

Sentencia T-519/14

La agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla. La Corte Constitucional ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

Atendiendo las normas internacionales y constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha otorgado a los adultos mayores una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad. Le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

La Corte Constitucional ha ordenado el suministro de medicamentos, elementos o procedimientos por fuera del POS, cuando su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales.

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DE REQUERIR CON NECESIDAD-Subreglas

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

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

En lo relacionado con el suministro de pañales y elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Libertad de escogencia del afiliado

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR

Las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites a la libre escogencia de entidades que prestan el servicio/PRINCIPIO DE LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO-Límites

El alcance del derecho del usuario de escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud está limitado, en principio, a la escogencia de la IPS dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud

El principio de libertad de escogencia es una característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, que constituye, no solamente una garantía para los usuarios sino que también es un derecho, y que como tal, debe ser garantizado por el Estado. De tal modo que “la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno”.

ACCION DE TUTELA PARA TRASLADO DE PACIENTES Y ACOMPAÑANTES-Requisitos para que proceda

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, A LA SALUD Y A LA IGUALDAD-Orden a EPS autorizar suministro de medicamentos NO POS y asumir gastos de transporte y hospedaje para la paciente y un acompañante

DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS autorizar y suministrar pañales desechables

Referencia: expedientes T-4.274.003; T-4.300.646 y T-4.301.368.

Acciones de tutela presentadas en forma separada por los señores Margery Martínez Franco como agente oficioso de su madre Gabriela Franco Valencia contra 0000Servicio Occidental de Salud EPS SOS; Clara Isabel Serrano Quintero como agente oficioso de su madre Martha

Cecilia Quintero de Serrano contra la Nueva EPS; y, María Teresa Rey Pardo como agente oficioso de su esposo José Ángel Lozano Amaya contra la Nueva EPS.

Derechos fundamentales invocados: Salud, vida, igualdad y dignidad humana.

Temas: Procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la autorización de servicios médicos y elementos, cuando de ellos depende la calidad de vida de las personas adulta mayores.

Problema jurídico: ¿Se vulneran los derechos fundamentales de los accionantes por parte de las EPS accionadas al negarles la autorización de servicios médicos, elementos de higiene y transportes, que sus médicos tratantes les ordenaron en razón a las enfermedades que padecen?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos (i) por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, el 23 de diciembre de 2013 (Expediente T- 4.274.003); (ii) por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bucaramanga, el 28 de noviembre de 2013 (Expediente T-4.300.646); y, (iii) por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, el 3 de febrero de 2014 (Expediente T-4.301.368).

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección Número Cuatro, mediante

Auto del 9 de abril de 2014, escogió y acumuló los expedientes T-4.300.646 y T-4.301.368. A su vez, la Sala Séptima de Revisión procedió mediante Auto del 12 de junio de 2014, acumular el expediente T-4.274.003 a los expedientes anteriormente acumulados, a fin de que fueran resueltos en una sola sentencia, en razón a la unidad de materia existente en ellos, de conformidad con el artículo 157 de C.P.C. y el artículo 5º del Decreto 2067 de 1991.

1. ANTECEDENTES

1.1 EXPEDIENTE T- 4.274.003

La señora Margery Martínez Franco, actuando como agente oficioso de su madre Gabriela Franco Valencia, presentó acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud EPS SOS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el procedimiento ordenado por su médico tratante en una clínica del dolor en la ciudad de Pereira, con el fin de no tener que desplazarse a otro lugar fuera del área de su residencia.

1.1.1 Hechos y fundamentos

1.1.1.1 La accionante manifiesta que su madre tiene 71 años de edad y se encuentra afiliada a Servicio Occidental de Salud EPS SOS, como beneficiaria. Dice que vive con su esposo y una hija que los cuida, y carecen de pensión por lo que sus recursos económicos son muy bajos para su sustento.

1.1.1.2 Asegura que su progenitora padece de “lumbalgia mecánica” y “osteoporosis postmenopáusica sin fractura patológica” que le hace padecer fuertes dolores en la columna que se le extiende a las piernas al punto de producirle náuseas. Afirma que el dolor es frecuente con períodos de descanso tan solo por horas.

1.1.1.3 Debido a lo anterior, sostiene que Servicio Occidental de Salud EPS SOS la remitió a la Clínica del Dolor (Comfandi Tequendama) en la ciudad de Cali, con quien la demandada tiene convenio. Por tal razón, debe ser trasladada todas las veces que el tratamiento así lo exija, lo que les genera un costo demasiado excesivo que no pueden

asumir, dado que ellos residen en Pereira, Risaralda.

1.1.1.4 Insiste que como quiera que no pueden trasladarse a Cali, han realizado todos los esfuerzos para cancelar en forma particular las consultas y tratamientos en la Clínica del Dolor del Eje Cafetero de Pereira, en la que cada consulta tiene un costo de \$130.000.00 y los tratamientos que le mandan son de alto costo, para lo cual, no cuentan con los recursos suficientes para ello.

1.1.1.5 Por último, informa que ha tenido conocimiento que la Clínica del Dolor en Pereira atiende pacientes de Servicio Occidental de Salud EPS SOS, menos delicados que su madre, y al solicitar el servicio, manifiestan que no tienen convenio con esa entidad.

1.1.2 Solicitud

La tutelante solicita se amparen los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana de su progenitora, y se ordene a la accionada: (i) la autorización del servicio en la Clínica del Dolor en la ciudad de Pereira, donde le realicen todos los procedimientos que requiera y el costo sea asumido por Servicio Occidental de Salud EPS SOS; (ii) la prestación del servicio de salud integral que sea necesario para su subsistencia en condiciones dignas, con lo cual, tendría la posibilidad de acceder a un tratamiento que contribuya a mejorar su calidad de vida, sin que sea sometida a traslados a otras ciudades que le causarían malestar y riesgo para su vida, y, (iii) en caso de no poder autorizar el tratamiento y consultas en la ciudad donde residen, se le reconozcan los servicios de traslados y viáticos para ella y un acompañante a la ciudad de Cali, las veces que se requiera y hasta el momento en que recobre su salud.

1.1.3 Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, admitió la acción de amparo el 10 de diciembre de 2013, y requirió a Servicio Occidental de Salud EPS SOS, para que se pronunciara sobre el caso, ejerciera su derecho de defensa y emitiera un concepto sobre los hechos narrados en la tutela.

1.1.3.1 El Servicio Occidental de Salud EPS SOS, a través de la Directora de la Sede Pereira, mediante escrito del 16 de diciembre de 2013, solicitó la exoneración de

responsabilidad de los hechos, para lo cual informó lo siguiente:

1.1.3.1.1 La señora Gabriela Franco Valencia se encuentra afiliada al Plan Obligatorio de Salud POS en calidad de beneficiaria, paciente de 71 años de edad que es atendida por “dolor crónico que se encuentra en control por la clínica del dolor que está en manejo en la ciudad de Cali”.

1.1.3.1.2 Que Servicio Occidental de Salud EPS SOS no puede cubrir los gastos de transporte y alojamiento en pacientes ambulatorios por cuanto no se encuentran contemplados en el POS para este paciente específico según el Acuerdo 029 de diciembre 28 de 2011.

1.1.3.1.3 La paciente está siendo tratada en una IPS con la cual “NO SE TIENE CONVENIO POR LO QUE NO SE PUEDE AUTORIZAR SERVICIOS SOLICITADOS EN FORMA PARTICULAR, como es la Gamagrafía Ósea Corporal así como el estudio de los medicamentos NO POS solicitados.”

1.1.3.1.4 La beneficiaria ha recibido por parte de Servicio Occidental de Salud EPS SOS toda la atención en salud por medicina general y especializada, realización de paraclínicos de controles y formulación de medicamentos para el manejo y cuidado de su estado de salud, por tanto no se le han vulnerado sus derechos fundamentales en salud.

1.1.3.1.5 Reitera que no puede autorizar los servicios con una IPS y médico que no pertenezcan a la red de servicios adscritas a Servicio Occidental de Salud EPS SOS. De esta manera, señala que para el tratamiento y manejo del dolor crónico, no se tiene convenio en la ciudad de Pereira “por lo que se debe direccionar el manejo a la Clínica Comfandi Tequendama en la ciudad de Cali, donde se hace el manejo de esta patología de manera multidisciplinaria que requiere control constante del mismo.”

1.1.3.1.6 Por último, indica que no existe negación del servicio, y por el contrario, la paciente tenía asignada una cita en la Clínica Comfandi Tequendama en la ciudad de Cali, para el día 19 de diciembre de 2013.

1.1.4 Decisión judicial

1.1.4.1 Mediante fallo único de instancia del 23 de diciembre de 2013, el Juzgado Primero

Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, negó el amparo solicitado, al considerar que “el derecho del usuario de escoger la IPS se limita entonces a la oferta que tenga la respectiva EPS; esto es, a los convenios y contratos celebrados con las diferentes IPS que le puedan prestar el servicio de salud ordenado.” Y que como quiera que Servicio Occidental de Salud EPS SOS no cuenta con convenio alguno con la Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, no es posible la prestación de los servicios médicos en dicha IPS. Por lo tanto, la señora Gabriela Franco Valencia debe asistir a la Clínica Comfandi para sus controles y procedimientos ordenados por el médico tratante.

