suplemento alimenticio Casilan, a favor de la señora Ana Rojano de Ojeda, en la cantidad determinada por los profesionales de la salud que la vienen tratando, así como una silla de ruedas en óptimas condiciones de funcionamiento, de acuerdo con las motivaciones expresadas en este fallo.

Decimoquinto.- ORDENAR a Mutual Ser EPS que, dentro del mismo término concedido en el ordinal anterior, proceda a realizar todas las gestiones pertinentes para garantizar la prestación oportuna del servicio de terapias físicas domiciliarias en los precisos términos dispuestos por el médico tratante y, si aún no lo ha hecho, suministre la asistencia de enfermería domiciliaria por 8 horas diarias por 7 días para el entrenamiento correspondiente a su cuidador o cuidadora, los cuales requiere con necesidad la señora Ana Rojano de Ojeda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Decimosexto.- REVOCAR la sentencia de 22 de julio de 2015, por la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Santos con Funciones de Control de Garantías negó la tutela promovida por Miriam Serrano Cuevas, como agente oficiosa de Luis Francisco Serrano Figueredo, contra Cafesalud EPS, en calidad de sucesora procesal de Saludcoop EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del actor, dentro del expediente T-5.223.040.

Decimoséptimo.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a entregar al señor Luis Francisco Serrano Figueredo una silla de ruedas en óptimas condiciones de funcionamiento, una cama hospitalaria con colchón antiescaras, así como pañales desechables para adulto, paños húmedos y cremas antiescaras y antipañalitis, junto con el suplemento nutricional Ensure, en las cantidades que para el efecto determine el médico tratante.

Decimoctavo.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, dentro del mismo término concedido en el ordinal anterior, realice las gestiones pertinentes para proveer –en un máximo de cinco (5) días calendario– el servicio de enfermería domiciliaria de forma provisional al señor Luis Francisco Serrano Figueredo, en el número de horas diarias que para el efecto determine el médico tratante adscrito a la entidad, mientras se adopta una decisión en torno a quién debe asumir su custodia y cuidado personal. Una vez definido este aspecto, la promotora de salud deberá ofrecer el respectivo entrenamiento a la persona designada, para que atienda en debida forma las necesidades del tutelante, incluyendo lo relativo al manejo apropiado de la sonda nasogástrica.

Decimonoveno.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, dentro del mismo término concedido en el ordinal decimosexto, asigne una cita al señor Luis Francisco Serrano Figueredo con el profesional en fonoaudiología adscrito a la entidad –consulta que deberá ser agendada para dentro de un máximo de diez (10) días–, a fin de que según las puntuales necesidades del paciente se fije un programa de terapias fonoaudiológicas, de acuerdo con los argumentos señalados en la parte considerativa.

Vigésimo.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, en lo sucesivo, asuma el traslado del señor Luis Francisco Serrano Figueredo en un medio diferente a ambulancia, en los casos en que este requiera desplazarse hasta otro municipio para recibir los servicios médicos que no estén disponibles en la entidad territorial donde habita.

Vigesimoprimer.- PREVENIR a Cafesalud EPS para que, en lo sucesivo, provea de forma completa y oportuna los medicamentos que le formule el médico tratante al señor Luis Francisco Serrano Figueredo.

Vigesimosegundo.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, en lo sucesivo, exonere de los copagos y las cuotas moderadoras para acceder a los servicios de salud al señor Luis Francisco Serrano Figueredo.

Vigesimotercero.- ORDENAR al Personero Municipal de Los Santos –Santander– que, en desarrollo de las funciones que la Constitución y la ley le han conferido en materia de guarda y promoción de los derechos humanos, promueva las acciones que sean del caso y realice un acompañamiento activo y continuo al caso del señor Luis Francisco Serrano Figueredo y su cónyuge, hasta tanto se resuelva la controversia respecto de la(s) persona(s) que quedará(n) a cargo de los mismos; momento en el cual deberá informar por escrito dicha decisión a Cafesalud EPS, para que esta, a su vez, brinde la preparación necesaria al cuidador o cuidadora, y provea el apoyo y seguimiento correspondientes.

