

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Subreglas cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad

Esta Corporación ha constatado que existen distintos insumos que no son prescritos por los médicos tratantes, pero que la imposibilidad de acceder a ellos, afectan las condiciones que permiten a un paciente vivir dignamente. En este escenario, la Corte Constitucional ha ordenado a algunas entidades prestadoras de salud la prestación de servicios médicos excluidos del plan de beneficios. Por ello, ha establecido que el juez constitucional deberá verificar que: “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Si no existe orden del médico tratante, puede ser ordenado por el juez cuando de las pruebas se determine que el paciente lo requiere con necesidad

Cuando la prestación del servicio de salud no haga parte de la cobertura de los planes de beneficios, es preciso que se estudie la posibilidad de inaplicar el régimen de exclusiones del POS y para ello, se debe verificar el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales consolidadas por la Corte Constitucional y que fueron expuestas en este capítulo. Ahora bien, en relación con el presupuesto relativo a la orden del médico tratante, el mismo es inaplicable cuando de la historia clínica del paciente, resulta evidente la relación entre su condición de salud y la prestación médica solicitada. En especial el suministro de pañales desechables para personas de la tercera edad cuya condición médica evidencia la necesidad del insumo.

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Suministro de pañales para personas de la tercera edad

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Beneficiarios tienen derecho a acceder a los servicios médicos que requieran con necesidad

Las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que “requieren con necesidad” aun cuando no hagan parte de la cobertura de plan de beneficios médicos de dicho Fondo. Para tal efecto, el juez constitucional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos en la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para inaplicar régimen de exclusiones del POS, son vinculantes

La Corte Constitucional ha garantizado el derecho a la salud de algunos beneficiarios del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando sus respectivas IPS negaron la prestación de los servicios médicos que requerían para la recuperación de las patologías que presentaban, bajo el argumento de que no se encontraban incluidos en la cobertura del plan de beneficios. Para ello, aplicó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión del POS.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela/CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

La muerte del afiliado conduce a que el juez constitucional declare la carencia actual de objeto por daño consumado, sin embargo la Corte Constitucional, en sede de Revisión, puede estudiar de fondo el asunto a fin de determinar si la accionada vulneró los derechos constitucionales del actor. De esta manera, si el fallo de instancia niega el amparo solicitado, se confirmará siempre que aquel se ajuste a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional o, en caso contrario, lo revocará advirtiéndole que aunque la decisión adoptada hubiere sido la de conceder el amparo, se produjo el fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado y de ser necesario, determinará las investigaciones a que haya a lugar.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS autorice servicio de enfermera domiciliaria de medio tiempo, suministro de pañales

desechables que requiere con necesidad

Referencia: expedientes T-4278211, 4285845, T-4287698

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Mauricio González Cuervo en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1997, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá y el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, en los asuntos de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección Número Tres mediante Auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), decidió acumular entre sí los expedientes T-4278211, T-4285845 y T-4287698 para que fueran fallados en una misma providencia.

Los expedientes acumulados presentan patrones fácticos similares, en el sentido de que los demandantes solicitan el amparo del derecho a la salud de personas de la tercera edad, a quienes sus entidades prestadoras de salud les vulneraron los derechos a la salud y a la vida digna con la negativa de autorizar los servicios médicos que requieren para el manejo de distintas patologías que presentan, bajo el argumento de que aquellos se encuentran excluidos del plan de beneficios médicos y que no existe orden del médico tratante.

1. Expediente T-4278211 Bernarda de las Misericordias Molina Arroyave agente oficiosa de

Ana María Arroyave Palacio en contra de la Nueva EPS.

1.1. La señora Bernarda Molina Arroyave presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS, por considerar que dicha entidad vulneró el derecho a la salud de su tía, la señora Ana María Arroyave de 77 años de edad, al negarle la entrega de los pañales desechables que requiere para el manejo de sus patologías: “demencia leve a moderada compatible con demencia tipo Alzheimer + incontinencia urinaria y fecal”.

1.2. Señaló la demandante, que su tía es soltera y depende económicamente de ella. Actualmente reside en el hogar geriátrico El Edén del Abuelo ubicado en la ciudad de Medellín.

1.3. Afirmó, que los médicos de la Nueva EPS se han negado a prescribir los pañales desechables y a diligenciar la solicitud ante el Comité Técnico Científico para que se autorice la entrega de estos insumos, bajo el argumento de que ellos no están autorizados para realizar dicho trámite.

1.4. Sandra Milena Osorno Valencia coordinadora jurídica de la regional noroccidente de la Nueva EPS, solicitó al juez de instancia negar el amparo del derecho a la salud de la señora Arroyave Palacio tras considerar que dicha entidad no ha vulnerado el derecho a la salud pues, los pañales desechables son implementos de aseo que se encuentran excluidos del plan de beneficios de salud.

1.5. Agregó, que en el caso de la paciente, no hay evidencia científica de que los pañales desechables presenten alguna utilidad en la recuperación de la patología incontinencia urinaria y fecal.

1.6. Sostuvo, que no existe orden del médico tratante que prescriba el uso de pañales desechables.

Decisión de única instancia

1.7. El Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín negó el amparo del derecho a la salud a la señora Ana María Arroyave bajo el argumento de que no existe orden del médico tratante que determine que la paciente requiere del uso de pañales para tratar las patologías que presenta.

1.8. El fallo no fue impugnado.

2. Dunia Amalia Bermúdez de Tejada agente oficiosa de Gloria Cajale de Bermúdez en contra de Aliansalud EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-

2.1. La señora Dunia Bermúdez presentó acción de tutela por considerar que Aliansalud EPS, vulneró el derecho a la salud de su madre, la señora Gloria Cajale de 88 años de edad, al negar los siguientes servicios de salud: (i) enfermería durante las 24 horas, (ii) suministro de oxígeno, (iii) entrega de una silla de ruedas (iv) pañales desechables y (v) crema de la marca Cetaphil loción SPF 15.

2.2 Afirmó de demandante, que estos servicios médicos son requeridos para el manejo de las enfermedades que presenta su mamá: “cuadro neurológico por hemiparesia derecha, disartría y fluctuación en el estado mental; secuelas de fractura de

cadera izquierda e intertrocantérica del fémur izquierdo; infección renal; accidente cardiovascular de corona radiada izquierda y carcinoma baso celular en la parte baja de la columna”.

2.3. Relató la accionante, que la paciente requiere del cuidado permanente de un tercero y que la única persona que puede desempeñar esta función es ella, debido a que sus hermanos no viven en Bogotá. Sin embargo, afirmó que su deteriorado estado de salud ha impedido proporcionar de manera adecuada este cuidado, ya que presenta las siguientes enfermedades: “artritis reumatoidea, ruptura de bursa de la cadera, quistes de Baker en la rodilla, ruptura de manguito rotador”.