Por último, señaló que no se pronunciaría respecto a la solicitud de traslado y viáticos solicitados por la accionante.

1.1.5 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.1.5.1 Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Margery Martínez Franco (folio 4).

1.1.5.2 Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Gabriela Franco Valencia (folio 5).

1.1.5.3 Copia de la solicitud externa de prestación de servicios para que sea autorizado por la EPS SOS donde consta que “su prestación se realizará en IPS diferente a Comfamiliar Risaralda.” (folio 6).

1.1.5.4 Copia del pago realizado por consulta particular en la Clínica del Dolor del Eje Cafetero, el día 4 de diciembre de 2013, por valor de \$130.000.00 (folio 7).

1.1.5.5 Copia de la historia clínica de la señora Gabriela Franco Valencia, donde consta que padece de dolores fuertes debido a una lumbalgia mecánica y osteoporosis posmenopáusica sin fractura patológica. (folio 8).

1.1.5.6 Copia del resultado de patología realizado por el Centro de Diagnóstico en

Patología de Pereira (folio 8).

1.1.5.7 Copia de la orden clínica del examen de Gamagrafía Ósea Corporal y los medicamentos NO POS de calcitonina 20 Unidades por dos meses y un inhalador x 6 meses (folios 9, 10 y 11).

1.1.5.8 Copia del formato de justificación para el uso de servicios y/o medicamentos NO POS ante el Comité Técnico Científico de la EPS SOS (folio 12).

1.1.5.9 Copia del examen de Ecocardiograma Transtorácico realizado a la señora Gabriela Franco Valencia, en día 19 de noviembre de 2013, en la Clínica Avellana Dosquebradas, Risaralda (folio 14).

1.1.5.10 Copia del examen de Radiología realizado a la señora Gabriela Franco Valencia, en día 18 de julio de 2013, en la Clínica Comfamiliar de Pereira (folios 15 y 16).

1.2 EXPEDIENTE T-4.300.646

La señora Clara Isabel Serrano Quintero, como agente oficioso de su madre Martha Cecilia Quintero de Serrano, presentó solicitud de amparo constitucional contra la Nueva EPS invocando la protección de su derecho fundamental de petición, el cual considera vulnerado por la entidad demandada, al no ofrecer una respuesta concreta y de fondo sobre la solicitud del suministro de pañales desechables que requiere su progenitora.

1.2.1 Hechos y fundamentos

1.2.1.1 La accionante refiere que su progenitora, la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, se encuentra afiliada a la Nueva EPS como cotizante pensionada.

1.2.1.2 Indica que la agenciada padece de esclerosis “múltiple secundaria progresiva avanzada”, catalogada en el rango de enfermedades catastróficas, de larga evolución y de curso progresivo, con severo deterioro neurológico que ha conllevado a que no pueda controlar los esfínteres.

1.2.1.3 Por tal razón, su médico neurólogo tratante le ordenó, entre otras cosas, “... pañales (05 por día), por pérdida total de control de esfínteres.”

1.2.1.4 Sostiene que el 26 de febrero de 2013, radicó en la Nueva EPS un derecho de petición en el sentido de que se le informara el trámite y sitio donde debía reclamar los pañales desechables ordenados por el médico tratante, y a la fecha de la presentación de la acción de tutela habían transcurrido más de 9 meses sin que la solicitud haya sido respondida por la accionada.

1.2.1.5 Concluye, que la negativa de la Nueva EPS amenaza los derechos fundamentales de petición y vida digna de su madre.

1.2.2 Solicitud

Solicita que se le amparen los derechos fundamentales de petición y a la vida digna de su madre, y, en consecuencia, se le ordene a la Nueva EPS informar el trámite y sitio donde debe reclamar los pañales desechables ordenados por el médico neurólogo tratante, y se le haga entrega efectiva de los mismos teniendo en cuenta que por la patología que padece tiene pérdida total de control de esfínteres.

1.2.3 Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante providencia del 14 de noviembre de 2013, admitió la tutela y requirió a la Nueva EPS para que respondieran por los hechos de la demanda.

1.2.3.1 Mediante escrito del 20 de noviembre de 2013, la Gerente Regional Nororiente de la Nueva EPS manifestó que, según el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, los pañales desechables se consideran productos de aseo y limpieza de uso doméstico, y que de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011, están expresamente excluidos del POS.

Indicó además, que “no constituyen un servicio de salud y no hacen parte del tratamiento establecido en guías médicas de atención reconocidas por las sociedades médicas, es decir el uso de pañales desechables es netamente PARA ASEO PERSONAL, no incide ni mejora ni trata la enfermedad.”

Por otra parte, alegó que la accionante no dice nada sobre su incapacidad económica que le impida asumir el gasto del citado elemento de aseo, y si bien hasta la fecha los han podido costear, no se comprende el por qué no puede continuar sufragando su costo. Más cuando

la paciente es pensionada de Colpensiones con un IBC de \$589.500.00

Por último, sostuvo que “es deber de los familiares proveerle los medios para la consecución de los pañales desechables”, según lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, solicitó que se niegue por improcedente la acción de tutela impetrada contra la Nueva EPS y se le exonere de toda responsabilidad respecto a las pretensiones de la accionante.

1.2.4 Decisiones judiciales

1.2.4.1 Mediante fallo único de instancia del 28 de noviembre de 2013, el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bucaramanga amparó los derechos fundamentales de la señora Clara Isabel Serrano Quintero como agente oficioso de su madre Martha Cecilia Quintero de Serrano, y ordenó a la nueva EPS que en el término de 24 horas contadas a partir de la notificación, resuelva de fondo la petición presentada por la accionante, y remita copia de la respuesta a ese juzgado.

En el expediente hay constancia de que notificado el fallo y dentro del término correspondiente no se presentó impugnación, ni se allegó copia de la respuesta de la Nueva EPS al derecho de petición presentado por la señora Clara Isabel Serrano Quintero.

1.2.5 Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3 EXPEDIENTE T-4.301.368

La señora María Teresa Rey Pardo, como agente oficioso de su esposo José Ángel Lozano Amaya, presentó solicitud de amparo constitucional contra la Nueva EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro de enfermería las 24 horas, y de los elementos de pañales desechables, paños húmedos y cremas antiescaras que requiere con urgencia atendiendo su actual estado de salud.

1.3.1 Hechos y Fundamentos

1.3.1.1 Manifiesta que su esposo es una persona de 73 años de edad, y se encuentra afiliado al sistema de seguridad social como cotizante en la Nueva EPS.

1.3.1.2 Indica que desde hace varios años padece de diabetes mellitus, demencia senil, alzhéimer y esquizofrenia crónica.

1.3.1.3 Afirma que presenta inmovilidad en su cuerpo por lo cual no puede valerse por sí mismo, con el inconveniente que no puede realizar sus necesidades básicas de manera normal. Además, tiene una sonda No. 18 conectada a su vejiga que debe cambiarse cada 20 días, sumado al hecho que presenta quemaduras y peladuras en su piel, debido a que no controla sus esfínteres.

1.3.1.4 Dice que a pesar de vivir con su esposa, ella tiene 69 años de edad y no tiene la fuerza física que se requiere para socorrerlo ni para prestarle la atención permanente que requiere, así como tampoco tiene condiciones económicas para sufragar los servicios de enfermería ni la compra de pañales desechables, pañitos húmedos y cremas para la piel, que necesita para vivir en condiciones dignas.

1.3.1.5 Por esa razón, solicitó a la Nueva EPS el servicio de una enfermera diurna, pañales desechables, pañitos húmedos y cremas antiescaras, los cuales fueron negados por la accionada alegando que no existía una orden médica que lo prescribiera, y por cuanto dicho suministro no se encuentra incluido en el POS.

1.3.1.6 Nuevamente, en el mes de octubre de 2013, durante las citas con el médico internista y con el urólogo, solicitó a éstos que le prescribieran a su esposo el servicio de enfermería y los elementos antes citados, para lo cual se requería diligenciar un formulario llamado “Solicitud Individual de Medicamentos, Procedimientos y otros servicios fuera del P.O.S.”, quienes se negaron a lo solicitado, aduciendo que la única forma de obtenerlos era a través de una tutela.

1.3.2 Solicitud

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su esposo y se le ordene a la Nueva EPS autorizar los servicios de

enfermería diurna, las sondas No. 18 y los elementos de pañales desechables, paños húmedos y cremas antiescaras que requiere para tener una vejez digna, así mismo una atención integral ya que, debido a su estado de salud y de la precaria situación económica, no puede asumir dichos gastos.

1.3.3 Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, admitió la tutela el 27 de enero de 2014, y requirió a la Nueva EPS para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la accionante.

1.3.3.1 Mediante escrito del 3 de febrero de 2014, el Gerente Zonal de la Nueva EPS del Tolima solicitó denegar por improcedente la acción de tutela, por lo siguiente:

1.3.3.1.1. Refirió que el señor José Ángel Lozano Amaya, de 73 años de edad, con diagnóstico de esquizofrenia paranoide, se encuentra afiliado al Régimen Contributivo a esa EPS en calidad de cotizante pensionado clasificado en la categoría B con último IBC registrado de \$1.310.000.oo.

