

T-528-19

Sentencia T-528/19

Referencia: Expediente T-7435913

Acción de tutela instaurada por Oscar Marino Valencia Noreña, como agente oficioso de María Lubiola Noreña González, contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira - Valle y el Tribunal Superior de Buga - Sala Laboral, en la acción de tutela instaurada por Oscar Marino Valencia Noreña como agente oficioso de María Lubiola Noreña González en contra de la Nueva EPS-S.

I. Antecedentes

Hechos

1. El 22 de febrero de 2019 el señor Oscar Marino Valencia Noreña, actuando como agente oficioso de su señora madre María Lubiola Noreña González, impetró acción de tutela[1] en contra de la Nueva EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a un trato digno.

2. Señaló que la agenciada fue internada en cuidados intensivos por haber sufrido un

infarto al miocardio, además se le diagnosticó EPOC[2] y en la actualidad es paciente oxígeno dependiente. Así mismo, padece de diabetes mellitus, hipertensión arterial, déficit cognitivo severo y motor leve a moderado, dependencia funcional grave y carece de control de esfínteres por lo que requiere de uso permanente de pañales desechables.

3. Como agenciante informa que él padece de esquizofrenia indiferenciada[3] y si bien para la fecha de presentación de la acción de tutela la agenciada se encontraba estable, resulta por su situación difícil brindarle los cuidados que requiere a una persona de 78 años[4] de edad.

4. Explicó que su progenitora presenta zonas de presión o escaras en la región lumbosacra, por lo que fue valorada por terapia interostomal y se le ordenaron “curaciones de forma diaria para evitar el deterioro”[5].

5. Indicó que el día 4 de noviembre de 2018 la paciente tuvo que acudir por urgencias a la Clínica Palmira por presentar un fuerte dolor de pecho; de allí se remitió a la Clínica de Occidente en la ciudad de Cali debido a la complejidad de su diagnóstico, esto es, infarto agudo al miocardio, sin otra especificación. El 6 de noviembre del año anterior se le realizó arteriografía coronaria y se le dio de alta el día 21 del mismo mes con orden de suministro de oxígeno y visitas médicas mensuales.

6. Puso de presente que el 11 de diciembre de 2018, la señora Noreña González sufrió una recaída por lo que se hospitalizó nuevamente en la UCI de la Clínica de Palmira. Una vez se recuperó, se autorizó su salida el 29 de diciembre de la misma anualidad con los siguientes diagnósticos: “hipertrofia concéntrica del ventrículo izquierdo con función sistólica ligeramente deprimida y trastornos de contracción descritos; disfunción sistólica grado I: alteración de la relajación; dilatación severa de la aurícula izquierda e; insuficiencia mitral ligera”[6].

7. Nuevamente el 11 de enero de 2019 fue hospitalizada en la Clínica Palmira y diagnosticada con neumonía bacteriana, por lo que se remitió a la Clínica Rafael Uribe y posteriormente a la UCI, lugar del que fue dada de alta el día 1 de febrero de la misma anualidad, con recomendaciones de oxígeno permanente, curaciones por “Teo” dos veces a la semana y “Homecare”[7] una vez al mes.

8. Según el escrito de tutela, el deterioro que ha sufrido la agenciada con ocasión de sus padecimientos es notorio al punto que perdió la movilidad de sus extremidades inferiores sin que logre desplazarse por sí misma, por lo que requiere ayuda para cambiar de posición en su propia cama, situación que le ha generado lesión en la región lumbosacra. Expuso que la EPS accionada solo autorizó dos curaciones por semana.

9. Por lo anterior solicitó al Juez de tutela le conceda tratamiento integral, los medicamentos que requiere; pañales para adulto talla L, pañitos húmedos, óxido de zinc por 500 gramos; se le asigne una cama hospitalaria; una enfermera permanente; guantes talla L; alimento especial para diabéticos Glucerna, continuación del suministro de oxígeno permanente, y exonerarla del pago de cuotas moderadoras o copagos.

Pretendió, además, prevenir a la Nueva EPS para que no vuelva a incurrir en las acciones que dieron lugar a la presente acción constitucional y se autorice a la misma para que recobre ante el Fosyga los dineros en los que deba incurrir con ocasión al cumplimiento de las órdenes.

Expuso además el agenciante, los galenos tratantes fueron conocedores de que, como consecuencia de las enfermedades crónicas que presentaba la agenciada, se hacía necesaria la prescripción y autorización de los medicamentos y tratamientos solicitados mediante acción de amparo, sin que fuera preciso solicitarlo ante la entidad accionada.

Trámite procesal

Mediante auto del 21 de febrero de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó el traslado de la misma a la entidad accionada; así mismo, dispuso vincular al trámite tutelar a la Clínica Palmira S.A. y al Consorcio Nueva Clínica Rafael Uribe[8].

Respuesta de la accionada y vinculadas

11. La Nueva EPS[9] indicó que la prestación de enfermera en casa no ha sido ordenado a la agenciada. Aseguró que dicho servicio es necesario específicamente para administración de medicamentos, curaciones y entrenamiento de cateterismos intermitentes; sin cubrir la realización de cuidados básicos como aseo e higiene, alimentación, cambios de posición y

medidas de prevención de escaras y cuidados generales, actividades que se encuentran a cargo del familiar o cuidador del paciente, ya que la normatividad en seguridad social no exime a la familia de su responsabilidad frente al paciente.

Anotó que el cuidador domiciliario es aquel que brinda los cuidados a aquellos que por su condición de salud se encuentran en situación de dependencia y requieren de asistencia física para satisfacer sus necesidades básicas. Por lo tanto, este servicio no atiende directamente al restablecimiento de la salud del paciente, sino que mejora las condiciones que le permiten tener al usuario una vida digna, habida cuenta de las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra.

Sobre los pañales desechables manifestó que los mismos no se encuentran dentro de las coberturas del “plan obligatorio de salud”, pues se consideran insumos de aseo de carácter personal que no contribuyen con el mejoramiento de la salud del paciente, además su negativa no pone en riesgo la salud del mismo. Consideró que la EPS no es la entidad obligada a brindarlos, ya que la atención y cuidado del paciente así como su aseo es una obligación netamente de los familiares.

Sustentó que las cremas y suplementos alimenticios especializados no constituyen un servicio de salud, ni hacen parte de tratamiento establecido en guías médicas de atención reconocidas por sociedades médicas y, por tratarse de solicitudes no PBS deben realizarse vía MIPRES por el médico tratante.

En cuanto a los demás elementos hospitalarios estableció que los mismos se encuentran dentro de la Resolución 6408 de 2016[10] como exclusiones específicas, al no constituir un servicio de salud amparado, sin embargo, se puede acceder a estos a través de MIPRES por parte del médico tratante.

En torno a la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras solicitó se declare la improcedencia de la misma, ya que tal pretensión excede la órbita de la acción de tutela, por tratarse de una solicitud meramente económica que no puede ser dirimida por este mecanismo, ya que no es obligación de la EPS asumir los gastos de copagos y cuotas moderadoras, toda vez que estos no hacen parte del PBS y no generan una vulneración de los derechos fundamentales.

Afirmó que la Nueva EPS no ha realizado conductas tendientes a vulnerar los derechos constitucionales de la agenciada, y que es deber de los jueces ordenar únicamente la práctica de los tratamientos indicados por los médicos tratantes. Propone valorar nuevamente a la paciente con el fin de que el profesional idóneo determine la pertinencia de los insumos y servicios requeridos.

De este modo, solicitó se declare improcedente la acción de amparo instaurada y se absuelva a la Nueva EPS por no haber vulnerado los derechos fundamentales de la usuaria. Precisó que de no compartirse estos argumentos, se autorice el recobro del 100% de lo ordenado suministrar a la EPS ante la ADRES, y que en caso de conceder el tratamiento integral se aclare que el mismo deberá cumplirse siempre y cuando el usuario continúe con una afiliación vigente ante la entidad.

12. El Consorcio Nueva Clínica Rafael Uribe Uribe indicó en su respuesta[11] que la entidad tiene como objeto la prestación de servicios de salud, ofertando los mismos a entidades pagadoras y aseguradoras del sector salud dentro de las que se encuentra la Nueva EPS.

En cuanto a la atención brindada a la señora Noreña González señaló que se trata de una paciente de 79 años de edad que ingresó por urgencias el día 12 de enero de 2019, remitida desde la Clínica de Palmira, quien fue hospitalizada por presentar diagnósticos de neumonía bacteriana no especificada, enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada, cardiomiopatía isquémica y choque no especificado, pero que mostraba buenas condiciones generales, por lo que se le dio de alta el 1 de febrero de la misma anualidad con manejo médico, control por medicina interna en un mes, Homecare crónico más oxígeno domiciliario.

Adujo que revisadas las órdenes médicas no se evidenció prescripción del galeno tratante de enfermería o insumos como pañales, pañitos, guantes o cama hospitalaria, por lo que no vulneró derecho alguno a la accionante y cumplió a cabalidad con lo requerido para el manejo de su enfermedad. Con dicha contestación no se adjuntaron documentos.

13. La Clínica Palmira informó en su respuesta[12] que la demandante ha sido atendida en tal institución en consulta por urgencias y demás procesos que ha necesitado. Afirmó, además, que requiere Homecare y cuidados paliativos en su residencia, servicios que no hacen parte de su competencia pero sí de la EPS.

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

Indicó, después de analizar la solicitud de tratamiento integral y la protección especial de las personas de la tercera edad, que no existía en las diligencias orden médica que demostrara la necesidad de que se le autorizara a la agenciada la cama hospitalaria, enfermera permanente para su cuidado, pañales talla L, pañitos húmedos, óxido de zinc, guantes, alimento especial para diabéticos Glucerna y oxígeno permanente.

Manifestó el Juez de instancia que tampoco se informó sobre la situación económica de la paciente y su familia más cercana, demostrando que lo requerido era no solamente la autorización y entrega de los elementos mencionados, sino que hacía referencia a todos los requeridos como parte de un tratamiento integral.

Concluyó manifestando que la acción se impetró no por una negativa en la entrega o autorización de una prescripción del médico tratante, lo que demuestra que la Nueva EPS no desconoció el derecho fundamental a la salud de la mencionada por lo que la acción no estaba llamada a prosperar.

15. Notificado el fallo de manera personal a la parte accionante[14], esta impugnó el mismo. A los demás involucrados se notificó a través de oficios[15] y correo electrónico.

Segunda instancia.

16. A través de providencia proferida el 26 de abril de 2019, el Tribunal Superior de Buga, Sala de Decisión Laboral confirmó la sentencia impugnada. Se pronunció sobre el requisito de la subsidiariedad señalando que no fue acreditado, por cuanto: “el requisito de subsidiariedad no se encuentra superado, si bien la tutelante es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de su edad (al hacer parte de la categoría de las personas de la tercera edad), esta pertenencia no es suficiente para considerar que se desconocen sus derechos fundamentales”[16].

Argumentó que el Juez de primera instancia requirió al agente oficioso de la accionante para que aportara las órdenes médicas de lo que pretendía le fuera entregado, así mismo, para que informara de la situación económica de su núcleo familiar, solicitud a la que se hizo

caso omiso[17].

De igual forma, estableció que de conformidad con los pronunciamientos realizados por esta Corporación para inaplicar las reglas de exclusiones de Plan de Beneficios, no se cumplían plenamente dentro del presente asunto[18]. Tampoco prosperó la pretensión de tratamiento integral, por no ser viable ordenar un mandato futuro e incierto, y emitirlo sería presumir la mala fe de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud.

Pruebas obrantes en el expediente

17. Se aportaron por el accionante al escrito de tutela copia de[19]:

- i) Cédula de ciudadanía e historia clínica de la señora María Lubiola Noreña González.
- ii) Fórmulas de medicamentos ordenados.
- iii) Historias clínicas expedidas por el Consorcio Nueva Clínica Rafael Uribe y Clínica Palmira S.A.
- iv) Registro No. 820360[20].
- v) Cédula de ciudadanía e historia clínica del agenciante.

Trámite en sede de revisión

18. A través de auto de 15 de agosto de 2019 el magistrado sustanciador decretó la práctica de algunas pruebas tendientes a contar con mayores elementos de juicio en el caso sub examine.

Al agente oficioso se le solicitó información sobre el estado actual de salud de la agenciada, así como los trámites que adelantó ante la EPS accionada en la búsqueda de la autorización de lo requerido[21].

A los médicos que han atendido a la accionante se les indagó sobre el estado de salud de la agenciada y la necesidad de lo requerido

A la Nueva EPS se le ofició con el fin de que diera a conocer los trámites que adelantó la accionante ante dicha entidad con el fin de lograr la autorización de lo solicitado mediante la acción de amparo, así como la capacidad económica de la misma.

19. En escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 29 de agosto del año en curso[22], la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, respondió las preguntas formuladas, así:

Se pronunció con respecto al derecho a la vida, indicando que de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, abarca no solamente a su ámbito biológico, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Refirió sobre la legitimación en la causa por pasiva se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño.

Así mismo, enfatizó sobre la obligación que tiene la EPS de garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente la red de prestadores. Pudiendo las EPS realizar recobro por la prestación de servicios y tecnologías PBS no UPC.

Solicita se emita pronunciamiento de fondo respecto de la reiterada violación del artículo 13 del Decreto Estatuario 2591 de 1991, en relación con la inadecuada interpretación y uso del principio de oficiosidad e informalidad de la acción de tutela.

Agregó que la entidad fue creada con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del SGSSS, y que ninguna de sus actividades, funciones o actos guardan relación directa con la prestación de servicios de salud, por lo que la vinculación de la ADRES a los trámites de tutela en ningún caso facilita o conduce al goce efectivo del derecho a la salud, generando un desgaste administrativo innecesario que resulta contrario a los principios de eficacia, economía y celeridad.

Informó que verificado el estado de afiliación de la agenciada se encontró que la misma se encuentra reportada como fallecida[23], dato que podrá ser tenido en cuenta por la Corte al momento de resolver la revisión de la sentencia de tutela.

Adujo que dentro de las funciones del Juez constitucional está proteger los derechos fundamentales, quien debe abstenerse de ordenar el recobro ante esta entidad, pues el mismo puede ser deprecado sin que medie acción de tutela, por tratarse de un trámite reglado que no ha sido agotado.

Concluyó solicitando se denieguen las pretensiones de la accionante en lo que tengan que ver con la ADRES, por no haber vulnerado los derechos fundamentales del accionante, para en consecuencia desvincular a la misma del trámite constitucional.

20. La Nueva EPS en escrito recibido en esta Corporación el 2 de septiembre de 2019, informó que la señora María Lubiola Noreña González instauró acción de tutela en su contra, mencionando lo solicitado por la misma. Sostuvo que la entidad procedió a dispensar los siguientes insumos: pañales desechables, teniendo como última entrega el 25 de abril de 2019[24]; óxido de zinc, última entrega el 18 de marzo de 2019[25]; alimento Glucerna, última entrega el 15 de enero de 2019[26].

En cuanto a los pañitos húmedos, la enfermera permanente y la cama hospitalaria, no se realizó entrega ya que no se contaba con la prescripción médica requerida.

Informa que la agenciada falleció, quien recibió tratamiento para los diagnósticos que padecía, habiéndosele brindado servicios incluidos y excluidos del PBS, sin que pueda alegarse vulneración de los derechos fundamentales a la misma mientras vivía.

Por lo anterior, solicita se exonere de responsabilidad a Nueva EPS por no haber transgredido los derechos fundamentales de la usuaria, se declare improcedente la acción de tutela y se absuelva a la entidad, manteniendo en firme las decisiones de primera y segunda instancia.

Sobre la paciente, manifestó que padecía de choque mixto resuelto (cardiogénico y séptico), neumonía izquierda, falla respiratoria tipo I, EPOC, cardiopatía isquémica con fracción de eyección del ventrículo izquierdo, antecedente de infarto agudo de miocardio, hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, fibrilación auricular y secuelas de cerebro vascular temporoparietal derecho.

En suma, informó que se le brindó atención en el mes de diciembre de 2018 hasta febrero

de 2019, a quien se le ordenó manejo domiciliario con atención de cuidado crónico[28], oxígeno domiciliario, curaciones por terapia enterostomal, así como medicamentos y cita por control con medicina interna.

Indicó no habersele realizado prescripción médica de pañales, pañitos, servicio de enfermera en casa, óxido de zinc, guantes, alimento especial para diabéticos, cama hospitalaria, sin tener certeza de que se haya solicitado ante la Nueva EPS la exención de copagos y cuotas moderadoras.

Concluyó haberle brindado a la agenciada la atención que requirió para la salvaguarda de su vida y la salud de acuerdo a los parámetros éticos y legales, por lo que no existe fundamento para soportar la solicitud de acción de tutela.

22. El Doctor Harold Peña Quintero, médico internista, aportó el certificado de defunción de la agenciada, informando que en vida presentaba antecedentes de hipertensión, EPOC severo, oxígeno dependiente y diabetes II, déficit cognitivo severo y motor leve moderado, por lo que se le ordenó todo el protocolo establecido para esos diagnósticos.

Agregó que el pariente de la paciente solicitaba todos los insumos que requiere un paciente con estos antecedentes con el manejo de Homecare, los cuales debían de ser suministrados por las EPS.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 de la Constitución y el Decreto Estatutario 2591 de 1991, esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela mencionado. Decisión que se adoptará bajo una breve justificación de conformidad con lo reglado en el artículo 35 del Decreto en mención.

1. Planteamientos del caso, determinación del problema jurídico y metodología de decisión.

La señora María Lubiola Noreña González fue diagnosticada con EPOC, hipertensión arterial, infarto al miocardio, diabetes mellitus, déficit cognitivo severo y motor leve a moderado y

dependencia funcional grave. En tal virtud, su hijo, quien padece de esquizofrenia indiferenciada, le solicitó al juez de tutela ordenar la (i) continuidad en el suministro de oxígeno; (ii) medicamentos en cantidad y periodicidad que ordene el médico tratante; (iii) entrega de pañales y óxido de zinc; (iv) alimento para diabéticos “Glucerna”; (v) pañitos húmedos, (vi) guantes talla L, (vii) cama hospitalaria, (viii) servicio de enfermera permanente y, (ix) la exoneración de copagos y cuotas moderadoras; por lo tanto, lo solicitado constituye un tratamiento integral.

Mientras ello, la Nueva EPS señaló que a la paciente se le suministró hasta el mes de enero de 2019 el alimento especial para diabéticos “Glucerna”[29], así mismo y después de presuntamente proferido el fallo de primera instancia que negó la acción de amparo[30] le fueron entregados los pañales[31], el óxido de zinc[32]. En cuanto al servicio de enfermera a domicilio, la cama hospitalaria y los pañitos húmedos, no le fueron entregados toda vez que no se prescribieron por los médicos tratantes. Sobre la concesión de oxígeno permanente, guantes, exoneración de copagos y cuotas moderadoras, no emitieron pronunciamiento alguno. Tampoco hicieron manifestación alguna sobre la necesidad del tratamiento integral.

Previo a resolver el problema jurídico, atendiendo a la información allegada a esta Corporación en la que se pone de presente el fallecimiento de la señora María Lubiola Noreña González mientras se surtía el trámite de revisión del expediente[33], la Corte debe examinar si se ha configurado la carencia actual de objeto, cuya determinación de la modalidad presentada -hecho superado, daño consumado o hecho sobreviniente-, atenderá las circunstancias conocidas en torno al desconocimiento o no de los derechos fundamentales a la vida y dignidad humana de la agenciada.

Ahora bien, la situación fáctica y los elementos de prueba recaudados permiten observar que algunas de las tecnologías pretendidas mediante acción de amparo fueron otorgadas por parte de la entidad accionada, de manera puntual la continuidad en el suministro de oxígeno, los medicamentos y el alimento especial para diabéticos “Glucerna”[34] que se venían proporcionando desde antes de impetrar la tutela; en cuanto a los pañales y el óxido de zinc, le fueron entregados de manera posterior a la interposición de la acción constitucional.

De otra parte, en lo concerniente a lo no ordenado, ni suministrado, se tienen (i) los pañitos húmedos y guantes, (ii) cama hospitalaria, (iii) servicio de enfermera permanente y, (iv) exoneración de copagos y cuotas moderadoras. Lo que también comprendería el tratamiento integral.

Ello llevaría, de considerarse indispensable por la Corte como mecanismo pedagógico a resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulneraron las EPS e IPS los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana de una persona de la tercera edad que sufre graves quebrantos de salud (enfermedades crónicas)[35] y que fue atendida recientemente en varias oportunidades de urgencia por sus padecimientos, al presuntamente no garantizar, cuando se requiere con necesidad, la continuidad de los medicamentos y oxígeno; el suministro de pañales para adulto; óxido de zinc y alimento especial para diabéticos “Glucerna”; los pañitos húmedos, guantes, cama hospitalaria, enfermera permanente; exoneración de copagos y cuotas moderadoras y, de esta manera brindar un tratamiento general; bajo el argumento central de no existir una orden médica que prescriba los mismos?

Procede, entonces, esta Sala de Revisión a verificar la posibilidad de ordenar, en casos como el estudiado, los insumos y tecnologías requeridos por la agenciada, de conformidad con lo establecido en el PBS y la jurisprudencia constitucional. Debe precisarse que quien impetra la acción es el hijo de la agenciada quien alega condiciones de debilidad manifiesta, como lo es la situación de paciente psiquiátrico.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a tomar la decisión que corresponda reiterando jurisprudencia de la Corte sobre (i) la agencia oficiosa; (ii) el requisito de subsidiariedad; (iii) la carencia actual de objeto, para finalmente; (iv) resolver el caso concreto.

2. La agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia.

Sobre la procedencia de la agencia oficiosa tenemos que el artículo 10[36] del Decreto Estatutario 2591 de 1991 consagra la posibilidad de que se agencien derechos en favor de otro, cuando el mismo no esté en condiciones de adelantar su propia defensa.

Adicionalmente, la Corte ha establecido como requisitos para la procedencia de la agencia oficiosa los siguientes: (i) la manifestación del agente de actuar como tal y, (ii) la

imposibilidad del titular del derecho fundamental para promover su propia defensa[37].

Dentro del presente asunto, esta Corporación encuentra cumplidos los requisitos de la figura mencionada, toda vez que la titular de los derechos presuntamente vulnerados está representada por su hijo, en calidad de agente oficioso, teniendo en cuenta la imposibilidad que tenía la paciente de acudir a nombre propio al trámite tutelar por tratarse de una persona de la tercera edad (78 años). Ello llevó al señor Valencia Noreña a actuar en calidad de agente oficioso con el objetivo de reclamar el amparo de los derechos fundamentales de la misma.

Así mismo, vale la pena resaltar que eran evidentes los problemas de salud que aquejaban a la agenciada, lo que llevó a su único hijo, paciente psiquiátrico, quien también se encontraba en una situación de vulnerabilidad manifiesta, a activar la jurisdicción con el fin de que le fueran protegidos los derechos a la vida y a la dignidad humana. Por lo anterior se entiende cumplido el requisito.

3. Requisito de subsidiariedad. Reiteración de jurisprudencia.

En cuanto a la procedencia de la acción de amparo, el artículo 86 superior establece que toda persona puede ejercer la acción de tutela “mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre”, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. Acción que será procedente cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, o teniéndolo no resulte eficaz o idóneo; así mismo, cuando se utilice como mecanismo transitorio[38].

La Ley 1122 de 2007[39] amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de inspección, vigilancia y control, brindando función jurisdiccional para dirimir los conflictos entre los actores del SGSSS[40], para conocer y fallar en derecho de forma definitiva y con las facultades propias de un juez los asuntos allí establecidos[41]. Lo anterior cuando se configuren las causales de activación de la competencia fijadas en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 relacionadas con “e) ... prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo, f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en salud, g) Conocer y decidir sobre el

reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”[42].

No obstante, se ha verificado por este Tribunal[43] que cuando lo que se busca es la protección de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), el mecanismo ante la Supersalud no resulta idóneo ni eficaz, ello en razón a que: (i) no existe un término para proferir la decisión de segunda instancia, lo que deja en vilo y prolonga en el tiempo la protección del derecho; (ii) el procedimiento no establece el efecto de la impugnación, esto es, si es suspensivo o devolutivo; (iii) no establece garantías para el cumplimiento de la decisión; y (iv) la Superintendencia tiene competencia para conocer de las denegaciones de servicios, sin embargo, no establece que sucede cuando la EPS no responde o lo hace parcialmente. Situación que de igual forma fue puesta de presente en la sentencia T-218 de 2018.

Adicionalmente, el Superintendente de Salud en Audiencia Pública celebrada el 6 de diciembre de 2018 en el marco del proceso de seguimiento que realiza la Corte a la sentencia T-760 de 2008, reconoció que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura para atender el trámite, en concreto aludió “...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años”[44].

Dicho lo anterior, se debe señalar que el agenciante agotó la acción de amparo con el fin de buscar la protección de los derechos fundamentales de su progenitora, quien se encontraba en un grave estado de salud y a quien presuntamente no le estaban garantizando los servicios que requería a pesar de ser evidente la necesidad de los mismos.

Fue por ello que decidió adelantar el trámite constitucional sin acudir a la entidad accionada de manera personal, tema que también ha sido objeto de pronunciamiento, habiéndose establecido como regla general en la jurisprudencia de esta Corporación, que de no agotarse por el actor el trámite administrativo ante la entidad accionada, la acción de amparo será improcedente[45] ya que la carga que recae sobre el mismo de demostrar la vulneración

del derecho no puede obviarse[46].

Sin embargo, como excepción a tal regla, se ha establecido la demostración de las circunstancias de debilidad manifiesta del accionante para acceder de forma directa a la acción de tutela[47], situación que aplica por ejemplo para aquellas personas con enfermedades, menores de edad, los afrodescendientes y las personas que se encuentran en condición de discapacidad por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, sobre las que recaen todas las garantías y prerrogativas que se deben brindar para asegurar el goce de sus derechos en circunstancias de igualdad con el resto de la población[48].

Así mismo, y frente al trámite que adelanta la Superintendencia de Salud, debe señalarse que el agenciante no acudió ante la entidad de salud para lograr la protección de los derechos de la agenciada; sin embargo, como se ha reflejado en la práctica y lo ha evidenciado la Jurisprudencia de esta Corte, tal mecanismo no resulta idóneo ni eficaz en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, ya que como se ha observado, no se cuenta con un término para resolver de fondo las peticiones elevadas, ni con una estructura organizativa, lo que mantiene en una trasgresión indeterminada los derechos de los usuarios.

4. La carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia.

El constituyente de 1991 estatuyó la acción de tutela como el mecanismo para reclamar el amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por autoridades públicas o particulares; de tal forma, el ciudadano puede acudir a la administración de justicia en busca de la protección efectiva de sus derechos, frente a lo cual corresponde al juez constitucional impartir una orden dirigida a conjurar la transgresión o que cese la prolongación de sus efectos[49].

No obstante, ante la verificación de que los hechos que dieron origen a la petición de amparo han desaparecido al momento de proferir la decisión, se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, el cual da como resultado que las decisiones del juez no tendrían en principio eficacia alguna[50], mismo que puede darse por cualquiera de las siguientes tres circunstancias:

a) Hecho superado. Aquel que se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el fallo se evidencia que por el obrar de la entidad accionada se superó la vulneración de los derechos fundamentales alegados, y cuando “se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”[51].

b) Daño consumado. Se da cuando el daño sobre la afectación de los derechos que se buscaban proteger mediante la acción constitucional se presenta en forma definitiva, lo que genera la imposibilidad de que el juez emita una orden con el fin de brindar protección al accionante o buscar el cese de la vulneración de tal manera que se impida la materialización del peligro[52]. Situación en la que podrá el juez de tutela (i) prevenir a la autoridad pública para que en ningún caso incurra de nuevo en acciones u omisiones que generaron la concesión de la acción de amparo[53]; (ii) informar a quien haya promovido el amparo acerca de las acciones jurídicas en uso de las cuales puede obtener la reparación del daño, y; (iv) de ser necesario, compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta que generó el daño[54].

c) Hecho sobreviniente[55]. Comprende los eventos en los que la vulneración de los derechos fundamentales cesó por causas diferentes a las anteriores, como cuando el resultado no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, porque un tercero o el accionante satisficieron la pretensión objeto de la tutela o porque el actor perdió el interés, entre otros supuestos[56].

5. Caso concreto.

5.1. Principio de integralidad.

El principio de integralidad ha sido estatuido en la Ley 1751 de 2015[57], artículo 8[58], estableciendo que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de forma completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, independiente del origen de la misma o condición de salud, sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido.

A partir de lo anterior, se verifica la obligación que tienen las entidades prestadoras de salud de brindar todo lo que se requiera con necesidad por los pacientes, sin la posibilidad

de que se interpongan trabas de ningún tipo ante las solicitudes que con el fin de mantener un buen estado de salud se realicen.

Se ha establecido que la integralidad tiene como finalidad garantizar la continuidad en la prestación del servicio requerido y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo requerimiento que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”[59].

En este sentido, la sentencia T-760 de 2008 dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el galeno tratante determine que se requieren por el paciente, “sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”.

En este punto, vale la pena precisar que se ha establecido desde la sentencia T-736 de 2016 que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios que requieran de manera integral, particularmente si se trata de pacientes con enfermedades crónicas o catastróficas o si está comprometida la vida o la integridad personal, razón por la que los actores del sistema tienen la obligación de garantizar los servicios de salud requeridos por los usuarios del mismo.

5.2 Procedencia excepcional de los servicios de salud cuando no existe orden médica.

Como regla general se ha señalado por la jurisprudencia de esta Corporación que las entidades de salud están obligadas a suministrar únicamente lo que haya sido prescrito por el médico tratante[60]. Sin embargo, se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece[61].

Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias[62]. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido[63].

Se han presentado situaciones en las que la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían[64]. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales[65]; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral[66]; parálisis cerebral y epilepsia[67], párkinson[68], entre otras[69].

En ese orden de ideas, se tiene que la exigencia de la prescripción del galeno tratante para ordenar insumos o tecnologías admite una excepción que se concreta en la priorización del goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos, para así evitar la transgresión de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema. Situación que debe ser analizada en el caso concreto por el juez constitucional.

5.3. Deber del médico tratante de prescribir los servicios requeridos no excluidos del PBS.

Resulta válido establecer que es el médico tratante la persona científicamente calificada, además de ser quien conoce de forma personal los problemas de salud que aquejan a la paciente y es quien actúa en nombre de la EPS para emitir órdenes en su favor.

Por lo tanto, en garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos, se deja en manos de los galenos tratantes la posibilidad de que emitan las prescripciones de los insumos y tecnologías que por el bien de la salud del accionante se le deben ordenar, asegurando así la protección de sus derechos fundamentales.

Es por ello que de las evidencias que reposan en la historia clínica, los conocimientos que tiene el profesional de la salud y las enfermedades que aquejan al usuario, se deben prescribir los insumos y/o tecnologías necesarias para restablecer la salud del mismo y

garantizar el bienestar del paciente[70].

Así mismo, debe decirse que no se justifica dentro de un estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana[71], el cual busca garantizar derechos esenciales de los ciudadanos, que habiendo el médico tratante evidenciado la necesidad de ordenar a su paciente el suministro de insumos y/o tecnologías no excluidos del PBS, no lo haga a pesar de los deberes que le corresponden en la protección del preciado derecho a la vida digna.

5.4. La capacidad económica del paciente.

Sobre la capacidad económica del paciente que acude a la acción de amparo con el fin de acceder a los servicios de salud requeridos se ha proferido amplia jurisprudencia[72] sobre la información que en las EPS reposa y permite determinar la condición financiera de cada uno de los afiliados y si el mismo puede cubrir el costo de lo requerido, información que debe ser brindada al juez de tutela.

Así mismo, se ha establecido que la carga de la prueba se invierte cuando se trata de demostrar la situación financiera del accionante o el agenciado, es decir, deberá la entidad accionada probar que lo que establece el mismo no es cierto y que cuenta con la suficiente capacidad para sufragar lo requerido; ello dada la ausencia de tarifa legal para demostrar la falta de recursos económicos[73].

Dicho lo anterior, es la entidad accionada, en este caso la EPS, la responsable de controvertir con elementos de prueba la capacidad económica del accionante, demostrando la capacidad que este tiene de adquirir por cuenta propia lo que a través de acción de tutela pretende obtener.

6. Análisis del caso

Respecto de los insumos y tecnologías deprecadas por el demandante, debe señalarse que en el presente asunto se configuraron las siguientes situaciones: (i) los insumos y medicamentos que se le venían suministrando al momento de radicar la acción de amparo; (ii) los que le fueron autorizados y entregados después de impetrada la misma, que aunque los jueces de instancia negaron las acciones radicadas finalmente la EPS autorizó parte de lo requerido, después de proferido el fallo de primera instancia, y (iii) los que nunca le

fueron proporcionados.

i) Medicamentos, oxígeno y alimento. especial para diabéticos “Glucerna”.

Ahora bien, en cuanto a la continuidad en el suministro de oxígeno y los medicamentos que fueron prescritos por los galenos tratantes de la agenciada, del acervo probatorio se expone que lo aquí analizado se venía efectivamente suministrando, por lo que entiende la Corte que el reclamo más bien estuvo dirigido hacía la garantía de la continuidad en su prestación, que al no haberse demostrado situación diferente a su prestación efectiva, no tiene cabida su protección constitucional[74].

En lo que respecta al alimento especial para diabéticos “Glucerna”, debe manifestarse que según lo demostrado por la entidad accionada, el mismo se suministró hasta el 15 de enero de 2019 y verificada la historia clínica se observa que esta tiene fecha de expedición del 2 de enero de la misma anualidad[75], por lo que no se evidenció que en una fecha posterior a esta se haya ordenado a la agenciada el alimento especial. Por lo tanto, puede decirse que se cumplió con la entrega de lo analizado mientras así lo determinó el galeno tratante, sin que se hubiere aportado por el agenciante mayores elementos de juicio.

ii) Pañales y óxido de zinc.

La Ley 1751 de 2015 estableció una nueva forma de actualización del plan de beneficios, basada en un mecanismo de exclusiones que establece que en principio el sistema cubre todos los tratamientos y servicios de salud que no se encuentran expresamente excluidos, para así garantizar una prestación integral que incluya la promoción, la prevención, el diagnóstico, la atención de la enfermedad, la rehabilitación de las secuelas y la paliación. No obstante, también se ha establecido que el listado de exclusiones que viene autorizado desde la Ley Estatutaria, no puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales de los usuarios[76].

Conforme a la sentencia C-313 de 2014 y la normatividad en salud, las exclusiones tienen que ser determinadas, expresas y taxativas, sin que sea necesario realizar ningún tipo de interpretación, pues del tenor literal se debe entender cuál es el insumo y/o tecnología que no puede ser financiada con recursos de la salud.

Dando aplicación a lo anterior y con el fin de crear el listado de exclusiones ordenado por la Ley Estatutaria en Salud, el Ministerio dispuso el diseño y aplicación de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente mediante el cual se definieran las tecnologías e insumos que harían parte de los listados, para lo cual emitió la Resolución 330 de 2017[77], la cual dispuso que para que una tecnología fuera excluida tendrían que surtirse las etapas de nominación, análisis técnico científico, participación ciudadana[78], adopción y publicación de las decisiones.

Atendiendo los lineamientos de la Resolución 330 se han surtido dos procedimientos que dieron lugar a que se expidieran las Resoluciones 5267 de 2017[79] y 244 de 2019[80] que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud.

“Criterio a) los pañales para incontinencia urinaria no son indispensables para la mejora, mantenimiento o recuperación de la capacidad funcional o vital de los pacientes, son suntuarios. Criterio d) no corresponde a tecnología en salud, son productos de aseo, higiene y limpieza. La indicación de nominación corresponde a las siguientes enfermedades: Incontinencia de urgencia; Incontinencia sin percepción sensorial; Goteo pos miccional; Enuresis nocturna; Fuga continua; Incontinencia mixta (Incontinencia de urgencia y de esfuerzo); Otros tipos especificados de incontinencia urinaria; Incontinencia por rebosamiento y Otros tipos especificados de incontinencia urinaria. No obstante, es importante señalar que, para las siguientes enfermedades de incontinencia urinaria, eventualmente los médicos tratantes podrían prescribir Pañales: incontinencia urinaria asociada con deterioro cognitivo (R39.81), incontinencia urinaria de origen no orgánico (F98.0), incontinencia urinaria funcional (R39.81) e incontinencia urinaria no especificada (R32). Si bien la tecnología previenen (sic) complicaciones y requiere del análisis amplio y previo a su prescripción, en cumplimiento del procedimiento técnico-científico y participativo respecto a la consulta a pacientes potencialmente afectados y ciudadanía se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerable (sic) acceder a este producto.”[83] (Se resalta).

Además de lo anterior, el MSPS en el informe de adopción y publicación de las decisiones sobre tecnologías a excluir[84] indicó que la fuente de financiación de las que fueron nominadas pero no excluidas se sufragarían en su mayoría por el mecanismo de protección

individual entendido como la cuenta ADRES, los entes territoriales y otros por la UPC. Informe en el que de forma expresa menciona a los pañales para adultos y niños entre las 14 tecnologías que pese a ser nominadas no fueron excluidas, indicando que las mismas tendrían como fuente de financiación “Adres y Entes Territoriales”.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la Resolución 1885 de 2018[85] en su artículo 19 consagra la posibilidad de que cuando sea necesario el suministro de una cantidad igual o menor de 120 pañales al mes, no sería necesario el análisis de la Junta de Profesionales de la Salud, disminuyendo así los trámites administrativos para quienes requieran de un número igual o menor al mencionado, sin que ello signifique la restricción de la financiación de un número mayor de ellos, pues cabe manifestar que el insumo analizado se encuentra incluido en el PBS.

Ahora bien, vale la pena decir que revisados los anexos técnicos de las Resoluciones 5267 de 2017[86] y 244 de 2019[87] que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, se observa que los pañales no están en tales listados, lo que inexorablemente permite concluir que no se encuentran excluidos, así mismo, debe aclararse que tampoco hacen parte de los insumos de aseo los que dada la forma general en la que se enuncian se presta para confusiones y ambigüedades, presentándose innumerables negaciones por parte de las EPS de los pañales para adultos y menores de edad bajo el argumento de que los mismos no hacen parte del PBS.

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha establecido que los pañales no se encuentran excluidos del PBS por no hacerse mención a los mismos de forma expresa[88]. De igual forma, cabe señalar que este Tribunal ha ordenado el suministro de pañales[89] a pacientes que en virtud de sus patologías sufren de incontinencia urinaria y si bien es cierto la provisión de los mismos no incide de forma directa en la cura de las enfermedades que los aquejan, si les permite obtener una mejor calidad de vida y en especial cuando se ha perdido la movilidad o el control de esfínteres[90].

Por ejemplo en la sentencia T-014 de 2017[91] la Corte amparó los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, quien por los padecimientos que presentaba y a pesar de no contar con órdenes médicas, infirió que se hacía necesaria la utilización de los

pañales desechables e insumos, ordenando su suministro con el fin de maximizar el derecho a la dignidad humana[92].

En lo que al óxido de zinc o “crema antipañalitis” se refiere, debe manifestar esta Corporación que revisada la normatividad citada líneas atrás, la cual brinda claridad sobre las exclusiones del SGSSS, tal medicamento no hace parte de tal listado por lo que debe ser interpretado conforme a lo establecido por la sentencia C-313 de 2014, esto es, dando aplicación del principio pro homine, concretado en la siguiente fórmula: “la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)”[93].

Aterrizando al asunto bajo estudio debe decirse que con respecto a lo que fuera autorizado después de resuelta la acción de tutela impetrada, aunque no fue producto de la decisión de los falladores sino de la propia EPS como lo fueron los pañales y el óxido de zinc, ellos han debido garantizarse desde el principio sin tener que llegar el agenciante a presentar una acción de tutela, por cuanto según la jurisprudencia constitucional el principio de la dignidad humana debe ser protegido por todos los actores del sistema, por tratarse de un elemento central dentro de la concepción de salud, y ser el que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales, por encontrarse íntimamente ligado al concepto de salud[94].

En este punto vale la pena aclarar que resulta evidente que los galenos tratantes y la EPS accionada conocían de primera mano la necesidad que tenía la señora María Lubiola de que se le autorizara y entregara lo mencionado dados los padecimientos crónicos que le impedían tener una vida digna, la cual buscaba lograr a través de la acción de amparo, situación que no fue suficiente para que se le ordenara y autorizara lo pretendido, por parte de la entidad accionada, quien contrariando sus deberes manifestó como respuesta a la acción que se tramita ante el juez de primera instancia que de haberse solicitado lo requerido por la agenciada, no se habría autorizado por no existir una orden médica, prescripción que ha debido serle otorgada por los galenos tratantes dados sus múltiples padecimientos.

iii) Los pañitos húmedos y los guantes.

Sobre la situación de los pañitos húmedos, verificadas las Resoluciones 5267 de 2017 y

244 de 2019 se colige que los mismos cuentan con una exclusión expresa como resultado del proceso técnico- científico y participativo para la exclusión de las tecnologías, por lo que su suministro a los usuarios del SGSSS solo se puede exigir de forma excepcional.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en cuanto a los insumos de aseo como son los pañitos húmedos, habiéndoles dado el carácter de necesarios para brindar una vida digna a los pacientes, siempre que se requieran con ocasión de una enfermedad como epilepsia, parkinson, derrame cerebral o situación de discapacidad[95].

Refulge evidente la atención que de manera especial debe ser brindada a los pacientes de la tercera edad, con mayor razón si esas personas se encuentran padeciendo una enfermedad crónica, momento en el que debe darse una protección a la dignidad humana y evitarles cualquier tipo de sufrimiento[96].

Justamente los instrumentos internacionales también brindan protección a los adultos mayores, al señalar que “mediante Resolución A46/91, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad. Este documento conmina a los Estados a incluir dentro de sus políticas internas los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad para este grupo poblacional. Específicamente, se incorpora el derecho de los adultos mayores a tener acceso a bienes y servicios básicos como “[... alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia]”[97].

En relación con el derecho a la salud de los adultos mayores, esta Corporación ha sostenido que “es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón a las dolencias que son connaturales a la etapa de desarrollo en que se encuentran”[98], por consiguiente, “tratándose de personas de la tercera edad su problema de salud debe ser prestado de forma continua e integral”[99]

De esta forma, se erige como una obligación gubernamental en relación con los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional: “el garantizar el derecho a la salud a la persona de la tercera edad que le permita a estos sujetos especiales el desarrollo de la vida en condiciones de dignidad, de allí que la protección a la salud sea inmediata por vía de tutela cuando quiera que este derecho resulte amenazado”[100].

Por lo anterior y ante la importancia que dentro de un Estado social de derecho tiene el derecho a la vida digna como base de los derechos ius fundamentales, y en cuanto a la procedencia excepcional de los insumos que se encuentran excluidos del PBS, como son los pañitos húmedos, no debe perderse de vista que en el caso sub examine nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad y la situación de discapacidad que presentaba, lo que hacía que su condición de salud fuera frágil y permitiera la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem 42 del Anexo Técnico de la Resolución 5267 de 2017, referente a toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo[101].

iv) Servicio de enfermera permanente y cama hospitalaria.

Ahora bien, se solicitó el servicio de enfermera permanente sobre lo que debe señalarse que la Resolución 5592 de 2015[102] consagra la atención domiciliaria dentro del PBS con cargo a la UPC, cubrimiento que se encuentra supeditado a que el médico tratante del paciente lo considere pertinente y en todo caso ya se le había otorgado el servicio de Homecare.

Similar situación se observa en cuanto a la pretensión de la cama hospitalaria, ya que revisada la Resolución 244 de 2019 que consagra el listado de exclusiones, la misma no se observa allí enunciada lo que atendiendo al sistema de exclusiones que regula el SGSSS, permite sostener que se garantiza su prestación.

En este punto debe aclararse en cuanto a la autorización de estos servicios, que de los elementos de prueba aportados a la acción de tutela como lo manifestaron los jueces de instancia y la Nueva EPS, el agenciante no aportó orden médica que demostrara la necesidad de que la paciente necesitara este tipo de asistencia.

No obstante, la Sala de Revisión pudo verificar (historia clínica e ingresos por urgencias) que la agenciada padecía de escaras en la región lumbosacra, lo cual evidenciaba la necesidad de acceder al colchón anti escaras, como la Corte lo ha recogido en las sentencias T-644 de 2015 y T-1060 de 2012, para así dignificar su existencia, particularmente por las siguientes razones: (i) la señora María Lubiola, paciente de 78 años de edad, requería de curaciones diarias por las escaras que presentaba en la región lumbosacra, habiéndose autorizado por la entidad accionada solo dos por semana, es decir,

en casa debían realizarle cinco de las siete ordenadas; (ii) su hijo, paciente psiquiátrico cumplía las veces de cuidador, quien además de presentar condiciones de discapacidad, no fue capacitado por la EPS, como se ha establecido por esta Corporación[103] y al no contar con una autorización para las curaciones mencionadas, cumplía, con la dificultad que ello le representaba funciones de “enfermero”, sin disponer de conocimientos técnicos para ello y, (iii) tales curaciones debían ser realizadas por una persona con conocimientos técnicos en medicina y/o enfermería, lo que no fue posible llevar a cabo dada la ausencia de autorización por la Nueva EPS.

De esta manera, habiéndose demostrado la existencia de escaras en la parte posterior del cuerpo de la agenciada, se hacía necesario por parte de la EPS otorgar un colchón antiescaras, mismo que no se encuentra excluido del PBS y que ha sido suministrado vía acción constitucional por este Tribunal. En sentencia T-512 de 2014 se manifestó:

“Ha sido reconocido en forma insistente por parte de esta Corporación que el suministro de (...) colchones anti-escaras, si bien no pueden ser concebidos strictu sensu como servicios médicos o que tienen una relación directa con la recuperación del estado de salud de los pacientes, se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales”(negrilla fuera de texto).

En tal sentido, como lo reclamaba el agente oficioso con la prestación del servicio integral, se hacía necesario el suministro del colchón anti-escaras que si bien no podrían mejorar el estado de salud de la agenciada, si hubiera brindado una mejor calidad de vida a la misma, dados los problemas de movilidad que presentaba y las lesiones que ello le causaba.

Sobre la obligatoriedad de existencia de orden médica para proceder a autorizar servicios de salud, debe manifestar la Corte que es obligación de las EPS autorizar los insumos y tecnologías pretendidos, así no se cuente con prescripción médica, siempre y cuando de la patología que aqueje a la accionante respaldado en la historia clínica o algún concepto del médico tratante se infiera la necesidad en el suministro de lo solicitado. Situación que no se dio dentro del presente asunto y que terminó desconociendo la dignidad humana de la agenciada.

v) Exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Sobre los copagos y las cuotas moderadoras cabe señalar que los mismos encuentran su génesis en la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 260 de 2004[104], mediante los que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del SGSSS, los cuales tienen por objeto racionalizar y sostener el sistema de salud.

Este Tribunal ha establecido que si bien es cierto su exigencia de pago contribuye a la financiación del Sistema, no pueden constituirse en barreras para que los usuarios accedan a los servicios de salud que requieren[105].

En este sentido, consagró como subreglas para la procedencia en la exoneración de los copagos y las cuotas moderadoras, las siguientes: (i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a este asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio de salud[106].

Lo anterior, permite concluir que en efecto, a pesar de constituirse en una exigencia legal, existen casos en los que excepcionalmente puede ordenarse por parte del operador judicial la exoneración en el pago, bajo el cumplimiento de unos requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional.

En el caso que se analiza, debe decirse que en el asunto sub examine no se demostró la carencia o suficiencia de recursos por la agenciada o su hijo que permitieran al juez constitucional emitir una orden en uno u otro sentido, partiendo de que la paciente pertenecía al régimen contributivo en salud, y no se demostró su incapacidad económica a pesar de haber sido requerido por el juez de primera instancia y esta Corporación.

vi) Configuración de la carencia actual de objeto.

En el caso bajo estudio, es clara la existencia de la carencia actual de objeto, dado el fallecimiento de la señora María Lubiola Noreña González, titular de los derechos que pretendían protegerse a través del trámite de tutela.

En principio y dada la manifestación realizada por Nueva EPS, quien informó haber autorizado y entregado los pañales, óxido de zinc y el alimento especial para diabéticos “Glucerna” después de haberse proferido el fallo de primera instancia en tutela, deberán analizarse los criterios que se han establecido por esta Corporación para que se configure el hecho superado.

Precisamente, de tiempo atrás se han establecido los siguientes criterios para determinar cuándo se está ante un hecho superado, a saber:

- “1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.
2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.
3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”[107]

Verificados los anteriores supuestos dentro del caso concreto, tenemos que antes de que se impetrara la acción de amparo se dio una situación que desconoció el derecho fundamental a la vida digna de la agenciada, como lo era la negativa a suministrar los insumos y tecnologías por ella requeridos.

Justamente y una vez proferido el fallo de primera instancia, la entidad accionada adelantó gestiones que cesaron de forma parcial la acción que generó la vulneración, toda vez que autorizó y entregó los pañales y el óxido de zinc a la agenciada.

En este orden de ideas se encuentra satisfecha de forma parcial la pretensión que fundamentó la acción de tutela. Por lo anterior, se hace procedente declarar el hecho superado en virtud del suministro de los insumos y tecnologías mencionados líneas atrás.

En lo referente a lo que no le fue autorizado a la agenciada, esto es, el servicio de enfermera permanente, los guantes y la cama hospitalaria, se entiende configurada la carencia actual de objeto por daño consumado respecto de los dos primeros y aunque el insumo idóneo para tratar su padecimiento de escaras no era la cama hospitalaria, si lo era el colchón anti-escaras, que se ha debido ordenar por encontrarse incluido en el PBS.

Situación que es evidente dentro del asunto objeto de análisis, donde se invocaron como derechos fundamentales la vida y la dignidad humana y que puede predicarse respecto del segundo de ellos, ya que desde la misma EPS accionada se dio a conocer que de haberse realizado algún tipo de solicitud ante ella de lo deprecado mediante acción de amparo, se hubiese negado dada la inexistencia de una orden médica.

Lo anterior, ya que con la omisión en la autorización y suministro de los elementos solicitados por la agenciada, se afectó indudablemente el derecho que fue objeto de invocación, el cual ha sido ampliamente protegido por esta Corporación que ha señalado entre otras cosas que la calificación de fundamental del derecho a la salud encuentra sus bases en instrumentos internacionales y su estrecha vinculación con el principio de dignidad humana[108].

De igual manera, la sentencia C-313 de 2014, mediante la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, precisó respecto de lo mencionado “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”.

En suma, dado los padecimientos que aquejaban a la actora, se hacía necesario para dignificar su existencia la autorización de los elementos solicitados, quien solo pudo recibir algunos de ellos[109] después de impetrada la acción constitucional, pero en cuanto al servicio de enfermera permanente, los paños húmedos y el colchón anti escaras, pese a ser evidente la necesidad de suministrarlos, ni los médicos tratantes, ni la Nueva EPS cumplieron con su obligación legal de garantizarlos, a pesar de que los mismos se encuentran incluidos dentro del PBS.

Conclusiones

7. Resulta indiscutible para la Sala, que lo pretendido mediante acción de amparo era necesario para garantizar a la agenciada una mejor calidad de vida.

8. Situación que fue desconocida por los jueces de instancia quienes se limitaron a verificar la existencia de las órdenes médicas que demostraran la necesidad de lo pretendido mediante acción de amparo, dejando de lado los supuestos fácticos y lo consagrado en las historias clínicas que demostraban con claridad la necesidad que tenía la representada de acceder a sus pedimentos generados por los múltiples y gravosos padecimientos que sufría.

9. Es por lo anterior que los falladores de primer y segundo grado deben en lo sucesivo realizar un análisis detallado de cada situación y las circunstancias que rodean el caso, verificando además la jurisprudencia de la Corte que le permita emitir decisiones que sean garantes de los derechos fundamentales de quienes resultan ser la parte más vulnerable dentro del sistema de salud, los usuarios.

10. La Corte procederá a llamar la atención de la Nueva EPS para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito a la acción de tutela impetrada por la señora María Lubiola Noreña González a través de agente oficioso. Además, se compulsaran copias a la Supersalud para que se verifique si dentro del proceder de la entidad accionada se configuró alguna falta que amerite la iniciación de una investigación en su contra.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR los fallos de primera y segunda instancia proferidos el 7 de marzo y el 26 de abril de 2019, respectivamente, por los despachos de instancia que negaron la acción de

tutela instaurada por la señora María Lubiola Noreña González a través de agente oficioso, contra Nueva EPS, para en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado y daño consumado.

Segundo: ADVERTIR a la Nueva EPS para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela promovida por el agente oficioso de la señora María Lubiola Noreña González, en especial, en negar insumos y/o elementos que brinden calidad de vida a una persona sujeto de especial protección constitucional.

Tercero: REMITIR a través de la Secretaría General de esta Corporación, copia de esta sentencia y del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud. Ello con el fin de que dicha entidad evalúe si Nueva EPS incurrió en responsabilidad administrativa en virtud de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela formulada por María Lubiola Noreña González, a través de agente oficioso.

Cuarto: LIBRAR por Secretaría General de la Corte la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-528/19

Expediente: T-7435913

Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas, presento salvamento parcial por las siguientes razones.

En primer lugar, considero que en este caso no se configuraba una carencia actual de objeto por daño consumado. Comparto que respecto de la solicitud de suministro de los pañales desechables, el óxido de zinc y la glucerna se configuraba un hecho superado. Sin embargo, advierto que no existía prueba en el expediente que demostrara que la omisión en el suministro de los insumos y servicios restantes (guantes, cama hospitalaria y la enfermera permanente) generó, en efecto, una afectación definitiva del derecho a la vida digna de la accionante. En estos términos, respecto de estos insumos la Sala debió haber declarado la carencia actual de objeto por fallecimiento de la accionante sin adentrarse en el análisis de fondo.

En segundo lugar, considero que la vulneración a los derechos de la accionante no se encontraba acreditada. La mayoría de la Sala concluyó que “antes de que se impetrara la acción de amparo se dio una situación que desconoció el derecho fundamental a la vida digna de la agenciada, como lo era la negativa a suministrar los insumos y tecnologías por ella requeridos”[110].

Difiero de esta conclusión por dos razones. Primero, no es cierto que antes de que la acción de tutela fuera interpuesta la Nueva EPS se negó a suministrar los insumos. Por el contrario,

tal y como se reconoce en la sentencia, la accionante interpuso la acción de tutela “sin acudir a la entidad accionada de manera personal”[111]. Segundo, la Nueva EPS no vulneró el derecho a la vida digna y a la salud de la accionante en tanto:

a) La Nueva EPS actuó con diligencia una vez se enteró de la solicitud de la accionante. En efecto, en menos de un mes después de presentada la tutela, ordenó suministrar los pañales desechables, el óxido de zinc y la glucerna;

b) La Nueva EPS no estaba obligada legalmente a autorizar la entrega de los guantes, la cama hospitalaria y el servicio de enfermera permanente. Estos servicios no se encuentran incluidos en el PBS y, en cualquier caso, los requisitos jurisprudenciales para que estos fueran entregados no se encontraban acreditados pues: (i) no existía orden médica que prescribiera estos insumos y servicios; (ii) no existía prueba de que fueran requeridos para evitar un deterioro significativo en la salud de la accionante o para que esta pudiera vivir en condiciones dignas; y (iii) no existía prueba de que la accionante no tuviera la capacidad económica para sufragar los costos de estos insumos y servicios. Por el contrario, la accionante era beneficiaria de una pensión y se encontraba afiliada como cotizante en el régimen contributivo del sistema de salud[112].

En síntesis, por las razones expuestas concluyo que: (i) la Sala no debió haber declarado la configuración de un daño consumado (resolutivo primero); y (ii) no debió haber declarado que la Nueva EPS vulneró los derechos de la accionante.

Cordialmente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Cuaderno principal, folios 82-89.

[2] Enfermedad pulmonar obstructiva crónica.

[3] Cuaderno uno, historia clínica visible a folio 3.

[4] Id., copia cédula de ciudadanía visible a folio 2.

[5] Id., folio 82.

[7] Cuidado en casa.

[8] Cuaderno principal, folios 91 y 92.

[9] Id., folios 101-117.

[10] “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[11] Cuaderno uno, fl. 100.

[12] Cuaderno principal, folio 118.

[13] Id., fls. 120 a 129.

[14] A Oscar Marino Noreña en calidad de agente oficioso de la señora María Lubiola Noreña González se le notificó personalmente el 11 de marzo de 2019, a través de oficio 322 a quien se le entregó copia de la sentencia (fls. 133 y 134).

[15] Nueva EPS No. 323; Consorcio Nueva Clínica Rafael Uribe Uribe No. 324 y Clínica Palmira No. 326.

[16] Cuaderno principal, folio 146.

[17] Auto interlocutorio No. 340, folios 91-92 del cuaderno 1.

[18] Id.

[19] Cuaderno uno, folios 1-81.

[20] Correspondiente al examen “ECOCARDIOGRAMA MODO M Y BIDIMENSIONAL CON DOPPLER A COLOR”.

[21] Cuaderno dos, folios 33-56.

[22] Cuaderno principal, folios 29 a 44.

[23] Certificado de defunción del 05 de mayo de 2019.

[24] Autorización 105171646.

[25] Autorización 103110046.

[26] Autorización 99881812.

[27] Cuaderno principal, folios 79-84 y 90-94.

[28] Terapia física, respiratoria, ocupacional, fonoaudiología y visita de medicina general.

[29] Autorización No. 99881812.

[30] No se aportó la fecha de autorización de lo mencionado, pero se dio en virtud del trámite de tutela.

[31] Autorización No. 105174646.

[32] Autorización No. 103110046.

[33] Respuesta brindada por la ADRES, Nueva EPS y el médico tratante.

[34] Autorización No. 99881812.

[35] Antecedentes de Hipertensión, EPOC severo, oxígeno dependiente, diabetes II, insulino – requiriente, déficit cognitivo y motor leve – moderado.

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

[37] Ver sentencias T-353 de 2018, T-430 de 2017 y SU-055 de 2015 que establecen al respecto: “Para que se configure la agencia oficiosa, (sic) la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción”.

[39] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[40] Sentencia T-465 de 2018.

[41] Artículo 41. a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[42] Reiterado en sentencias T-446 de 2018.

[43] Sentencias C-119 de 2008, T-206 de 2013, T-234 de 2013 y T-742 de 2017.

[44] Sentencia T-239 de 2019.

[45] Sentencia T-174 de 2015.

[46] Sentencia T-115 de 2018.

[47] Artículo 13 superior.

[48] Sentencia T-310 de 2016.

[49] Sentencias T-310 de 2018 y T-369 de 2017.

[50] Sentencia T-028 de 2019 y T-085 de 2018.

[51] Decreto Estatutario 2591 de 1991, artículo 26, Sentencias T-038 de 2019, T-382 de 2018, T-085 de 2018, entre otras.

[52] Sentencias T-147 de 2016, SU-225 de 2013 y SU-540 de 2007.

[53] Artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

[54] Sentencia T-970 de 2014.

[55] La Corte comenzó a analizar un tercer evento en el que la muerte del accionante no deriva de un daño consumado en sentencias T-038 de 2019, T-106 de 2018, T-481 de 2016, T-200 de 2013, T-585 de 2010 y T-988 de 2007.

[56] Sentencias T-491 de 2018, T-264 de 2017 y T-481 de 2016.

[57] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[58] “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

[59] Sentencia T-387 de 2018.

[60] Sentencia T-760 de 2008, entre otras.

[61] Sentencia T-073 de 2013 reiterada en T-208 de 2017.

[62] Sentencia T-208 de 2017.

[64] Sentencia T- 014 de 2017 y T-096 de 2016.

[65] Sentencia T-054 de 2014 y T-099 de 1999.

[66] Sentencias T-552 de 2017 y T-1219 de 2003.

[67] Sentencias T-552 de 2017, T-025 de 2014, T-1030 de 2012 y T-114 de 2011.

[68] Sentencia T-160 de 2011.

[69] Sentencia T-014 de 2017 revisó cuatro casos de adultos mayores que padecían de enfermedades como síndrome urinario obstructivo, hipertensión, artrosis degenerativa, herniorrafia inguinal derecha, e Hiperplasia de la próstata (77 años de edad, régimen subsidiado). Caso en el que si bien no se contaba con orden médica era evidente y de la historia clínica se colegía, que el suministro de los pañales disminuía las difíciles consecuencias de la enfermedad.

[70] Sentencias T-171 de 2018, T-760 de 2008, T-344 de 2002, T-786 de 2001, SU-819 de 1999.

[71] “Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

[72] Sentencias T-380 de 2015 y T-118 de 2011.

[73] Sentencias T-380 de 2015 y T-552 de 2017.

[74] Sentencia T-215 de 2018.

[75] Folios 4 al 89 del cuaderno 1.

[76] Sentencia C-313 de 2014, que examinó el proyecto de ley estatutaria en salud.

[77] “Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”.

[78] En la cual se realiza una votación por parte de los pacientes posiblemente afectados con la exclusión.

[79] “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

[80] “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

[81] La metodología del procedimiento estableció como requisito para que una tecnología sea excluida, que los votos recaudados superen el 50% en favor de la exclusión.

[82] Consolidado de resultados de votación electrónica interactiva III Fase del Procedimiento técnico-científico y participativo de exclusiones (eventos desarrollados en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín, Mitú, Pasto, Pereira y Valledupar, en octubre de 2017).

[83] Informe fase IV: adopción y publicación de las decisiones sobre tecnologías a excluir.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>

[84] “Tabla 3 Ejemplo de financiación de tecnologías no excluidas”.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>.

[85] “Por la cual se establece el procedimiento de acceso. reporte de prescripción. suministro. verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

[86] “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

[87] “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

[88] Sentencia T-491 de 2018.

[89] Sentencias T-121 de 2015, T-260 de 2017, T-314 de 2017, T-637 de 2017.

[90] Ver sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

[91] Sentencia que protegió los derechos de una persona de la tercera edad, que por sus quebrantos de salud consignados en la historia clínica, inferían la necesidad en el suministro de pañales e insumos, ello a pesar de no contar con orden médica.

[92] La sentencia T-579 de 2017 estableció que la “protección y garantía del derecho a la salud, impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida, entre otros”.

[93] Sentencia T-760 de 2008, reiterada en la C-313 de 2014.

[94] Sentencia T-171 de 2018.

[95] Sentencia T-215 de 2018, T-260 de 2017 y T-552 de 2017.

[97] Sentencia T-239 de 2016.

[98] Sentencia T-417 de 2016 y T-669 de 2013.

[99] Sentencia T-177 de 2015.

[100] Sentencia T-405 de 2017.

[101] Similar decisión se tomó en sentencia T-215 de 2018.

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

[103] Sentencia T-458 de 2018.

[104] Por el cual se establece: (i) las clases de pagos moderadores, (ii) el objeto de su recaudo, (iii) la manera cómo estos se fijan y, (iv) las excepciones a su pago.

[105] Sentencia T-760 de 2008.

[106] Sentencias T-402 de 2018, T-062 de 2017 y T-330 de 2006.

[107] Sentencia T-045 de 2008, reiterada en la T-085 de 2018.

[108] Sentencias T-579 de 2017 y T-301 de 2016. La Constitución de la OMS concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”.

[109] Pañales, óxido de zinc y alimento para diabéticos.

[110] Pág 26.

[111] Pág. 13.

[112] Frente a este punto la sentencia señala que “la carga de la prueba se invierte cuando se trata de demostrar la situación financiera del accionante o el agenciado” (pág. 18). Difiero de esta sub regla jurisprudencial. La jurisprudencia ha señalado que la falta de capacidad económica es uno de los requisitos para que insumos no incluidos en el PBS sean entregados (T-491 de 2018). En estos términos, si la accionante en una acción de tutela alega requerir insumos no incluidos en el PBS y no tener capacidad económica para sufragar sus costos, es a esta a quien le corresponde aportar elementos de prueba mínimos que demuestren dicha incapacidad económica. Invertir la carga de la prueba en este punto equivale a afirmar que el citado requisito en realidad no existe.