Aliansalud EPS

2.4. David Velásquez Echeverry representante legal de Aliansalud EPS, solicitó al juez de instancia negar el amparo del derecho a la salud solicitado, porque considera que esta entidad ha garantizado todos los servicios médicos que le han prescrito los médicos tratantes a la señora Gloria Cajale.

2.5. Señaló, que la negativa de entregar la crema Cetaphil obedece a que este artículo no fue autorizado por el Comité Técnico Científico debido a su carácter cosmético.

2.6. En relación con la silla de ruedas y con los pañales desechables, señaló que no se han autorizado debido a que no existe orden del médico tratante y porque la paciente no ha realizado los trámites ante el Comité Técnico Científico a fin de que se determine la necesidad de estos implementos para el manejo de las enfermedades que presenta.

2.7. Respecto del servicio de enfermería durante las 24 horas, adujo que este servicio fue negado debido a que la paciente requiere colaboración para desarrollar actividades cotidianas tales como bañarse, vestirse, comer etc. y que dichos cuidados deben ser proporcionados por su familia.

Ministerio de Salud y Protección Social

2.8. Luis Gabriel Fernández Franco director jurídico del Ministerio de Salud, solicitó al juez de tutela que en caso de amparar el derecho a la salud de la demandante y ordenar a la EPS accionada prestar servicios médicos incluidos o excluidos en el POS, se abstenga de efectuar algún pronunciamiento en relación con la facultad de recobro. Ello, por cuanto la EPS debe agotar los procedimientos administrativos establecidos para tal fin y de esta manera evitar la afectación de los recursos públicos.

2.9. En relación con la posibilidad de que la EPS accionada autorice los servicios de salud solicitados por la demandante, señaló que: (i) El oxígeno es un medicamento incluido en el plan de beneficios de salud, por lo tanto la EPS debe suministrarlo sin que pueda ejercer el derecho a recobro. (ii) El servicio de enfermería, así como el suministro de los pañales desechables, la silla de ruedas y la crema Cetaphil se encuentran excluidos del POS y por lo tanto su autorización deberá someterse a la evaluación del Comité Técnico Científico.

Decisión de única instancia

2.10. Mediante la sentencia del 28 de enero de 2014, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá concedió el amparo del derecho a la salud solicitado por la demandante. En consecuencia, ordenó a la EPS autorizar el suministro mensual del oxígeno domiciliario a dos litros por minuto 24 horas al día y de la crema loción Cetaphil.

2.11. Sin embargo, el juez de instancia negó la solicitud relacionada con la entrega de los

pañales desechables y de la silla de ruedas, bajo el argumento de que no existe prescripción médica que determine la necesidad de la entrega de estos implementos para el manejo de las enfermedades que presenta la señora Gloria Cajale de Bermúdez.

2.12 Esta sentencia se notificó mediante edicto No 008 del 10 de febrero de 2014. Posterior a ello, se radicó en el Juzgado de instancia el registro civil de defunción de la señora Gloria Cajale de Bermúdez que señala como fecha de fallecimiento el 18 de enero de 2014.

3. Carlos Enrique Rodríguez Linares agente oficioso de María Bárbara Linares de Rodríguez en contra de Médicos Asociados EPS, la Fiduprevisora S.A. el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal Medicol Salud 2012.

3.1. El señor Carlos Enrique Rodríguez formuló acción de tutela tras considerar que la EPS accionada vulneró el derecho a la salud de su madre, la señora María Bárbara Linares de Rodríguez, con la negativa de suministrar pañales desechables, pañitos húmedos, crema antiescaras y proporcionar el servicio de enfermería durante el día, que requiere para el manejo de las siguientes patologías que presenta la paciente: “epoc, anemia, hipertensión, coleditiasis, insuficiencia cardíaca congestiva, incontinencia, desnutrición entre otras afecciones”.

3.2. La señora María Bárbara Linares, tiene 100 años de edad y es beneficiaria de los servicios de salud de su hijo Carlos Enrique Rodríguez Linares, vinculado al régimen de prestaciones sociales del Magisterio.

3.3. El accionante afirmó, que la señora María Bárbara Linares y su hermana María Cristina de 65 años de edad, quien se encuentra en situación de discapacidad debido a una enfermedad congénita denominada “ataxia de Frederik (sic)”, dependen económicamente de él y que, el cuidado y atención de ambas se encuentra a cargo de su hermano Carlos Enrique Rodríguez de 59 años de edad, quien padece diabetes y otras enfermedades que impiden que pueda proporcionar una atención adecuada a su madre mientras el actor permanece en su lugar de trabajo.

Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

Médicos Asociados EPS

3.4. Julián David Murillo Arias abogado del área de gestión jurídica de la EPS Médicos Asociados, solicitó al juez de instancia negar el amparo del derecho a la salud solicitado por el demandante al considerar que los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras son insumos que se encuentran excluidos del plan de beneficios médicos del Magisterio.

Ministerio de Salud y Protección Social

3.6. Luis Gabriel Fernández Franco, en calidad de director jurídico de este Ministerio, solicitó la desvinculación de esta entidad bajo el argumento de que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y en la Ley 647 de 2001, el sistema general de seguridad social en salud no se aplica a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por lo tanto, señaló que “se tornaría inconsecuente la orden que pudiera obligar al FOSYGA a soportar las cargas económicas de aquel, porque no le corresponden, hecho que vulneraría el artículo 9 de la ley 100”.

Actuaciones en sede de Revisión

3.7. Mediante Auto del 1 de julio de 2014, el Magistrado sustanciador dispuso la vinculación al trámite de tutela a la Fiduprevisora, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y la Unión Temporal Medicol Salud 2012.

3.8. En razón a ello, ordenó que por Secretaría General de esta Corporación se pusiera en conocimiento de tales entidades el contenido de la solicitud de tutela interpuesta por el señor Carlos Enrique Linares Rodríguez como agente oficioso de la señora María Bárbara Linares de Rodríguez, para que dentro del día siguiente a la comunicación de esta providencia expusiera los criterios que a bien tuvieran en relación con los hechos sometidos al conocimiento del juez constitucional, sobre las pretensiones de la parte accionante y respecto del fallo de instancia.

3.9. Adicionalmente, ordenó que por Secretaría General de la Corte Constitucional se estableciera comunicación por vía telefónica, con el señor Carlos Enrique Linares Rodríguez, agente oficioso de la señora María Bárbara Linares de Rodríguez, con el objeto de establecer: (i) ¿cómo se encuentra conformado el grupo familiar de la señora Linares de Rodríguez? (ii) ¿cuál es la fuente de ingresos de las personas que conforman este núcleo

familiar? (iv) ¿cuál es el estado actual de salud de la paciente? (v) si actualmente la señora María Bárbara Linares de Rodríguez recibe el suministro de pañales desechables y quién cubre este gasto.

Decisión de única instancia

3.10. Mediante sentencia del 24 de enero del 2014 el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá negó el amparo del derecho a la salud solicitado por el demandante, bajo el argumento de que los servicios de salud solicitados no han sido prescritos por el médico tratante.

Unión Temporal Medicol Salud

3.11. El 11 de julio de 2014 la Unión Temporal Medicol 2012 atendió el requerimiento realizado por esta Corporación, a través de la abogada Jennifer Eliana Raigoza quien actuando como abogada de “Gestión Jurídica –Médicos Asociados S.A.” solicitó negar el amparo respecto de esta entidad, en virtud de que es una IPS y que por lo tanto, la prestación del servicio de salud se ejerce bajo los lineamientos dados por la Fiduprevisora en calidad de ente asegurador.

La Fiduprevisora S.A. el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.12. Aunque a través del oficio OPT-A-544/2014 del 4 de julio de 2014, la Secretaría de esta Corporación notificó a estas entidades, la decisión adoptada por el Magistrado sustanciador de vincularlas al trámite de tutela, y puso en conocimiento la demanda presentada por el actor a fin de que se pronunciaran frente a los hechos narrados por el actor, La Fiduprevisora S.A. y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio guardaron silencio.

Por lo anterior, la Corte Constitucional dará aplicación a lo dispuesto en artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y presumirá la veracidad de lo expuesto por el actor.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1997 y en cumplimiento del Auto proferido por la Sala Tres de Selección el 31 de marzo de 2014.

Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron el derecho a la salud de las personas de la tercera edad al negarles la autorización del suministro de pañales desechables, crema antiescaras, silla de ruedas y el servicio de enfermería, bajo el argumento de que se encuentran excluidos dentro del plan de beneficios y que no existe orden del médico tratante.

Para abordar el problema planteado y teniendo en cuenta que este problema jurídico ha sido objeto de estudio en numerosos fallos por parte de esta Corporación, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales relativas a: (i) el derecho a acceder a los servicios de salud que requiere y su protección constitucional respecto de las personas de la tercera edad; (ii) régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (iii) la carencia actual de objeto por daño consumado. En ese marco, se abordará el estudio de los casos concretos.

El derecho a acceder a los servicios de salud que se “requiere” y su protección constitucional respecto de las personas de la tercera edad.

De acuerdo con el artículo 48 Superior, el derecho a la salud tiene una doble connotación: la de servicio público cuya prestación y coordinación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad[1] y la de derecho autónomo que se define como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser[2]” y que se garantiza bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad[3]”.

La salud como derecho, comprende la posibilidad de acceder a los servicios médicos que

una persona “requiere” para el manejo de una patología que presenta, es decir, a aquellos que son “indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal[4]”.

Sumado a lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Política, esta Corporación[5] ha establecido que el derecho a la salud adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como es el caso de las personas de la tercera de edad, en razón a “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[6]”.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional[7] ha amparado el derecho a la salud en sede de tutela, en las siguientes eventualidades: “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios[8]”.

Frente a este último evento, la Corte Constitucional[9] ha evidenciado casos en los cuales la negativa del acceso a los servicios médicos excluidos del POS lesiona la garantía de los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, y ha concedido su amparo a través de la acción de tutela. En consecuencia, ha ordenado a distintas EPS, autorizar la prestación de los servicios que requiere un paciente, aun cuando estén excluidos del plan de beneficios médicos, cuando se verifiquen los siguientes presupuestos:

“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata 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 (iii) 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.).[;] (iv) 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”.

Sin embargo, frente al último presupuesto, esta Corporación ha constatado que existen distintos insumos que no son prescritos por los médicos tratantes, pero que la imposibilidad de acceder a ellos, afectan las condiciones que permiten a un paciente vivir dignamente.

En este escenario, la Corte Constitucional ha ordenado a algunas entidades prestadoras de salud la prestación de servicios médicos excluidos del plan de beneficios. Por ello, ha establecido que el juez constitucional deberá verificar que: “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables[10]”

Bajo esta línea, la Corte Constitucional en la sentencia T-827 de 2010[11] amparó los derechos constitucionales a la salud y vida digna de una señora de 80 años de edad quien presentaba las siguientes patologías: “enfermedad renal crónica e infección del tracto urinario y neuropatía crónica, demencia tipo Alzheimer, y un trastorno psiquiátrico” que le impedía controlar esfínteres y por lo tanto usaba pañales desechables.

En esta oportunidad, esta Corporación ordenó a Coomeva EPS entregar los pañales desechables que requiriera la accionante aun cuando estos no habían sido prescritos por el médico tratante. Al respecto señaló:

“Aunque en el expediente de tutela no se presente fórmula médica en la que se indique que a Lucía Cárdenas Velillo le haya sido prescrita la utilización de pañales por un médico adscrito a Coomeva E.P.S., de su historia clínica puede deducirse la necesidad de utilizar pañales desechables dadas las características de las patologías presentadas”.

De igual modo, la Sala Octava de Revisión mediante la sentencia T-160 de 2011[12] ordenó a la Nueva EPS entregar los pañales desechables que requería un paciente de 60 años de edad, para el manejo de la enfermedad que presentaba “parkinson de rigidez” aun

cuando no existía orden del médico tratante.

En esta oportunidad, a partir de la historia clínica del paciente la Corte constató que dicha patología impedía la movilidad del actor y que en efecto, requería el uso de pañales desechables para realizar sus necesidades fisiológicas. En concreto expresó:

“Así las cosas, esta Sala obviará el último de los requisitos reseñados, por cuanto, como quedó demostrado existe una clara afrenta a la vida en condiciones dignas del agenciado, que requiere, por su condición física, los pañales desechables y, adicionalmente, hay una conexión directa entre la dolencia y lo pedido en sede de tutela”.

En similar sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia T-073 de 2013[13] amparó los derechos a la salud y a la vida digna de un hombre quien sufrió un trauma craneoencefálico en un accidente automovilístico que afectó su movilidad. En consecuencia, ordenó a la EPS Convida entregar los pañales desechables que requiriera el paciente.