1.3.3.1.2. Advirtió que no existe orden médica que prescriba o justifique el servicio de enfermería solicitado o se especifique un plan de manejo teniendo en cuenta que la labor de una enfermera consiste en ayudar al paciente a conservar o recuperar la salud del paciente. Agregó, que en el caso puntual, lo que requiere la accionante es un cuidador que le asista en sus actividades cotidianas como comer, bañarse, vestirse y demás, por lo que debe ingresar a un programa denominado atención de pacientes en su domicilio, que es prestado por las EPS a través de las IPS Domiciliarias quienes tienen la experiencia y conocimiento de lo que es un Plan Domiciliario.

1.3.3.1.3. En cuanto a la solicitud de elementos de aseo, cremas y cambios de sonda, indicó que no es posible su suministro, por cuanto en primer lugar, no existe orden médica que respalde la solicitud, y en segundo lugar, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, estos elementos hacen parte de insumos de aseo personal y cuidados del paciente y por tal razón “se encuentran excluidos del POS dado que no afectan el estado de salud del usuario ni la ausencia de éstos pone en riesgo la vida del mismo”.

1.3.4 Decisiones judiciales

1.3.4.1 Mediante fallo del 3 de febrero de 2014, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor José Ángel Lozano Amaya, y ordenó a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral que requiere el paciente de acuerdo con la diabetes mellitus, la demencia senil, alzhéimer y esquizofrenia crónica que padece, siempre y cuando sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la entidad accionada.

De igual forma, ordenó la autorización de los pañales desechables, crema antiescaras, pañitos húmedos y la enfermera diurna, siempre y cuando sean ordenados por el médico tratante adscrito a la Nueva EPS, dado que es quien tiene el conocimiento del paciente y puede determinar las necesidades de insumos y servicios que requiere.

El Juzgado fundamentó su decisión en el hecho de que el paciente es una persona de la tercera edad quien goza de especial protección constitucional y se encuentra en delicado estado de salud.

1.3.5. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3.5.1. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del señor José Ángel Lozano Amaya donde consta que nació el 24 de diciembre de 1940 (folio 20).

1.3.5.2. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la señora María Teresa Rey Pardo donde consta que nació el 26 de marzo de 1944 (folio 20).

1.3.5.3. Copia de la historia clínica del señor José Ángel Lozano Amaya expedida por la Clínica Tolima, donde consta que el paciente padece de esquizofrenia, alzhéimer y diabetes. Igualmente indica: “se evidencia sonda vesical con orina oscura y fétida. Sonda en pésimas condiciones de higiene” (folios 3 al 15).

1.3.5.4. Copia de la formula médica expedida por la Nueva EPS al señor José Ángel Lozano Amaya (Folio 16).

1.3.5.5. Copia de consultas médicas de la Nueva EPS al señor José Ángel Lozano Amaya (folios 17, 18 y 19).

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los presentes fallos de tutela.

Visto lo anterior, la Sala procederá al análisis de los hechos planteados, en los cuales le corresponde establecer si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por los actores, debido a la negativa en la autorización de recibir el tratamiento para el dolor en una clínica en la ciudad de su residencia; elementos de higiene, cremas antiescaras, enfermería diurna y pañales desechables.

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que los problemas jurídicos de los casos aquí planteados tienen que ver con la afectación del derecho a la salud y a la vida digna, concretamente por la negación de las EPS en el suministro de insumos, servicios, elementos y medicamentos requeridos por los afiliados, que de alguna forma afectan la posibilidad de que éstos sean gozados efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará los precedentes constitucionales agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud, en especial de las personas de la tercera edad; tercero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de insumos, servicios, elementos o medicamentos no contemplados en el POS, cuarto, la libertad de escogencia como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud; quinto, el suministro del servicio de transporte para el afiliado y un acompañante; por último, se analizarán los casos concretos.

Previo al análisis de fondo se estudiará el tema relacionado con la agencia oficiosa.

2.2.1 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA INTERPONER ACCIONES DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política contempla que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio nacional o se encuentre fuera de él, pueda interponer acción de tutela directamente o por quien actúe en su nombre, mediante un procedimiento preferente, informal y sumario, cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

En ese sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser promovida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, “quien actuará por sí misma o a través de representante”.

Igualmente, esta disposición contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

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

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

En ese sentido se pronunció la Corte en sentencia T-294 de 2004[1] en la cual reiteró los elementos para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, así:

“La Corte ha señalado que dos de los elementos de la agencia oficiosa en materia de tutela son: (i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio.”

Sobre el particular, esta Corporación, a través de la sentencia T-552 de 2006[2], consideró que:

“la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades[3], a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela. Esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”[4]

De lo anterior se concluye, que la agencia oficiosa es permitida constitucionalmente cuando se manifieste expresamente esa condición y se demuestre que el afectado se encuentra imposibilitado para interponerla.

La Corte Constitucional[5] ha reiterado que la agencia oficiosa debe ser probada como tal y demostrar que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[6]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[7]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[8].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)".

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[9].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[10], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[11]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental - tesis de la conexidad -, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[12] y T-395 de 1998[13]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose privada de su libertad, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

"Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca

desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal 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 o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998[14], la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de

existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la sentencia T- 1081 de 2001[15], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia T-016 de 2007[16], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [17]

Por último, en la sentencia T-760 de 2008[18], esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una

vida digna.”

A partir de este contexto, la Corte Constitucional ha reiterado que estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.”[19]

2.4 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A LA POBLACIÓN ADULTA MAYOR

Tal como se expuso en precedencia, los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, consagran que:

“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 circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Norma Magna establece que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Atendiendo las normas internacionales[20] y constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha otorgado a los adultos mayores una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

De esa forma, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[21]. Al respecto en sentencia T-540 de 2002[22], manifestó:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales

condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran".(Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, la sentencia T-760 de 2008[23], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

Por lo tanto, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

De conformidad con ello se concluye, que tratándose del derecho a la salud de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana[24]. Por esta razón, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad.

Este deber de protección es de responsabilidad también de los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[25]. En este orden, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[26]. En ese sentido, la

Sentencia T-760 de 2008[27], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

2.5 LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA ORDENAR EL SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS, ELEMENTOS O MEDICAMENTOS NO POS

2.5.1 La Ley 100 de 1993[28], contempla dos regímenes a saber: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema de seguridad social; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 de la C.R.E.S.[29]

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[30], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[31]

2.5.2 Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible “toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.”[32]

De esa forma, la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos médicos, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de medicamentos, elementos o procedimientos por fuera del POS, cuando su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales. Es el ejemplo de la sentencia SU-480 de 1997[33], que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. La Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”[34].

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como, personas de la tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la sentencia T-1081 de 2001[35], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En esta oportunidad sostuvo que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su

particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la sentencia T-069 de 2005[36] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, siendo ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos prescritos. Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[37].

Posteriormente, en la sentencia T-1331 de 2005,[38] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

2.5.2.1 Ahora bien, la Corte en la citada sentencia se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en

la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no desvirtuara lo afirmado, el Alto Tribunal Constitucional lo dio por acreditado, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[39]”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la sentencia T-760 de 2008[40], no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la

situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente, la Corte[41] aclaró que “requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, ‘requerir con necesidad’”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[42] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[43]”

El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[44], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[45]

2.5.2.2 De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[46]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[47]

Así, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[48]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas, se puede concluir que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

2.5.2.3 Por otra parte, y concretamente en lo relacionado con el suministro de pañales y elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.

De manera que, es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo[49].

Ejemplo de ello, en la sentencia T-595 de 1999 la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen sobre la salud de la paciente, y concluyó que la negativa de la entidad, al no poner en peligro la salud o la vida de la señora Aldana, no violaba sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, había que denegar la tutela.

Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la

entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

De igual forma, en la sentencia T-540 de 2002[50], esta Corporación reiteró que el Estado deberá garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad, cuando se trate de personas adultos mayores que gozan de especial protección constitucional. En ella se indicó:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.

“En el caso sub examine, encuentra la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, por las siguientes razones:

1. Se encuentra demostrado que la persona a favor de quien se interpone la acción, pertenece a la tercera edad (84 años) y padece de parálisis general como consecuencia de un accidente cerebro vascular. De esta manera, en la historia clínica adjunta al expediente de tutela, se indica que: el paciente refiere antecedentes de ACV en 2 ocasiones, y refiere incontinencia urinaria, no controla esfínteres, y gran limitación funcional para realizar actividades físicas además porque presenta insomnio y decaimiento. (SIC)

En atención a lo anterior, se infiere que el señor José de Jesús Posada requiere de la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades. Por ello, para esta Sala resulta claro que la negativa de la Nueva E.P.S. de suministrar tales elementos, vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna.

2. Si bien, en estricto sentido es indudable que en este caso no se trata de la negación de un medicamento que esté fuera del P.O.S. si se refiere, tal como se dijo en los precedentes

de este fallo, de la negativa del suministro de unos elementos (pañales y guantes desechables) que tienen incidencia en la salud y la vida digna del progenitor de la peticionaria.

3. Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

Del mismo modo, esta Corporación en anteriores pronunciamientos y con base en el principio de atención integral ha ordenado el suministro de esta prestación sin que exista una orden médica que los prescriba. Así, por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010[52] se dijo:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica[53] y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”

Bajo los supuestos jurisprudenciales señalados, este Tribunal ha contemplado que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado[54].

Por último, frente a los sujetos de especial protección, la Corte reiteró su jurisprudencia en la Sentencia T-1024 de 2010[55], en la que la accionante solicitaba que la EPS cubriera los implementos, como silla de ruedas, pañales desechables, sondas de Netalón mensuales, guantes estériles, entre otros, para su madre de 82 años que presentaba paraplejía y por su avanzada edad no controlaba esfínteres. La Corte en esta ocasión confirmó que el

derecho a la salud es fundamental para todo ciudadano no sólo para determinados grupos[56]: “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.”

En la misma sentencia señaló, que una entidad de salud violaba el derecho si se negaba a autorizar un servicio que no estuviera incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio de requería con necesidad, como ocurría en el caso concreto, en el que se logró acreditar la falta de capacidad económica para acceder a todos los implementos médicos necesarios que garantizaran una vida digna a la madre de la accionante[57].

2.5.2.4 Respecto al servicio de enfermería, esta Corporación en sentencia T- 549 de 2013[58] se pronunció al estudiar la solicitud de enfermera domiciliaria para atender un paciente cuyo cuidador era una persona adulta mayor. En esa oportunidad señaló:

“De la misma forma, la entidad accionada deberá proveer la asistencia de una enfermera domiciliaria. La anterior decisión obedece, no sólo al delicado estado de salud actual de la accionante y su avanzada edad, sino también, al hecho de que en reiteradas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en el sentido de que el servicio de enfermera domiciliaria puede autorizarse, cuando la persona que realiza la función de cuidado, padece condiciones de vulnerabilidad que limitan el adecuado ejercicio de la misma. Esas condiciones pueden estar determinadas por la edad del cuidador, o como sucede en el caso concreto, por su estado de salud. La señora Teresa de Jesús sostuvo que sufre de fuertes dolores de espalda como consecuencia del tiempo en que ha tenido que movilizar a su madre. Esta labor la realiza sin asistencia de tercero alguno, pero las secuelas en su salud después del paso de los años ya son evidentes. Por lo tanto, es pertinente en el caso concreto ordenar la asistencia de una enfermera, teniendo en cuenta que por no contar con ayuda para el cuidado de su madre, su salud ha ido deteriorándose. Sin embargo, dos especialistas en el tratamiento de la enfermedad que aqueja a la accionante, deberán determinar la cantidad y periodicidad con respecto al suministro de pañales y el tiempo de permanencia diaria de la enfermera domiciliaria en la residencia de la actora”.

Ahora bien, teniendo en cuenta las citadas circunstancias, es preciso concluir que la Corte permite un margen de apreciación mucho más amplio, en orden a proteger efectivamente el derecho a la salud de aquellas personas que requieren con necesidad el suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas aun cuando no aparezcan incluidos dentro del POS. Por tanto, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrarlos, siempre y cuando éstos sean vitales para garantizar una vida digna de las personas.

2.6 LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Igualmente, en el artículo 156[61] de la citada ley, se hace referencia a las características básicas del Sistema, y su artículo 159[62] versa sobre las garantías de los afiliados sobre la libertad de escogencia de EPS.

Por su parte, el Decreto 1485 de 1994, en el artículo 14 numeral 5, consagra:

“La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.

La Entidad Promotora de Salud podrá establecer condiciones de acceso del afiliado a los prestadores de servicios, para que ciertos eventos sean atendidos de acuerdo con el grado de complejidad de las instituciones y el grado de especialización de los profesionales y se garantice el manejo eficiente de los recursos.”

Por su parte, la Resolución 5261 de 1994[63], en su artículo 1° establece la responsabilidad que tienen las Entidades Promotoras de Salud de prestar los servicios de salud en aquellas IPS con las que establezcan convenios y sólo en casos específicos definidos por la misma Resolución y la Ley 1122 de 2007, se podrá acudir a otra IPS. Por ejemplo, en los siguientes eventos: i) que se necesite una atención de urgencias, ii) que haya una autorización expresa de la EPS y, iii) cuando se encuentre demostrada la

incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS.

Las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS a la que son remitidos por sus respectivas EPS.[64]

Por lo tanto, la Corte ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos[65].

Este principio de libertad de escogencia ha sido ampliamente desarrollado por esta Corporación. Sobre el tema, la sentencia T-770 de 2011[66] ha resaltado que: “Aunque la libertad de escogencia tiene un origen legal, esta Corporación ha amparado el derecho de los usuarios a la libre escogencia de EPS o IPS, como una manifestación de varios derechos fundamentales, tales como: la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social[67]”.

Sin embargo, la jurisprudencia de éste Tribunal[68] también ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho fundamental absoluto, en la medida en que está circunscrito a la existencia de contrato o convenio vigente entre la EPS accionada y la IPS requerida, esta libertad puede ser limitada “en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS”[69].

De lo anterior se puede concluir, que el alcance del derecho del usuario de escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud está limitado, en principio, a la escogencia de la IPS dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias[70], cuando la EPS expresamente lo autorice[71] o cuando la EPS esté

en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados[72] y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios[73].

De lo anterior se puede concluir, que el principio de libertad de escogencia es una característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, que constituye, no solamente una garantía para los usuarios sino que también es un derecho, y que como tal, debe ser garantizado por el Estado[74]. De tal modo que “la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno”.[75]

2.7 SERVICIO DE TRANSPORTE PARA EL AFILIADO Y UN ACOMPAÑANTE

La Corte Constitucional[76], ha reiterado que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento, debe el juez constitucional analizar si se acredita que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.[77]

Por otra parte, tenemos que la jurisprudencia constitucional determina la viabilidad del servicio de transporte por fuera del lugar de la residencia del solicitante, y excepcionalmente, dentro del ámbito residencial, cuando se ha probado que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Esto ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional e inclusive de un acompañante en algunos casos. Ha sostenido:

“... que la dimensión de los gastos de traslado llega a desbordar la capacidad económica del paciente y de su familia, en cuyo caso se advierte la existencia de una barrera informal al

acceso del servicio de salud que debe ser eliminada, según lo ordena el criterio de accesibilidad, pues en estos casos el disfrute material del derecho a la salud del individuo resulta entorpecido por un elemento –capacidad económica- que en ningún caso puede restringir su plena satisfacción.

(...)

Ahora bien, como fue señalado en sentencia T-295 de 2003, en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse.”[78]

En efecto, en sentencia T-760 de 2008[79], la Corte ha reiterado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud[80], y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo. Por ello, ha considerado que:

“toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan... 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”.

En estos eventos, ha dicho la Corte Constitucional[81] “... que los gastos de transporte adquieren el carácter de fundamental y deben ser amparados por este mecanismo constitucional.”

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán los casos concretos para solucionar el problema jurídico planteado.

2.8 SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS.

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones donde se alega la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la

igualdad y a la dignidad humana, ya sea por negación en la autorización o por las demoras injustificadas que obstaculizan el acceso a los servicios requeridos. Por estos hechos, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos.

Para resolver los casos bajo estudio, la Sala analizará, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales de los agenciados y segundo examinará la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes.

2.8.1 EXAMEN DE PROCEDENCIA

Respecto a la procedencia de la acción constitucional, observa la Sala que se trata de personas adultas mayores, quienes ante su delicado estado de salud, sus agentes manifiestan que no cuentan con ingresos suficientes para asumir los gastos que ellos generan a causa de sus padecimientos y vulnerabilidad, poniendo en riesgo la integridad física, la salud y la posibilidad de recuperación de sus agenciados.

Estos aspectos, indican claramente que se trata de personas de especial protección constitucional, que además de encontrarse en estado de debilidad manifiesta[82], pertenecen a un grupo social vulnerable, frente al cual el constituyente adoptó la decisión de brindar un cuidado especial[83], que puede ser exigido a través de la acción constitucional.[84]

2.8.1.1 Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En efecto, tal como se precisó en la parte motiva de esta providencia, la Corte[85] ha reiterado que un tercero podrá actuar como agente oficioso sin que medie poder para el

efecto, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio, siempre que esta circunstancia se exprese en el escrito de la tutela.

En los casos que se analizan, la Sala observa que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, puesto que: (i) en los expedientes T-4.274.003 y T-4.300.646, las agenciadas son las madres de quienes presentan las tutelas; y, (ii) en el expediente T-4.301.368 quien presenta la tutela es la esposa del agenciado. En todos los casos, se tratan de personas que se encuentran en incapacidad física y mental para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por las entidades prestadoras de salud demandadas.

Por lo anterior, la sala encuentra que en virtud de la normativa mencionada, se encuentran legitimados para iniciar la acción.

2.8.1.2 Legitimación por pasiva

En los casos expuestos correspondientes a los expedientes: (i) T-4.274.003, la accionante demandó a la EPS SOS por no autorizar el procedimiento ordenado por su médico tratante, para que la agenciada pueda ser atendida en una IPS clínica del dolor en la ciudad de Pereira, con el fin de no tener que desplazarse a otro lugar fuera del área de su residencia o el suministro de gastos de transporte al no ser posible dicho traslado, aduciendo que ya fue autorizado el procedimiento en una IPS en la ciudad de Cali; (ii) T-4.300.646 la accionante demandó a la Nueva EPS, por cuanto negó el suministro de pañales desechables a su progenitora, quien como consecuencia de una enfermedad catastrófica que padece, no puede controlar sus esfínteres, afectando su calidad de vida; y, (iii) T-4.301.368 la accionante demandó a la Nueva EPS, por cuanto negó el suministro del servicio de enfermería diurna, y de los elementos de pañales desechables, paños húmedos, y cremas antiescaras que requiere para que su agenciado pueda vivir en condiciones dignas.

Lo anterior es a todas luces acertado, pues dichas entidades son las presuntas vulneradoras de los derechos fundamentales invocados, por lo cual se encuentran legitimadas en la causa por pasiva.

En los casos anteriormente señalados, se cumple con el requisito de inmediatez pues la

negación de los tratamientos, medicamentos, elementos de aseo y demás servicios por parte de las EPS accionadas, se encuentran claramente dentro de los procesos dentro del tiempo prudencial para instaurar la presente acción de tutela.

Por tanto, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de las acciones es razonable, y evidencia que la trasgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos.

2.8.1.4 Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

Es claro para la Sala que las acciones de tutela proceden en estos casos, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos de los aquí interesados, pues a través de ésta se protegen de manera oportuna las garantías invocadas. Además, los casos versan sobre tratamientos, servicios de enfermería, elementos médicos y de aseo, así como transporte, que si no se prestan puede estar en peligro la vida de los actores, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

2.8.2 PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.8.2.1 EXPEDIENTE T- 4.274.003

La señora Margery Martínez Franco, como agente oficioso de su madre Gabriela Franco Valencia, presentó acción de tutela contra Servicio Occidental de Salud EPS SOS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el procedimiento ordenado por su médico tratante en una clínica del dolor en la ciudad de Pereira, con el fin de no tener que desplazarse a otro lugar fuera del área de su residencia.

De los elementos probatorios allegados al proceso se tiene que la señora Gabriela Franco Valencia tiene 71 años de edad y se encuentra afiliada a Servicio Occidental de Salud EPS SOS como beneficiaria, vive con su esposo y una hija que los cuida, y carecen de pensión por lo que sus recursos económicos son muy bajos para su sustento.

Igualmente, se observa que Servicio Occidental de Salud EPS SOS remitió a la agenciada a la IPS Clínica del Dolor (Comfandi Tequendama) en la ciudad de Cali, con quien afirma tiene

convenio, para que sea atendida por “dolor crónico”.

Sin embargo, la accionante sostiene que su madre requiere de un tratamiento permanente, y como quiera que la Clínica del Dolor asignada se encuentra en Cali, debe ser trasladada de ciudad todas las veces que el tratamiento así lo exija, para lo cual, manifiesta se encuentra impedida físicamente a causa de su padecimiento. Sumado a lo anterior, dice que los trasportes para su progenitora y un acompañante, de la ciudad de Pereira a Cali les generaría un costo demasiado excesivo que no pueden asumir.

Por las razones anteriores, la accionante solicitó a Servicio Occidental de Salud EPS SOS del Eje Cafetero, la autorización del procedimiento en la Clínica del Dolor ubicada en la ciudad de Pereira, donde residen, con lo cual, tendría la posibilidad de acceder a un tratamiento que contribuya a mejorar su calidad de vida, sin que sea sometida a traslados a otras ciudades que le causarían malestar. Como opción de no poder autorizar el tratamiento y consultas en la ciudad donde residen, la accionante solicita se le reconozcan los servicios de traslados y viáticos para ella y un acompañante a la ciudad de Cali, las veces que se requiera y hasta el momento en que recobre su salud.

Por su parte, Servicio Occidental de Salud EPS SOS respondió que no puede autorizar los servicios con una IPS y médico que no pertenezcan a la red de servicios adscritas a esa EPS.

En este orden, advirtió que para el tratamiento y manejo del dolor crónico, no se tiene convenio en la ciudad de Pereira “por lo que se debe direccionar el manejo a la Clínica Comfandi Tequendama en la ciudad de Cali, donde se hace el manejo de esta patología de manera multidisciplinaria que requiere control constante del mismo”. De igual forma, dijo que no podía cubrir los gastos de transporte y alojamiento en pacientes ambulatorios por cuanto no se encuentran contemplados en el POS.

Ante la negativa de la EPS, la accionante recurrió a la Clínica del Dolor del Eje Cafetero de Pereira, donde atendieron a su madre en forma particular, cuyas consultas y tratamientos tiene que cancelar con mucho esfuerzo, dado que cada una tiene un valor de \$130.000.00 y los tratamientos y medicamentos que le mandan son de alto costo, para lo cual, no cuenta con los recursos suficientes para ello.

Como se desprende de la Historia Clínica expedida por la Clínica del Dolor del Eje Cafetero de Pereira, la agenciada padece de “lumbalgia mecánica y osteoporosis postmenopáusica

sin fractura patológica” que le hace padecer fuertes dolores en la columna que se le extiende a las piernas al punto de producirle nauseas, y según manifiesta la accionante, el dolor que padece su madre es frecuente con pocos períodos de descanso. De acuerdo a la orden médica aportada al proceso, se tiene que le fue ordenado el examen de “Gamagrafía Ósea Corporal” y los medicamentos NO POS de “calcitonina 20 Unidades por dos meses y un inhalador x 6 meses”.

Como se evidencia del expediente, la accionante tramitó la solicitud para que Servicio Occidental de Salud EPS SOS autorizara el examen ordenado y la entrega de los medicamentos NO POS, los cuales fueron negados por la accionada.

Pese a lo anterior, el juzgado de instancia negó el amparo solicitado, al considerar que el usuario debe limitarse a la oferta de las IPS que les ofrecen las EPS, y que como quiera que Servicio Occidental de Salud EPS SOS, no cuenta con convenio con la Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, no es posible la prestación de los servicios médicos en dicha IPS. Por lo tanto, la señora Gabriela Franco Valencia debe asistir a la Clínica Comfandi para sus controles y procedimientos ordenados por el médico tratante. Sin embargo, no se pronunció sobre la solicitud de traslado y viáticos solicitados por la accionante.

En el caso sub examine, considera la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos a la salud, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana de la agenciada, por las siguientes razones:

2.8.2.1.1 En primer lugar, es necesario recordar el derecho que tiene el accionante afiliado a escoger entre las IPS con las que tenga contrato vigente la accionada, la que tenga la especialidad para la enfermedad que padece, y de otro lado la libertad que tienen las Entidades Promotoras de Salud para estructurar la red de instituciones a través de las cuales van a suministrar a sus afiliados los servicios médicos que requieran y así garantizar la integralidad y calidad del servicio[86].

2.8.2.1.2 En segundo lugar, si la EPS SOS no tiene convenio suscrito con la Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, sobre el tema la Corte Constitucional ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los

afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos[87].

De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de: “a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir[88], b) garantizar la prestación integral[89] y de buena calidad[90] del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS[91] y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS[92]”[93] receptora.

Por lo anterior se protegerán los derechos fundamentales invocados a la señora Gabriela Franco Valencia, y se ordenará a la demandada para que inicie los trámites pertinentes para que atienda a la accionante en la IPS Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, para lo cual deberá suscribir el convenio correspondiente y, autorice la realización del tratamiento solicitado por su médico tratante de acuerdo a la patología que padece, con cargo y bajo la responsabilidad de la EPS accionada.

2.8.2.1.3 En tercer lugar, si bien es cierto que la EPS SOS no ha negado el servicio, obliga a la señora Gabriela Franco Valencia a su traslado a otra ciudad distante del lugar de su residencia poniendo en riesgo su salud.

Se encuentra plenamente demostrado que la señora Gabriela Franco Valencia, es una persona que, en razón de su padecimiento se encuentra impedida para valerse por sí misma, y menos para trasladarse a otra ciudad para recibir un tratamiento a causa del dolor que presenta. Es precisamente su enfermedad, la que la mantiene imposibilitada para movilizarse, sin que se vea comprometido su derecho a la salud, y sí obstaculiza el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

2.8.2.1.4 En cuarto lugar, lo anterior es un obstáculo para acceder al servicio. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de Servicio Occidental de Salud EPS SOS de autorizar la atención médica que requiere en la Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira donde reside, así como la negativa en autorizar los exámenes y medicamentos ordenados por el médico tratante, vulnera los derechos fundamentales de la señora Gabriela Franco Valencia.

2.8.2.1.5 En quinto lugar, de no autorizarse lo anterior, se encuentra plenamente demostrado que la señora Gabriela Franco Valencia requiere movilizarse a la ciudad de Cali u otro sitio más cercano para cumplir con las terapias ordenadas por su médico tratante, y para ello, necesita de una persona que le acompañe en su desplazamiento y estadía en ese lugar.

La Corte Constitucional, ha reiterado que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento, debe el juez constitucional analizar si se acredita que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.[94]

En sentencia T-760 de 2008[95], ha reiterado que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud[96], y aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se constituye en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo.

En efecto, la Sala observa que efectivamente la señora Gabriela Franco Valencia ni su hija, cuentan con los recursos económicos para asumir los traslados y viáticos de estadía, tanto para ella como para un acompañante, que debe realizar a la Clínica Comfandi Tequendama en la ciudad de Cali, donde le fue ordenado el manejo de su patología por parte de su EPS y de la cual requiere un control constante, y que son imprescindibles para la recuperación de su salud, por lo tanto al no ser autorizados, Servicio Occidental de Salud EPS SOS está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada.

2.8.2.1.6 Por último, la señora Gabriela Franco Valencia solicita que le sea realizado el examen de “Gamagrafía Ósea Corporal” y los medicamentos NO POS de “calcitonina 20 Unidades por dos meses y un inhalador x 6 meses” los cuales fueron ordenados por su médico tratante, y no cuenta con los recursos necesarios para cubrir el gasto que ello genera.

Como ya se dijo, la paciente es una persona de escasos recursos que padece de “lumbalgia mecánica y osteoporosis postmenopáusica sin fractura patológica”, situación que la limita a una dependencia económica que puedan brindarles sus familiares. Para la Sala es claro

que la señora Gabriela Franco Valencia, tiene el derecho constitucional a no ser excluida del servicio de salud que requiera, y mucho menos negar el servicio por cuanto no se encuentra incluido en el POS.

En conclusión, para la Sala no existe duda que: (i) los gastos de traslado al lugar donde se llevan a cabo las citas médicas y se realizan las terapias, dentro del tratamiento que recibe la madre de la actora, desbordan su capacidad económica, situación que resulta insostenible para ella y su familia, generando una barrera para el acceso al servicio de salud, (ii) la patología denominada lumbalgia mecánica y osteoporosis postmenopáusica sin fractura patológica, que presenta la señora Gabriela Franco Valencia, le hace padecer fuertes dolores en la columna que se le extiende a las piernas, lo cual implica que se encuentra impedida física y mentalmente. Por lo anterior, requiere de un tratamiento continuo hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud o hasta tanto se le prescriba otro tipo de procedimiento para su remplazo, (iii) debido a lo anterior, requiere atención inmediata en un establecimiento autorizado por su EPS en el lugar de su residencia, donde le realicen todos los exámenes y le ordenen los medicamentos que requiera su enfermedad.

Del análisis anterior, quedó demostrada la vulneración alegada por la accionante, por lo tanto la Sala revocará la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, el 23 de diciembre de 2013, que negó la solicitud de amparo constitucional invocado.

En consecuencia, ordenará a Servicios Occidental de Salud EPS SOS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, inicie los trámites pertinentes y atienda a la señora Gabriela Franco Valencia en la IPS Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, para lo cual deberá suscribir el convenio correspondiente y, autorizar el examen de Gamagrafía Ósea Corporal y todos los procedimientos para el dolor que requiera, incluyendo, el suministro de los medicamentos NO POS de calcitonina 20 Unidades por dos meses y un inhalador x 6 meses, con cargo y bajo la responsabilidad de la EPS accionada. Así mismo, deberá asumir los gastos de transporte y hospedaje para la paciente y un acompañante, en caso de que los requiera.

2.8.2.2 EXPEDIENTE T- 4.300.646

En el presente caso, la señora Clara Isabel Serrano Quintero, actúa como agente oficiosa de su madre Martha Cecilia Quintero de Serrano, quien padece de “esclerosis múltiple secundaria progresiva avanzada”, catalogada en el rango de enfermedades catastróficas, de larga evolución y de curso progresivo, con severo deterioro neurológico, razón por la cual, no puede controlar los esfínteres.

Por ello, su médico tratante especialista en neurología le ordenó entre otras cosas “... pañales (05 por día), por pérdida total de control de esfínteres.”

La señora Clara Isabel Serrano Quintero, como agente oficioso de su madre, presentó solicitud a la Nueva EPS al no responderle sobre la petición de suministro de los pañales desechables ordenados por el médico tratante, sin que a la fecha de la presentación de la acción de tutela, haya recibido respuesta alguna, vulnerando los derechos fundamentales de petición y vida digna de su madre.

La Nueva EPS manifestó que, según el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, los pañales desechables son productos de aseo y limpieza de uso doméstico, y que de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011, están expresamente excluidos del POS; por lo tanto, “no constituyen un servicio de salud y no hacen parte del tratamiento establecido en guías médicas de atención reconocidas por las sociedades médicas, es decir el uso de pañales desechables en netamente PARA ASEO PERSONAL, no incide ni mejora ni trata la enfermedad.” Agregó que la accionante no probó su incapacidad económica que le impidiera asumir el gasto. Igualmente, dijo que la paciente es pensionada de Colpensiones con un IBC de \$589.500.00 y por lo tanto, es deber de los familiares proveerle los elementos de aseo que requiera.

El juzgado único de instancia concedió el amparo respecto al derecho de petición más no se pronunció sobre la vulneración del derecho fundamental a la vida digna de la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, presuntamente violado por la Nueva EPS al no suministrar la entrega de los pañales desechables que requiere la agenciada.

En el caso sub examine, considera la Sala que sí se configuran los elementos necesarios para que se conceda la presente acción de tutela y se protejan los derechos fundamentales de petición y vida digna de la agenciada, por las siguientes razones:

Se encuentra demostrado que la persona en favor de quien se interpone la acción de tutela: (i) pertenece a la población de adultos mayores[97], por lo cual es considerada como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) padece de “esclerosis múltiple secundaria progresiva avanzada”, catalogada en el rango de enfermedades catastróficas, de larga evolución y de curso progresivo, con severo deterioro neurológico, y (iii) carece de recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los pañales desechables que requiere para vivir en condiciones dignas.

2.8.2.2.1 En primer lugar, se encuentra plenamente demostrado que la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, es adulto mayor y padece de esclerosis múltiple secundaria progresiva avanzada, catalogada en el rango de enfermedades catastróficas, de larga evolución y de curso progresivo, con severo deterioro neurológico, que le impide valerse por sí misma y controlar sus esfínteres, como se puede comprobar de la solicitud remitida a la Nueva EPS, donde se anexa la orden médica del neurólogo tratante.

Esta Corporación desde sus inicios se ha pronunciado sobre el tema, en especial en la Sentencia T-099 de 1999[98], donde tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS. En esa oportunidad consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente, por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida.

Sobre el particular dijo este Tribunal:

“En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia. Recuérdese además que en tratándose de personas de

la tercera edad el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable en casos como el presente.

De esa manera y al no poder valerse por sí misma para controlar sus necesidades primarias, el pañal desechable se convierte para la agenciada en algo esencial para sobrellevar su enfermedad, sin los cuales, si bien no compromete su derecho a la vida, si es un obstáculo para desarrollar una vida en condiciones dignas[99]. En esas circunstancias, resulta claro que la negativa de la Nueva EPS de suministrar los pañales que requiere, vulnera sus derechos fundamentales.

2.8.2.2.2 En segundo lugar, Si bien los pañales desechables no son un medicamento, sí se trata de elementos esenciales que tienen incidencia en la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere.

Es claro que la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, quien padece de una enfermedad catastrófica como es la “esclerosis múltiple secundaria progresiva avanzada”, de larga evolución y de curso progresivo con severo deterioro neurológico, por tanto, no puede controlar los esfínteres y requiere de pañales desechables. Por ello, su médico tratante especialista en neurología le ordenó entre otras cosas “... pañales (05 por día), por pérdida total de control de esfínteres.”

Por las anteriores razones, los pañales desechables deben ser facilitados por parte de la Nueva EPS que le brinda el servicio de salud, aunque no sea un elemento POS y no sea catalogado como medicamento.[100]

2.8.2.2.3 Por último, es preciso tener en cuenta que la señora Clara Isabel Serrano Quintero, es una persona que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo que le genera la enfermedad de su progenitora que cada día requiere de más cuidados, y la adquisición periódica y constante de elementos como son los pañales desechables, afecta en forma desproporcionada su capacidad económica, teniendo en cuenta que la pensión de su madre solo asciende a un salario mínimo legal vigente, por lo que, se constituye en una carga que no podría soportar de manera continua, so pena de afectar el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar.

A la luz de estas consideraciones, la Sala modificará el fallo proferido por el Juzgado Catorce

Administrativo Oral de Bucaramanga, el día 28 de noviembre de 2013, que concede el amparo al derecho fundamental de petición. Y a su vez, concederá el amparo del derecho a la vida en condiciones dignas de la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano.

En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice y se le suministre a la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano los pañales desechables (05 por día), por pérdida total de control de esfínteres, los cuales serán entregados dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

2.8.2.3 EXPEDIENTE T-4.301.368

La señora María Teresa Rey Pardo, como agente oficioso de su esposo José Ángel Lozano Amaya, persona adulto mayor con 73 años de edad, presentó solicitud de amparo constitucional contra la Nueva EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle el suministro de enfermería diurna, y de los elementos de pañales desechables, paños húmedos, y cremas antiescaras que requiere para que su agenciado pueda vivir en condiciones dignas.

De los elementos probatorios que conforman el expediente se tiene que el señor Pedro Eliseo Gutiérrez, padece desde hace varios años de diabetes mellitus, demencia senil, alzhéimer y esquizofrenia crónica, y presenta inmovilidad en su cuerpo, de manera que no puede valerse por sí mismo, con el inconveniente que no puede realizar sus necesidades básicas de manera normal, hecho que se agrava, debido a que tiene conectada una sonda No. 18 a su vejiga que debe cambiarse cada 20 días y proporcionarle diariamente los cuidados de higiene que ese tipo de elementos requiere, y del cual, la accionante no tiene mucho conocimiento. Ello se evidencia del registro anotado en su historia clínica expedida por la Clínica Tolima, donde consta que el paciente padece de esquizofrenia, alzhéimer y diabetes e igualmente indica: “se evidencia sonda vesical con orina oscura y fétida. Sonda en pésimas condiciones de higiene” (folios 3 al 15).

A lo anterior se suma que debido al estado de inmovilidad del señor José Ángel Lozano Amaya y del mal aseo de la sonda, ha presentado quemaduras y peladuras en su piel, por lo que requiere de cremas especiales, para lo cual, aporta copia de la formula médica

expedida por la Nueva EPS (Folio 16).

Sin embargo, al diligenciar el formulario de solicitud de medicamentos, procedimientos y otros servicios NO POS, para presentarlo a la EPS, los médicos especialistas se negaron en firmarlo.

La solicitud fue negada por la accionada alegando que no existía una orden médica que prescribiera o justificara el servicio de enfermería solicitado o se especificara un plan de manejo, teniendo en cuenta que el servicio de una enfermera consiste en ayudar al paciente a conservar o recuperar la salud, más no un cuidador que le asista en sus actividades cotidianas, por lo que debe ingresar a un programa denominado “atención de pacientes en su domicilio”, prestado por las EPS a través de las IPS Domiciliarias quienes tienen la experiencia y conocimiento de lo que es un Plan Domiciliario. Por último, dijo que los elementos requeridos hacen parte de insumos de aseo personal y cuidados del paciente los cuales se encuentran excluidos del POS dado que no afectan el estado de salud del usuario ni su ausencia pone en riesgo la vida del mismo.

Como se evidencia del expediente, la accionante es persona adulta mayor con 69 años de edad, quien por su avanzada edad, no tiene la condición y la fuerza física que se requiere para socorrerlo ni para prestarle la atención permanente que requiere, así como tampoco tiene condiciones económicas para sufragar los servicios de enfermería ni la compra de pañales desechables, de pañitos húmedos y cremas para la piel, que requiere para vivir en condiciones dignas.

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, y se le ordene a la Nueva EPS para que le autorice a su esposo los servicios de enfermería diurna, las sondas No. 18 y los elementos de pañales desechables, paños húmedos, y cremas antiescaras que requiere para tener una vejez digna, así mismo una atención integral ya que, debido a su estado de salud y de la precaria situación económica, no puede asumir dichos gastos.

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor José Ángel Lozano Amaya, y ordenó a la Nueva EPS que le garantizara el tratamiento integral que requería el paciente de acuerdo con su patología, y los pañales desechables, crema antiescaras, los pañitos

húmedos y la enfermera diurna, “siempre y cuando sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la Nueva EPS dado que es quien tiene el conocimiento del paciente y puede determinar las necesidades de insumos y servicios que requiere”.

Siguiendo los anteriores derroteros, y considerando que es una persona de la tercera edad que padece desde hace varios años de diabetes mellitus, demencia senil, alzhéimer y esquizofrenia crónica, esta Sala comparte parcialmente la decisión que se revisa, tomada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, el 3 de febrero de 2014, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor José Ángel Lozano Amaya, y ordenó a la Nueva EPS que le garantizara el tratamiento integral que requería el paciente de acuerdo con la diabetes mellitus, la demencia senil, el alzhéimer y la esquizofrenia crónica que padece, pero no así, la autorización de los pañales desechables, crema antiescaras, los pañitos húmedos y la enfermera diurna, condicionada a que sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la Nueva EPS.

Sin embargo, la Sala considera que sí se configuran los elementos requeridos para que se conceda la presente acción sin objeciones de ninguna clase, y se proteja el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, por las siguientes razones:

Se encuentra demostrado que la persona en favor de quien se interpone la acción de tutela: (i) pertenece a la población de adultos mayores[101], por lo cual es considerada como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) padece de diabetes mellitus, demencia senil, alzhéimer y esquizofrenia crónica, y presenta inmovilidad en su cuerpo, de manera que no puede valerse por sí mismo, (iii) permanece con una sonda conectada a su vejiga que debe cambiarse cada 20 días y proporcionarle diariamente los cuidados de higiene que ese tipo de elementos requiere, y (iv) carece de recursos económicos suficientes para sufragar el costo de una enfermera diurna, pañales desechables, paños húmedos, y cremas antiescaras que requiere para vivir en condiciones dignas.

2.8.2.3.1 En primer lugar, la falta del servicio amenaza o vulnera el derecho a la salud, a la vida en condiciones dignas del señor José Ángel Lozano Amaya, quien es una persona en situación de vulnerabilidad, perteneciente a la población adulto mayor, y como ya se dijo en precedente, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano ha establecido una especial protección y ha ordenado que se adopten las medidas necesarias para

garantizar sus derechos fundamentales. De esta forma y debido a la patología que padece, la EPS debe prestar todos los servicios que requiera sin trámites largos y dispendiosos que obstaculizan su goce efectivo, como el hecho de condicionar su entrega y autorización a que sean ordenados por el médico adscrito a la EPS accionada, puesto que, de las patologías del señor José Ángel Lozano Amaya, se infiere la necesidad de usar pañales desechables, pañitos húmedos y cremas para la piel, que requiere para vivir en condiciones dignas.

Esta Sala considera que en el caso en revisión, los servicios y elementos solicitados se requieren para preservar la salud en condiciones dignas del señor José Ángel Lozano Amaya, por lo tanto, la EPS debe suministrarlos sin condicionamientos ni trámites dispendiosos que impidan que pueda gozar de una vejez en condiciones dignas.

Sobre el particular, esta Corporación[103] ha establecido circunstancias en las que el acceso a los servicios y/o tratamientos de salud, deben ser garantizado de manera inmediata, con el fin de preservar la salud y/o la integridad del paciente. En este orden de ideas, la sentencia C-936 de 2011[104] expresó que en el evento en que se estuviera en presencia de una urgencia en el suministro de los servicios de salud y medicamentos excluidos del POS, la EPS debe proveer el medicamento o servicio de forma inmediata, sin perjuicio de la revisión posterior del Comité Técnico Científico.

Sin embargo, la jurisprudencia[105] ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad del servicio o elementos que prevengan, conserven o superen las circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.

2.8.2.3.2 En segundo lugar, el señor José Ángel Lozano Amaya, permanece con una sonda conectada a su vejiga que debe cambiarse cada 20 días, la cual requiere de limpieza diaria y los demás cuidados de higiene que ese tipo de elementos requiere, y del cual, la accionante no tiene mucho conocimiento, y como consta de la historia clínica del paciente, esta se encuentra en pésimas condiciones de higiene. Este hecho conlleva a que se presenten quemaduras en la piel, para lo cual, necesita una persona que, no solo sea una cuidadora como así lo hace ver la EPS accionada, sino una profesional con la

experiencia en el ramo de la salud que realice el procedimiento pertinente para que no se corra el riesgo de infecciones que deteriorarían la calidad de vida del accionante y que pondrían en peligro su vida.

2.8.2.3.3 Por último, es preciso tener en cuenta que la señora María Teresa Rey Pardo, es una persona que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo que le genera la enfermedad de su esposo que cada día requiere de más cuidados, y la adquisición periódica y constante de elementos de aseo, medicamentos y demás, afecta en forma desproporcionada su capacidad económica, teniendo en cuenta que la pensión del señor José Ángel Lozano Amaya, asciende a \$1.310.000.00, cuya cifra no es suficiente si se tiene en cuenta que se trata de dos adultos mayores que por sus edades requieren de cuidados y medicamentos especiales, por lo que la carga que tiene que soportar de manera continua, afecta el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar.

Del análisis anterior, quedó demostrada la vulneración alegada por la accionante, por lo tanto la Sala confirmará parcialmente la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, el 3 de febrero de 2014, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor José Ángel Lozano Amaya, y ordenó a la Nueva EPS que le garantizara el tratamiento integral que requería el paciente de acuerdo con la diabetes mellitus, la demencia senil, el alzhéimer y la esquizofrenia crónica que padece. Modificar lo relacionado a la autorización de los pañales desechables, crema antiescaras, los pañitos húmedos y la enfermera diurna, condicionada a que sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la Nueva EPS.

En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice y le suministre al señor José Ángel Lozano Amaya, las cremas antiescaras, los pañitos húmedos, la enfermera diurna, las veces que lo requiera, y los pañales desechables que requiera por el mes, los cuales serán entregados dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

3. CONCLUSIONES

3.1 Nuestro ordenamiento constitucional ha establecido una especial protección a las personas pertenecientes a la población adulto mayor, y ha ordenado que se adopten las medidas necesarias para garantizar sus derechos fundamentales, por la situación de

vulnerabilidad en que se encuentran en razón a su edad.