En todo caso, en el supuesto de que el mencionado representante del Ministerio Público constate que al momento de la notificación de esta sentencia ya se ha dirimido judicial o administrativamente el asunto de la custodia y cuidado personal del señor Luis Francisco Serrano Figueredo, deberá comunicar de inmediato el respectivo pronunciamiento a la EPS en mención, para que proceda de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior en lo atinente al entrenamiento al familiar o familiares a cargo.

Vigesimocuarto.- LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cfr. escrito de tutela fol. 4 cuad. ppal.

[2] Ídem

[3] Cfr. fols. 29 a 33 cuad. ppal.

[4] Cfr. escrito de tutela fol. 2 cuad. ppal.

[5] Cfr. escrito de subsanación a la solicitud de tutela fol. 29 cuad. ppal.

[6] Ibídem

[7] Cfr. escrito de tutela fols. 1 y 2 cuad. ppal.

[8] Cfr. fols. 44 a 54 cuad. ppal.

[9] Cfr. escrito de tutela fol. 3 cuad. ppal.

[10] Cfr. fols. 35 a 38 cuad. ppal.

[11] Cfr. escrito de tutela fol. 1 cuad. ppal.

[12] Ibídem y fol. 3 cuad. ppal.

[13] Cfr. fols. 52 a 63 cuad. ppal.

[14] “ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

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

[15] Sentencia T-056 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[16] Sentencia SU-055 de 2015, M.P.: María Victoria Calle Correa

[17] Sentencia T-388 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[18] Sentencias T-630 de 2005 y T-843-05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[19] Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

3. Cuando aquel contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de” (se destaca).

[20] Sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En relación con la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, en dicha sentencia se cita el siguiente aparte del fallo de revisión de tutela T-251 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz: “Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se

predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”.

[21] Sentencia T-015 de 2015, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[22] Artículo 49 C.P.

[23] Declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2015

[24] Artículo 2, Ley 1751 de 2015

[25] Sentencia T-131 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[26] Sentencia T- T-814 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

[27] Cons. Sentencia T-406 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

[28] Sentencia T-395 de 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos

[29] “ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (se destaca)

[30] Sentencia T-076 de 2015, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[31] Sentencia T-610 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[32] “ARTÍCULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

[33] Sentencia T-658 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa

[34] Cons. Artículo 2 Resolución 5521 de 2013.

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

[36] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[37] Sentencia T-610 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[38] Sentencia T-752 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa

[39] Sentencia T-395 de 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos

[40] Sentencia T-752 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa

[41] Sentencia T-728 de 2014, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

[42] Sentencia T-619 de 2014, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[43] Sentencia T-228 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[44] Sentencia T-622 de 2012, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

[45] “Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; (...)”

[46] Sentencia T-481 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[47] Sentencia T-619 de 2014, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[48] Cons. Sentencias T-105 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva y T-216 de 2014, M.P.: María Victoria Calle Correa

[49] Sentencia T-022 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[50] Cons. Sentencias T-619 de 2014 y T-131 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[51] Sentencia T-716 de 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[52] Sentencias T-154 de 2014, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, y T-568 de 2014, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

[53] Cfr. fol. 10 cuad. ppal. –Constancia de radicación del escrito de tutela–.

[54] Auto 100 de 2008.

[55] “ARTÍCULO 31.-Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.”

[56] Cons. Sentencia T-661 de 2014, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión subrayó:

“Para la Sala Octava de Revisión el derecho y trámite de impugnación se rige por normas imperativas que tienen un rango constitucional. De ahí que el procedimiento de alzada sea obligatorio para el juez, pues con ello garantiza el derecho al debido proceso y el principio de la doble instancia. En caso de que el funcionario jurisdiccional no surta la apelación quebrantarán normas superiores, al punto que el proceso acarreará con una nulidad insaneable, según advierte el párrafo del artículo 136 del Código General del Proceso. En concreto, el error procesal sucederá cuando: i) no se tramitó el recurso de alzada; ii) no se notificó el fallo de primera instancia; y iii) se negó o rechazó la impugnación.”