En este pronunciamiento, la Sala Séptima de Revisión determinó la relación entre la condición de salud del actor y el uso de pañales desechables para garantizar el derecho a vivir en condiciones dignas. Al respecto señaló:

“En estos casos es preciso acudir al principio constitucional de la dignidad humana del paciente, por cuanto este tipo de justificaciones evasivas ponen en grave peligro los derechos fundamentales, y por lo tanto, la Sala considera que el estado de salud del señor Juan Carlos Pinzón Alonso, presenta serias dificultades, razón por la cual el suministro del insumo solicitado (pañales desechables) lo que busca en últimas, es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad”

En resumen, el derecho a la salud comprende la garantía en el acceso a los servicios médicos que una persona “requiere con necesidad” para el manejo de una patología que presenta, esté o no autorizado en el plan de beneficios de salud.

No obstante, cuando la prestación del servicio de salud no haga parte de la cobertura de los planes de beneficios, es preciso que se estudie la posibilidad de inaplicar el régimen de exclusiones del POS y para ello, se debe verificar el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales consolidadas por la Corte Constitucional y que fueron expuestas en este

capítulo.

Ahora bien, en relación con el presupuesto relativo a la orden del médico tratante, el mismo es inaplicable cuando de la historia clínica del paciente, resulta evidente la relación entre su condición de salud y la prestación médica solicitada. En especial el suministro de pañales desechables para personas de la tercera edad cuya condición médica evidencia la necesidad del insumo.

Régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG). Vinculatoriedad de las reglas establecidas por la Corte constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

En armonía con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 el régimen general de seguridad social no se aplica a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-. De acuerdo con ello, la prestación del servicio de salud de los docentes del sector público y sus beneficiarios se regula de acuerdo a sus propios estatutos.

En relación con lo anterior, a través de la Ley 91 de 1989 se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica y se estableció como uno de los objetivos, garantizar la prestación de los servicios médicos que requieran los docentes y sus beneficiarios. Para tal efecto, previó la existencia de un Consejo Directivo que cumple las siguientes funciones: “(i) Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (ii) Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo. (iii) Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. (iv) Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos. (v) Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación y (vi) Las demás que determine el Gobierno Nacional”.

En cumplimiento de lo anterior, el FOMAG garantiza la prestación del servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios, a través de distintas instituciones prestadoras de salud (IPS)

ubicadas en todas las regiones del país y que son vinculadas a la Fiduprevisora S.A., de conformidad con los presupuestos que regulan la contratación estatal.

Actualmente, la regulación de este servicio se encuentra dispuesta en el Acuerdo 04 de 2004[14] y en la guía de atención al usuario 2012 -2016[15].

Conforme a ello, los docentes y sus beneficiarios pueden acceder a todos los servicios médicos prescritos por el médico tratante y que no se encuentren excluidos de manera expresa en la guía de atención al usuario. En este sentido el literal L de este documento señala: “Todo lo que no esté expresamente excluido se considera incluido”.

En concreto, según la guía de atención al usuario vigente, los siguientes servicios de salud se encuentran excluidos de la cobertura del plan de beneficios médicos:

“

- Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación.
- Tratamientos y medicamentos relacionados con la disfunción sexual masculina y femenina.
- Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad.
- Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y suministren por fuera del territorio Nacional.
- .Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente. Exceptuando los incluidos en el Decreto 481 del 2004 (medicamentos vitales no disponibles)
- Tratamientos de ortodoncia.
- Tratamientos de rehabilitación oral.

- Tratamientos con Prótesis Dentales.
- Tratamientos para la obesidad, con fines estéticos, entendiéndose en estos las intervenciones de todo tipo que no sean indicadas para el tratamiento de la obesidad mórbida o los encaminados a restituir la funcionalidad endocrina de acuerdo a las Guías de Atención que se establezcan por el Ministerio de Salud o la Sociedad Científica.
- El prestador de salud no podrá formular o suministrar medicamentos cuya comercialización haya sido suspendida por una autoridad competente a nivel nacional.
- No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, leches, cremas hidratantes, antisolares, drogas para la memoria o impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental. Los antisolares y cremas hidratantes serán cubiertos cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente.
- Calzado Ortopédico.
- Los pañales de niños y adultos
- Medicamentos y procedimientos derivados de la atención por medicina alternativa[16]”.

Ahora bien, aunque en principio el FOMAG puede establecer autónomamente el contenido del plan de beneficios médicos, esta Corporación ha señalado que “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política[17]”.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional[18] ha garantizado el derecho a la salud de algunos beneficiarios del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando sus respectivas IPS negaron la prestación de los servicios médicos que requerían para la recuperación de las patologías que presentaban, bajo el argumento de que no se encontraban incluidos en la cobertura del plan de beneficios. Para ello, aplicó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión del POS, y que fue

ampliamente desarrollada anteriormente (supra páginas 8 y 9).

De esta manera en la sentencia T-592 de 2007[19] la Corte Constitucional amparó el derecho fundamental a salud de una menor de edad, hija de una docente vinculada a la Secretaría de Educación del Tolima, a quien el médico tratante le había prescrito el medicamento “somatropina recombinante” para el manejo del “trastorno de crecimiento” que presentaba. La EPS negó el suministro de este medicamento bajo el argumento de que estaba excluido del plan de beneficios médicos establecidos en el contrato suscrito con la Fiduprevisora S.A.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional precisó:

“Si bien la Corporación ha reconocido el carácter excepcional del régimen del magisterio que se desprende del artículo 279 de la ley 100 de 1993, también ha aclarado que tal naturaleza no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política[39]. Así las cosas, si bien el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuenta con un catálogo de servicios propio, la extensión de su cobertura puede ser analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la inaplicación del régimen de exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud, como quiera que la lógica que subyace a la elaboración del plan de servicios del Fondo del Magisterio es, en líneas generales, la misma que irradia la concepción del Manual de Procedimientos del Régimen General de Seguridad Social en Salud.

En este orden de ideas, el juez constitucional se encuentra facultado para inaplicar las cláusulas de exclusiones y limitaciones del catálogo de servicios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando encuentre reunidos los requisitos delineados por la jurisprudencia constitucional, para dar aplicación directa a la Constitución Política y amparar el derecho a la salud, bien porque se considere fundamental por tratarse de sujetos de especial protección o porque se encuentre en conexidad con otros derechos de tal naturaleza”.

De acuerdo con lo anterior, las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que “requieren con necesidad” aun cuando no hagan parte de la cobertura de plan de beneficios médicos de dicho Fondo. Para tal efecto, el juez constitucional deberá acreditar el

cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos en la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

El fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado cuando acontece la muerte del demandante durante el trámite de la acción de tutela

La naturaleza de la acción de tutela radica en el amparo inmediato de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Según el artículo 86 Superior, la protección que deviene del juez constitucional radica en “una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Sin embargo, existen ocasiones en las cuales durante el trámite de la acción de tutela se supera la situación que causó la amenaza o la vulneración de los derechos constitucionales del accionante y por lo tanto, dicha orden de acción o abstención carecería de objeto, pues ya no tendría algún efecto útil[20]. Este fenómeno se conoce como carencia actual de objeto por hecho superado o daño consumado.

En esta oportunidad, la sala desarrollará este fenómeno en lo pertinente al daño consumado, toda vez que esta Corporación[21] ha entendido que con la muerte del demandante durante el trámite de la acción de tutela, desaparecen las razones fácticas que motivaron la demanda sin que exista injerencia de la acción u omisión de la accionada, es decir que, no se superaron las barreras que impedían el ejercicio de los derechos constitucionales del actor.

En principio, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 la carencia actual de objeto por daño consumado constituye una causal de improcedencia de la acción de tutela. Sin embargo, en sede de revisión, la ocurrencia de este fenómeno no impide a la Corte Constitucional efectuar un estudio de fondo del expediente a fin de determinar si existió o no la vulneración de los derechos constitucionales por parte de la entidad accionada.

Lo anterior, obedece a la función que cumple esta Corporación en relación con la revisión de los fallos de tutela proferidos por los jueces de todo el país en el sentido “de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas

constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos y estableciendo la doctrina constitucional[22]”.

En relación con lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la sentencia SU 540 de 2007[23] expresó:

“En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque ocurra la muerte del peticionario durante el trámite de la tutela, conserva la competencia para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien es cierto que por esa causa, entendida como un daño consumado, la Corte queda impedida para impartir contra el demandado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, también lo es que en virtud de su función secundaria[24], en la eventual revisión de los fallos de tutela, debe resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, i.) en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y ii.) en consideración a que sus funciones, en materia de tutela, exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia[25]”.

En este contexto, la fórmula que debe adoptar la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia cuando ocurre el fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado, fueron resumidas por la Sala Quinta de Revisión en la sentencia T-557 de 2010[26] de la siguiente manera:

“Entonces, sobre el particular se puede enunciar como regla general que a.) si la Corte encuentra que la decisión se profirió conforme a la Constitución Política y a la jurisprudencia, confirmará el fallo; b). si verifica que sí hubo una vulneración, o que la tutela era procedente, revocará la decisión y señalará que aunque se habría concedido la tutela, se presentó un daño consumado con la muerte del actor, con lo que se configura la carencia de objeto y así lo declarará, previo su pronunciamiento de fondo, para determinar el alcance de los derechos vulnerados (en armonía con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991) y emitirá la orden de compulsar copias de la sentencia y del expediente a las autoridades correspondientes para eventuales investigaciones, si fuere el caso”.

En resumen, la muerte del afiliado conduce a que el juez constitucional declare la carencia

actual de objeto por daño consumado, sin embargo la Corte Constitucional, en sede de Revisión, puede estudiar de fondo el asunto a fin de determinar si la acciónada vulneró los derechos constitucionales del actor. De esta manera, si el fallo de instancia niega el amparo solicitado, se confirmará siempre que aquel se ajuste a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional o, en caso contrario, lo revocará advirtiéndole que aunque la decisión adoptada hubiere sido la de conceder el amparo, se produjo el fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado y de ser necesario, determinará las investigaciones a que haya a lugar.

Estudio de los casos concretos

Una vez analizada la jurisprudencia constitucional en relación con el deber de garantizar el acceso a los servicios médicos incluidos o no en el POS que una persona “requiere con necesidad” para el manejo de la patología que presenta, se aplican las reglas jurisprudenciales relativas a la inaplicación del régimen de exclusiones de los planes de beneficios, sin distinguir si el paciente se encuentra vinculado a alguno de los regímenes especiales que no regula la Ley 100 de 1993.

La controversia en el presente caso, surge por la negativa de la Nueva EPS de autorizar la entrega de los pañales desechables que requiere la señora Ana María Arroyabe de 77 años de edad, para el manejo de las enfermedades que presenta: “demencia leve a moderada compatible con demencia tipo alzheimer + incontinencia urinaria y fecal”, bajo el argumento de que son implementos de aseo que se encuentran excluidos del POS.

Por su parte, la razón del juez de instancia para negar el amparo solicitado, radica en que no existe orden del médico tratante que determine la necesidad del suministro de los pañales desechables para el manejo de la enfermedad que presenta la paciente.

Bajo este escenario, la Sala abordará el análisis del caso concreto aplicando las reglas jurisprudenciales relativas a la inaplicación del régimen de exclusiones del plan de beneficios médicos, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado”.

La señora Ana María Arroyave presenta una enfermedad denominada “incontinencia urinaria” y es claro para la Sala, que el uso de los pañales desechables es necesario para mantener condiciones de higiene que le permiten vivir en condiciones dignas. Pues, aunque no se encuentre demostrado que el uso de los pañales desechables garantiza la recuperación de esta patología, la necesidad de este implemento, radica en mitigar el impacto adverso que produce esta enfermedad pues, la misma impide a la paciente realizar las necesidades fisiológicas normalmente alterando las condiciones de aseo tanto personales como las de su entorno, pues la paciente reside en un hogar geriátrico.

“(ii) que se trata 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”

Encuentra la Sala, que los pañales desechables no tienen un implemento sustituto en el plan obligatorio de salud. Ello, en razón a que el POS no autoriza el suministro de ningún implemento de aseo.

“(iii) 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.)”.

En relación con la capacidad económica que permita a la señora Ana María Arroyave y su núcleo familiar, asumir el costo de los pañales desechables que requiere, a partir del relato de quien actúa como agente oficiosa en la demanda de tutela y que no fue controvertido por la Nueva EPS, se pudo constatar que la paciente es soltera, no procreó hijos y depende económicamente de su sobrina la señora Bernarda Molina Arroyave, quien es ama de casa y no percibe un ingreso permanente que le permitan cubrir el costo de estos insumos.

(iv) 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”.

Es claro para la Corte que no existe orden del médico tratante que determine la necesidad del uso de los pañales desechables para el manejo de la patología “incontinencia urinaria” que presenta la señora Ana María Arroyave.

Sin embargo, la Sala evidencia que para el manejo de la patología “incontinencia urinaria” que presenta la señora Ana María Arroyave resulta indispensable el uso de pañales desechables a fin de mantener las condiciones elementales de aseo e higiene personal, así como las de su entorno, pues ella reside en un ancianato y el inadecuado manejo de la enfermedad conlleva a consecuencias adversas que se extiende al ámbito de la sana convivencia con los demás ancianos.

De esta manera, la Sala constató que la ausencia del suministro de los pañales desechables lesiona la garantía de los derechos constitucionales a la salud y a vida en condiciones dignas.

Por lo anterior, esta Sala revocará la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento y en su lugar concederá el amparo del derecho a la salud y vida digna de la señora Ana María Arroyave Palacio. En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia autorice el suministro de los pañales desechables en la cantidad, calidad y regularidad que indique el médico tratante.

Dunia Amalia Bermúdez de Tejada agente oficiosa de Gloria Cajale de Bermúdez en contra de Aliansalud EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-

En el presente caso, la accionante solicitó el amparo de los derechos constitucionales a la salud y vida digna de su madre, la señora Gloria Cajale de Bermúdez, de 88 años de edad, que según el actor, fueron vulnerados por la EPS accionada con la negativa del suministro de pañales desechables, crema humectante, silla de ruedas y el servicio de enfermería durante 24 horas, que requiere para el manejo de la patología que presenta.

En este momento, correspondería a la Sala realizar el análisis del caso concreto y de acuerdo con las consideraciones señaladas resolver el problema constitucional planteado.

Sin embargo observa, que luego de que la sentencia de única instancia fuera notificada mediante Edicto No 008 fijado en la Secretaría del Juzgado, a partir del 5 de febrero hasta el 28 de enero de 2014, se anexó al expediente, registro civil que da cuenta de la muerte de la señora Gloria Cajale de Bermúdez el 18 de enero de 2014.

Por lo tanto, la Sala declarará que en este caso, la muerte de la accionante produjo el fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado, que hace ineficiente cualquier orden que pudiese impartir la Corte en esta sentencia a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales a la salud y vida digna.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en relación con la fórmula que debe adoptar la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia, aun cuando ha operado el fenómeno de carencia actual objeto por daño consumado, la Sala verificará si se vulneraron los derechos fundamentales a la accionante y si de no haber ocurrido la muerte de la señora Gloria Cajale de Bermúdez hubiera concedido el amparo solicitado.

La señora Gloria Cajale de Bermúdez de 88 años de edad, al momento de la presentación de la acción de tutela, presentaba las siguientes patologías: “cuadro neurológico por hemiparesia derecha, disartría y fluctuación en el estado mental; secuelas de fractura de cadera izquierda e intertrocantérica del fémur izquierdo; infección renal; accidente cardiovascular de corona radiada izquierda y carcinoma baso celular en la parte baja de la columna”. En razón a ello, solicitó a Aliansalud EPS el suministro de pañales desechables, crema de la marca Cetaphil, oxígeno, una silla de ruedas y la prestación del servicio de enfermería durante las 24 horas.

Aliansalud EPS, negó la prestación de estos servicios médicos, bajo el argumento de que no hacen parte de la cobertura del POS. En relación con el servicio de enfermería, indicó que la solicitud se dirige a la colaboración en actividades cotidianas de aseo personal, los que deben ser proporcionados por la familia.

Frente a lo anterior, el juez de única instancia amparó el derecho solicitado por la demandante y en consecuencia ordenó a la EPS accionada, autorizar el suministro domiciliario de oxígeno y la crema loción Cetaphil. Sin embargo, negó la entrega de los pañales desechables, la silla de ruedas y la prestación del servicio de enfermería durante las 24 horas, bajo el argumento de que no existía orden de médico tratante que determinara la necesidad de estos servicios de salud.

Bajo este escenario, a partir de las pruebas que obran en el expediente la Sala constató que: (i) los pañales desechables y la silla de ruedas son implementos que no hacen parte de la cobertura del POS. Sin embargo, eran necesarios para garantizar a la señora Gloria

Cajale de Rodríguez el derecho a vivir en condiciones dignas, pues por su grave de estado de salud, se encontraba bajo cuidados paliativos[27], por lo tanto, el uso de pañales desechables resultaba necesario para que pudiera realizar las necesidades fisiológicas manteniendo las condiciones mínimas de higiene y aseo personal y de la silla de ruedas, a fin de permitir su movilidad la cual estaba limitada. (ii) De acuerdo con lo manifestado por la demandante y que no fue controvertido por la EPS, los recursos económicos eran insuficientes para acceder a los pañales desechables, y la silla de ruedas. (iii) los pañales desechables y la silla de ruedas son insumos que se encuentran excluidos del POS y no tienen algún sustituto que haga parte del plan de beneficios médicos (iv) aunque no existía orden del médico tratante que determinara la relación entre el uso de pañales desechables y la silla de ruedas para la recuperación de las enfermedades que presentaba la señora Gloria Cajale, a partir de su historia clínica, la Sala evidencia la necesidad de estos insumos para garantizar a la paciente condiciones de vida digna lo que permitiría obviar este requisito establecido dentro de los presupuestos jurisprudenciales para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

En relación con la prestación del servicio de enfermería durante las 24 horas, la Sala constató que quien proporcionaba el cuidado a la señora Gloria Cajale, era la demandante quien tiene 68 años de edad y presenta una patología[28] “síndrome de pinzamiento fémur acetabular” que impedía que pudiera proporcionar el adecuado cuidado que requería la paciente. Por lo tanto, aun cuando no existía orden del médico tratante las condiciones de salud de la paciente y la imposibilidad de la persona quien tenía a su cargo el cuidado personal de la paciente, permiten a la Corte determinar la necesidad que tenía la señora Cajale de Rodríguez de recibir este servicio.

En razón a lo expuesto, la decisión de la Sala hubiera sido la de revocar la decisión adoptada por el Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías en lo pertinente a la negativa de ordenar a la EPS accionada que prestara el servicio de enfermería durante las 24 horas, el suministro de pañales desechables y la entrega de la silla de ruedas. Por lo tanto confirmara la decisión adoptada por el juez de instancia pero revocará lo relativo a la negativa de ordenar a Aliansalud EPS que autorizara el suministro de pañales desechables, la entrega de la silla de ruedas y la prestación del servicio de enfermería durante las 24 horas. En su lugar, declarara la carencia actual de objeto por daño consumado por la ocurrencia de la muerte de la señora Gloria Cajale de

Rodríguez.

Carlos Enrique Rodríguez Linares agente oficioso de María Bárbara Linares de Rodríguez en contra de Médicos Asociados EPS, la Fiduprevisora S.A. el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal Medicol Salud 2012.

El accionante pone de presente la afectación de los derechos constitucionales a la salud y a la vida digna de su madre, la señora María Bárbara Linares de Rodríguez, como consecuencia de la ausencia del suministro de pañales desechables y de la prestación del servicio de enfermería durante el día, los que requiere para el manejo de patologías que presenta “diverticulitis, epoc, insuficiencia cardiaca y hipertensión arterial[29]”.

Al contestar la acción de tutela, la representante de esta IPS solicitó al juez de instancia, negar el amparo de los derechos reclamados respecto de la entidad que representa, pues, afirmó que aquella tiene la naturaleza de una IPS, que integra la Unión Temporal Medicol Salud 2012 y que presta los servicios de salud a los beneficiarios del régimen prestacional del Magisterio conforme los parámetros establecidos por el ente asegurador, esto es la Fiduprevisora S.A.

De acuerdo esta manifestación, el Magistrado sustanciador vinculó a este trámite, a la Unión Temporal Medicol Salud 2012, a la Fiduprevisora S.A. y a Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a fin de que se pronunciarán respecto de los hechos que motivaron la acción de tutela.

Frente a ello, la Unión Temporal Medicol Salud 2012, mediante escrito radicado el 11 de julio de 2014 a través de Jennifer Eliana Raigoza Murillo abogada de Gestión Jurídica de Médicos Asociados S.A. y actuando en calidad de integrante de la unión temporal, se pronunció en los mismos términos señalados en la contestación de la demanda.

Por su parte, la Fiduprevisora y S.A. y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, guardaron silencio. En razón a ello, la Corte resolverá el caso concreto de acuerdo con lo expuesto por el demandante y por los distintos pronunciamientos de Médicos Asociados S.A. que obran en el expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En relación con el suministro de pañales desechables, a partir de la explicación dada por la IPS accionada[31], la Sala constató que estos implementos de aseo se encuentran excluidos del plan de beneficios médicos del Magisterio. Por lo tanto, de acuerdo con el precedente constitucional señalado en esta sentencia (supra página 12), la Sala verificará las reglas establecidas para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado”.

La señora María Bárbara Linares de Rodríguez tiene 100 años de edad y de acuerdo con la historia clínica[32] presenta varias patologías “diverticulitis, epoc, insuficiencia cardiaca y hipertensión arterial”. Estos factores, según lo narrado por su hijo, han reducido su movilidad y por lo tanto, para realizar sus necesidades fisiológicas debe usar pañales desechables.

Por lo tanto, no acceder al suministro de los mismos afecta las condiciones de aseo personal necesarias para garantizar una vida digna.

“(ii) que se trata 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”

Encuentra la Sala, que los pañales desechables no tienen un implemento sustituto en el plan obligatorio de salud. Ello, en razón a que el plan de beneficios de salud del Magisterio, no autoriza el suministro de algún implemento de aseo.

“(iii) 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.)”.

A partir del relato del demandante, la Corte verificó que la señora María Bárbara Linares de Rodríguez depende económicamente de su hijo Carlos Enrique Linares de Rodríguez y por lo tanto es beneficiaria de los servicios de salud del régimen de prestaciones sociales del

Magisterio, respecto de aquel.

Del escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación por el señor Carlos Linares[33] la Sala verificó que: (i) él tiene 59 años de edad y recibe una asignación mensual de \$1.800.000 como trabajador de la Secretaría de Educación Distrital. (ii) el núcleo familiar de la paciente se encuentra conformado por el accionante y dos hermanos: Jairo Alberto de 68 años quien percibe una pensión de vejez equivalente al salario mínimo y María Cristina de 65 años de edad quien se encuentra en situación de discapacidad como consecuencia de una enfermedad congénita denominada “ataxia de Friedrich[34]” y además depende económicamente del actor.

Bajo este escenario, es claro para la Corte que los ingresos tanto del actor como de su hermano, resultan insuficientes para pagar el costo de los pañales desechables que requiere la señora María Bárbara Linares, pues además tienen que asumir los costos económicos relativos al manejo de la enfermedad de su hermana María Cristina y demás gastos de sostenimiento.

La Corte evidenció que no existe orden del médico tratante que determine la necesidad de que la señora María Bárbara Linares deba usar pañales desechables. Sin embargo, en aplicación de las consideraciones expuestas en esta providencia (supra páginas 11 y 12), la Corte omitirá este requisito en razón a que, para la Sala es claro que la señora Linares de Rodríguez en razón de su edad -100 años- ha sufrido un deterioro natural de su salud y condición física que entorpece actividades cotidianas como las relacionadas con la realización de las necesidades fisiológicas.

De otra parte, en relación con la solicitud de la prestación del servicio de enfermería durante el día, de acuerdo con lo narrado por la IPS Médicos Asociados S.A. observa la Sala que este es un servicio que hace parte de la cobertura del plan obligatorio de salud del Magisterio, sin embargo se encuentra limitado a pacientes “plenamente discapacitados que no pueden movilizarse por sus propios medios y que dependen de equipos médicos como soporte vital y que no cuenten con el mínimo apoyo familiar” y a la prescripción del médico tratante.

En razón a ello, la Corte determinará si las entidades accionadas, con la negativa de suministrar el servicio de enfermería a la señora María Bárbara Linares, lesionan el derecho

constitucional a la salud y vida digna de aquella y desatiende la obligación de prestar los servicios de salud que conforman el plan de beneficios médicos.

En primer término, encuentra la Sala que no existe orden del médico tratante que determine la necesidad de la señora María Bárbara de que se proporcione el servicio de enfermería durante el día, sin embargo, en razón de su edad -100 años- y a que según lo narrado por el demandante[35]: ella no ingiere alimentos sólidos, depende del suministro de oxígeno durante las 24 horas y por su avanzada edad presenta dificultades para movilizarse, resulta evidente que debe recibir una atención adecuada durante las actividades personales cotidianas y en el manejo de las patologías que presenta.

En segundo lugar, encuentra la sala que aunque la paciente vive con sus tres hijos quienes son los primeros obligados a proporcionarle el cuidado y la colaboración que requiere, todos, son personas de la tercera edad que no cuentan con las condiciones físicas para brindar este servicio de manera adecuada, en razón de lo siguiente: (i) su hija María Cristina, es una persona plenamente discapacitada quien requiere la ayuda de un tercero (ii) su hijo Carlos Enrique, de 68 años de edad, padece diabetes[36] entre otras enfermedades, pese a ello, con gran dificultad en la actualidad es quien cuida de su mamá y de su hermana, y (iii) el actor Carlos Enrique, debe ausentarse de casa en razón a su trabajo, actividad que genera el mayor ingreso económico al hogar.

Ahora bien, según lo expuesto por el demandante, el cuidado se menoscaba durante el día, cuando él debe ausentarse en razón de su trabajo y es su hermano Carlos Enrique quien se ocupa de la atención tanto de su hermana como de su señora madre. Debido a ello, esta Sala considera fundamental garantizar la prestación del servicio de enfermería en un turno diario de 8 horas durante el día.

Bajo este escenario, es claro que la Fiduprevisora S.A, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la UT Médicol Salud 2012 desconocen el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora María Bárbara Linares, al negarle la prestación del servicio de enfermería al considerar que la paciente no se encuentra incapacitada plenamente y a que su vida no depende de un aparato electrónico.

En consecuencia, la Corte Constitucional amparará los derechos constitucionales a la salud y vida digna de la señora María Bárbara Linares de Rodríguez y en efecto, ordenará al Fondo

de Prestaciones Sociales del Magisterio que adelante las gestiones necesarias a fin de que la IPS asignada ya sea Médicos Asociados S.A o la UT Médico Salud 2012 suministre los pañales desechables que requiera la paciente, de acuerdo con las características de tamaño, marca y cantidad que recomiende el médico tratante. Además que preste el servicio de enfermería en un turno diario de 8 horas en jornada diurna, salvo que el médico tratante establezca un término superior.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho a la salud y a la vida digna de la señora Ana María Arroyave Palacio. En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS que dentro de dos (2) días siguientes a la notificación de la presente sentencia autorice el suministro de los pañales desechables en la cantidad, calidad y regularidad que indique el médico tratante. Para tal fin, dentro del término señalado deberá asignar una cita con el médico tratante para que establezca tales indicaciones.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral primero la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá que amparó los derechos constitucionales a la salud y vida digna de la señor Gloria Cajale de Rodríguez.

TERCERO: REVOCAR la decisión adoptada por el Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal en lo pertinente a la negativa de ordenar a la EPS Aliansalud la entrega de los pañales desechables, la silla de ruedas y el servicio de enfermería durante las 24 horas a la señora Gloria Cajale de Rodríguez. En su lugar, DECLARAR que en el expediente T-4285845 se produjo la carencia actual de objeto por daño consumado como consecuencia de la muerte de la señora Gloria Cajale de Bermúdez el 18 de enero de 2014.

CUARTO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, en su lugar CONCEDER el amparo del derecho a la salud y vida digna de la señora

María Bárbara Linares de Rodríguez. En consecuencia ORDENAR al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que dentro de las setenta y dos horas (72) siguientes a la notificación de la sentencia, suministre los pañales desechables que requiera la paciente de acuerdo con las características de tamaño, marca, cantidad que recomiende el médico tratante y preste el servicio de enfermería en un turno diario de 8 horas en jornada diurna, salvo que el médico tratante establezca un término superior. Para tal fin, dentro del término señalado, la IPS asignada ya sea Médicos Asociados S.A o la UT Médico/ Salud 2012 deberán remitir un médico al domicilio de ella, para que establezca tales indicaciones.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1997.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencias T-744 de 2010 MP Humberto Sierra Porto, T-1178 de 2008 MP Humberto Sierra Porto, T-770 de 2007 MP Humberto Sierra Porto, T-1026 de 2005 MP Rodrigo Escobar Gil, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[2]Sentencia T-597 de 1993 MP Jaime Araujo Rentería reiterada recientemente en las sentencias T-355 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva y T-022 de 2011 MP Luis Ernesto

Vargas Silva, entre muchas otras.

[3] Sentencia T-859 de 2003 MP Eduardo Montealegre Lynett.

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

[5] En el mismo sentido ver Sentencia T-089 de 2013 MP Mauricio González Cuervo, T-111 de 2013 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-613 de 2012 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2012 MP Mauricio González Cuervo; T-841 de 2012 MP María Victoria Calle; T-131 de 2011 MP Jorge Iván Palacio Palacio; T-233 de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez; T-501 de 2010 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-827 de 2010 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Entre muchas otras.

[6] Sentencia T-540 del 18 de julio de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Retirada en la sentencia T-057 de 2013 MP Eduardo Montealegre Lynett.

[7] Sentencia T-420 de 1992 MP Simón Rodríguez Rodríguez, T-571 de 1992 MP. Jaime Sanín Greiffenstein, T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[8] Ver entre otras sentencias T-388 de 2012 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-931 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-022 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-999 de 2008 MP Humberto Sierra Porto.

[9] Sentencias T-110 de 2012 MP María Victoria Calle Correa.

[10] T-160 de 2011 MP Humberto Sierra Porto. Retirada en la sentencias T-054 de 2011 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[11] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[12] MP Humberto Sierra Porto

[13] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[14] “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

[15] Disponible en www.fomag.gov.co. Consulta realizada el 3 de julio de 2014 10:20 a.m.

[16] Guía de atención al usuario 2012 -2016

[17] Sentencia T- 515A-2006 MP Eduardo Cifuentes Muñoz

[18] En este sentido ver las sentencias T-644 de 2010; T-318A-2009 MP Jorge Iván Palacio Palacio,

[19] MP Rodrigo Escobar Gil

[20] En este sentido ver las sentencias: T-699 de 2008 MP Clara Inés Vargas Hernández, T-188 de 2010 MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-035 de 2011 MP Humberto Sierra Porto, T-792 de 2012 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-952 de 2013 MP Luis Ernesto Vargas Silva. Entre muchas otras.

[21] Sentencia SU-540 de 2007 MP Álvaro Tafur Galvis. Reiterada en las sentencias T-103 de 2013 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

[22] T-260 de 1995 MP José Gregorio Hernández Galindo

[23] MP Álvaro Tafur Galvis

[24] “En las Sentencias T-260 de 1995 y T-175 de 1997 la Corte Constitucional precisó que la revisión eventual de los fallos de tutela cumple dos funciones, una primaria que “reside en la consolidación y armonización de la jurisprudencia relativa a la efectividad de los postulados y mandatos superiores en materia de derechos fundamentales”, y una secundaria consistente en la “resolución específica del caso escogido.” Sobre la función secundaria pueden consultarse las sentencias T-662 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-901 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-428 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-175 de 1997 y T-699 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo”.

[26] MP Jorge Iván Palacio Palacio

[27] Folios 11 a la 19 del cuaderno de primera instancia

[28] Folio 27 del cuaderno de primera instancia

[29] Folio 10 del cuaderno principal

[30] Folio 19 del cuaderno principal

[31] Folio 19 del cuaderno de primera instancia

[32] Folio 10 del cuaderno de primera instancia

[33] Folio 21 del cuaderno principal

[34] En el cuaderno de primera instancia obra a folio 23, historia clínica de visita domiciliaria que corresponde a la señora María Cristina Rodríguez Linares.

[35] Folio 22 del cuaderno principal

[36] Folio 21 del cuaderno principal