Por su parte la Corte Constitucional[106] ha reiterado que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran, señalando que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Al respecto, sostiene que la salud se hace relevante, precisamente por el cuidado médico que requieren en razón de las dolencias “que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”[107].

3.1. Esta Corporación ha indicado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[108]. Igualmente ha señalado en reiterados pronunciamientos que las entidades prestadoras de salud deben dar continuidad a los tratamientos que fueran ordenados por los médicos tratantes a los pacientes, con el fin de garantizarles su efectiva recuperación, para lo cual, deben facilitar los medios adecuados para acceder a las instituciones que presten los servicios en salud que requieran.

3.2. En ese orden de ideas, se puede concluir que la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por los planes de beneficios en materia de salud, pueden infringir los derechos fundamentales de las personas afectadas, a quienes ponen en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida en condiciones dignas, por lo tanto, es indispensable garantizar la continuidad en el suministro del tratamiento, procedimiento, medicamento y controles médicos o servicio solicitado, cuyos trámites administrativos no pueden convertirse en obstáculos para el goce de sus derechos fundamentales.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, el 23 de diciembre de 2013, que negó la solicitud de amparo constitucional invocado, y en consecuencia CONCEDER el amparo del derecho a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana de la señora Gabriela Franco Valencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (Expediente T4.274.003).

SEGUNDO: ORDENAR a Servicios Occidental de Salud EPS SOS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, inicie los trámites pertinentes y atienda a la señora Gabriela Franco Valencia en la IPS Clínica del Dolor del Eje Cafetero en la ciudad de Pereira, para lo cual deberá suscribir el convenio correspondiente y, autorizar el examen de Gamagrafía Ósea Corporal y todos los procedimientos para el dolor que requiera, incluyendo, el suministro de los medicamentos NO POS de calcitonina 20 Unidades por dos meses y un inhalador x 6 meses, con cargo y bajo la responsabilidad de la EPS accionada. Así mismo, deberá asumir los gastos de transporte y hospedaje para la paciente y un acompañante, en caso de que los requiera.

TERCERO: MODIFICAR el fallo proferido por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bucaramanga, el día 28 de noviembre de 2013, que concedió el amparo al derecho fundamental de petición. Y a su vez, CONCEDERÁ el amparo del derecho a la vida en condiciones dignas de la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (Expediente T-4.300.646).

CUARTO: ORDENAR a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice y suministre a la señora Martha Cecilia Quintero de Serrano, los pañales desechables (05 por día), por pérdida total de control de esfínteres, los cuales serán entregados dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

QUINTO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, el 3 de febrero de 2014, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor José Ángel Lozano Amaya, en cuanto ordenó a la Nueva EPS que le garantizara el tratamiento integral que requiere el paciente de acuerdo con la diabetes mellitus, la demencia senil, el

alzhéimer y la esquizofrenia crónica que padece, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (Expediente T-4.301.368).

SEXTO: MODIFICAR lo relacionado a la autorización de los pañales desechables, crema antiescaras, los pañitos húmedos y la enfermera diurna, condicionada a que sean ordenados por los médicos tratantes adscritos a la Nueva EPS. En consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor José Ángel Lozano Amaya, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: ORDENAR a la Nueva EPS, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice y se le suministre al señor José Ángel Lozano Amaya, las cremas antiescaras, los pañitos húmedos, la enfermera diurna, las veces que lo requiera, y los pañales desechables que requiera por el mes, los cuales serán entregados dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

El suscrito Secretario General (E) hace constar:

Que el día 17 de julio de 2014, fecha en que la sentencia T-519/14 fue proferida por el despacho del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, el doctor Alberto Rojas Ríos hizo dejación de su cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, atendiendo lo decidido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, razón por la cual no firma la presente sentencia.

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil catorce (2014)

[1] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] MP. Jaime Córdoba Triviño.

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

[4] Sentencia T-552 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[5] Sentencia T-845 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[7] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[8] Constitución Política, art. 13.

[9] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[10] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[11] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[12] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[13] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[14] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[15] M.P. Marco Gerardo Morroy Cabra.

[16] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[18] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”. El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”

[21] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[22] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[23] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[24] Ver Sentencia T- 285 de 2007 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[25] Sentencia T-841 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[26] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[27] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[28] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

[29] “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud”.

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

[31] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[32] Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[33] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[34] SU-480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[35] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[36] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[37] Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[38] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[39] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

[40] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[41] Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[42] Término señalado en la sentencia T-1204 de 2000, que ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, que consistía en un examen de carga viral. “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la

carencia de recursos para satisfacerlos.”

[43] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[44] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[45] Ibídem.

[46] Sentencia T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[49] Ver sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

[50] Sentencia T-540 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[51] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[53] Ver sentencia T-975 de 2008, en la que este Tribunal ordenó el suministro de PAÑALES DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

[54] Al respecto, la sentencia T-760 de 2008 precisó que: “cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”

[55] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[56] Este criterio viene desde la Sentencia T-760 de 2008. Reiterado en Sentencias T-003 de 2009 y T-037 de 2010.

[57] “En las sentencias T-899 de 2002, T-202 de 2008, T-975 de 2008, T-053 de 2009, T-352, T-437 y T-574 de 2010, entre otras, la Corte ha ordenado el suministro de tales elementos por tratarse de personas en debilidad manifiesta ante el hecho notorio y evidente de la incontinencia urinaria o la imposibilidad para valerse por sí mismo propias de la avanzada edad o de quienes se encuentran afectados por patologías relacionadas con la próstata, la cadera, disfunción o parálisis cerebral, cuadriplejia o hemiplejia o cuando la persona afronta una enfermedad ruinosa o catastrófica, siempre que los peticionarios no cuenten con los recursos económicos para sufragarlos. En dichas oportunidades, se ha considerado que su provisión “más que obedecer a un tratamiento médico, tienen por finalidad dar un estado salubre y de bienestar de la persona que los requiere”, se constituyen en medios para garantizar la integridad personal y la vida digna de quien los necesita”.

[58] MP. María Victoria Calle Correa.

[59] La Ley 1438 de 2011, establece en el artículo 3, numeral 3.12 “Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.”

[60] Sentencia T-745 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[61] El literal g) señala: “g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.”

[62] Numeral 3: “La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley.”

[63] La Resolución 5261 de 1994 consagra en el artículo 1 que: “(...) El Plan de Beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud se prestará en todos los municipios de la república de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I. P. S. El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I.P.S. con las que cada E.P.S. establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier I.P.S. en los casos especiales que considera el presente reglamento.” (Negrillas fuera del texto).

[64] Ver al respecto sentencias: T-238 de 2003, T-247 de 2005, T-347 de 2007, T-423 de 2007, T-603 de 2010 y T-757 de 2010.

[65] Sentencia T-238 de 2003 consagró que: “Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios”. (Subrayado fuera del texto).

[66] M.P. Mauricio González Cuervo.

[67] Sentencias T-881 de 2002, T-423 de 2007, T-420 de 2001 y T-126 de 2010, entre otras.

[68] Sentencia T-745 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[69] Sentencias T-881 de 2002, T-423 de 2007, T-420 de 2001 y T-126 de 2010, entre otras.

[70] Resolución 5261 de 1994. Artículo 3. Ley 1122 de 2007 Artículo 20, parágrafo.

[71] Resolución 5261 de 1994.

[72] Artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994. Por ejemplo cuando la EPS no cuenta con la red hospitalaria de diferentes niveles de complejidad y el usuario requiere de un servicio de mayor nivel. Ver entre otras, la Sentencia T-423 de 2009.

[73] Sentencia T-745 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] Sentencia T-745 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[75] Sentencia T-770 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[76] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[77] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[78] Sentencia T-200 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[80] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[81] Sentencia 352 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[82] Artículo 13 de la Constitución Política.

[83] Artículo 47 de la Constitución Política.

[84] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[85] Sentencia T-294 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[86] Ley 100 de 1993, artículos 156, 159 y 178.

Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud.

[87] Sentencia T-238 de 2003 consagró que: “Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud

suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios”. (Subrayado fuera del texto).

[88] Sentencias T-1063 de 2005 y T-965 de 2007.

[89] Sentencia T-423 de 2009.

[90] Sentencia T-965 de 2007.

[91] Sentencia T-247 de 2005.

[92] Sentencia T-518 de 2006.

[93] Sentencia T-603 de 2010.

[94] Sentencias T-900 de 2000; T-1079 de 2001; T-1158 de 2001; T- 962 de 2005; T-493 de 2006; T-057 de 2009; T-346 de 2009 y T-550 de 2009.

[95] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[96] Ibídem.

[97] Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

[98] MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[99] Ver sentencias T-1219 de 2003 y T-202 de 2008.

[100] Ver sentencias: T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008, T-437 de 2010, entre otras.

[101] Artículos 5 y 7 de la Ley 1276 de 2009.

[102] Sentencia T-099 de 1999 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[103] Auto 066 de 2012, por medio del cual se estableció una regulación del trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice directamente servicios de salud o medicamentos no incluidos en el POS que se requieran con urgencia.

[104] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[105] Sentencia T-1024 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[106] Sentencia T-540 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[107] Ibídem.

[108] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.