[57] “ARTÍCULO 133. Causales de nulidad.

El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Parágrafo.

Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.” (se destaca)

“ARTÍCULO 136. Saneamiento de la nulidad.

La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.
2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.

3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.

4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

Parágrafo.

Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermittir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables.”
(se destaca)

[58] Cons. Artículo 228 de la Constitución.

[59] “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados

con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

Parágrafo 3. Adicionado por el art. 8, Decreto Nacional 126 de 2010. La Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del sistema de Seguridad Social en Salud y podrá suspender la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere, mientras se surte el mismo en los términos establecidos en la ley.

En desarrollo de esta competencia podrá ordenar a la entidad competente que se realicen en forma inmediata los procedimientos, actividades e intervenciones de salud cuando su negativa por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios, pongan en riesgo o amenacen la vida del usuario. De igual manera, podrá definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de multiafiliación y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El funcionario en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del organismo técnico científico, según sea el caso.

Esta norma fue reformada por la 1438 de 2011 en los siguientes términos:

“Artículo 126. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará 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.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

[60] Sentencia T-206 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

[61] Cfr. escrito de tutela fol. 4 cuad. ppal.

[62] Cfr. fol. 9 cuad. ppal.

[63] Cfr. fols. 10 a 12 cuad. ppal.

[64] Cfr. fols. 38 a 53 cuad. ppal

[65] Cfr. fol. 2 informe de Saludvida EPS

[66] Cfr. escrito de subsanación a la solicitud de tutela fol. 29 cuad. ppal.

[67] Cfr. escrito de tutela fol. 2 cuad. ppal.

[68] Cfr. escrito de subsanación a la solicitud de tutela fol. 29 cuad. ppal.

[69] Cfr. fol. 22 cuad. ppal.

[70] Cfr. fols. 11 a 15 cuad. ppal.

[71] Cfr. fol. 31 cuad. ppal.

[72] Cfr. fol. 33 cuad. ppal.

[73] Cfr. fols. 34 y 35 cuad. ppal.

[74] Sentencia T-762 de 2008, M.P.: Jaime Araujo Rentería

[75] Cfr. escrito de tutela fols. 1 y 2 cuad. ppal.

[76] Cfr. fol. 27 cuad. ppal.

[77] Cfr. fol. 28 cuad. ppal.

[78] Cfr. fols. 24 y 25 cuad. ppal.

[79] Cfr. fol. 23 cuad. ppal.

[80] Cfr. fols. 16 a 18 cuad. ppal.

[81] Cfr. fol. 17 cuad. ppal.

[82] Cfr. fols. 15 y 21 cuad. ppal.

[83] Cfr. fols. 14 y 20 cuad. ppal.

[84] Cfr. fols. 13 y 19 cuad. ppal.

[85] Cfr. fol. 29 cuad. ppal.

[86] Cfr. fol. 2 cuad. ppal.

[87] Cons. Artículo 44 Constitución Política de Colombia de 1991.

[88] Cfr. escrito de tutela fol. 3 cuad. ppal.

[89] Cfr. fol. 20 cuad. ppal.

[90] Cfr. fols. 18 cuad. ppal.

[91] Cfr. fol. 17 cuad. ppal.

[92] Cfr. fol 12 cuad. ppal.

[94] Cfr. fols. 24 a 34 cuad. ppal

[95] Cfr. fol. 3 cuad. ppal.

[96] Cfr. fol. 1 cuad. ppal.

[97] “Artículo 68. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.”

[98] Cfr. fols. 36 y 37, y 49 a 51 cuad. ppal.

[99] La diligencia tuvo lugar el 2 de julio de 2015

[100] Cfr. fols. 17 a 19 cuad. ppal.

[101] Cfr. Artículo 29, Parágrafo.

[102] Sentencia T-762 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva