

Sentencia T-549/13

USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran, estén o no incluidos en el Pos

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Suministro de pañales/DERECHO A LA VIDA DIGNA-Cuando se trata de suministro de pañales desechables, no es aceptable exigir someterse a exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de ordenarlos

De conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, un usuario del Sistema de Salud requiere un servicio de salud con necesidad, cuando el mismo es indispensable para el mantenimiento de su salud, integridad y para llevar una vida en condiciones dignas, se encuentre o no incluido en el Plan de Beneficio, y la persona que lo requiere no tiene capacidad para sufragarlo en forma particular. A su vez, es el médico tratante el que determina cuáles son los servicios requeridos por los usuarios, pues es el profesional que conoce la situación de salud concreta del paciente, sus antecedentes médicos, y establece, con base en ellos, el tratamiento que se debe seguir para el restablecimiento de su salud. Sin embargo, esta Corporación ha estudiado casos en los cuales no existe orden del médico tratante y al respecto se ha sostenido que en todo caso la persona tiene derecho a que se le realicen los exámenes diagnósticos indispensables para determinar si el servicio pedido a través de la acción debe ser suministrado por la entidad responsable. Pero también ha señalado la Corte que es irrazonable someter a una persona a un examen diagnóstico para determinar si requiere o no un servicio de salud, cuando del diagnóstico o de los hechos del caso concreto se puede establecer, sin duda, que la persona requiere el servicio. Por ejemplo, así lo ha dicho para el suministro de servicios asistenciales, como lo que se piden en el asunto que se examina: pañales desechables y el cuidado de una enfermera domiciliaria. En tales casos, la Corte encontró que es posible ordenar el servicio directamente, dado que la necesidad del mismo está determinada por una situación de salud que no es inherente a que exista o no prescripción médica para ellos, porque del diagnóstico que ya se tiene puede deducirse razonablemente que la falta de suministro puede afectar los derechos fundamentales del usuario.

El suministro de pañales desechables se ordena directamente, cuando en el caso concreto se cumplen estos requisitos: (i) se trata de personas que sufren enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia del deterioro en su salud por su avanzada edad; (ii) no controlan sus esfínteres, y la falta de control es secuela permanente de sus afectaciones en salud; (iii) dependen de un tercero de forma parcial o permanente, para moverse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; y, (iii) finalmente, no cuentan con la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo del servicio de forma particular. En esta ocasión, aunque se advierte la inexistencia de orden del médico tratante prescribiendo los servicios requeridos esta circunstancia no se constituye en un argumento válido para negar su suministro si hay razones suficientes para considerar que su autorización puede mejorar las condiciones de salud y de vida en dignidad de la señora, quien tiene 75 años de edad, una enfermedad pulmonar que la hace dependiente de oxígeno para respirar; aunado a ello, requiere de forma permanente la asistencia de un tercero para atender sus necesidades más básicas. Se trata de una persona de la tercera edad con movilidad restringida, asistida por su hija, que también tiene problemas de salud, y que manifiesta, un hecho que no fue desvirtuado, que no en todas las ocasiones es posible desplazarla al baño. Se trata de una situación que el juez constitucional no puede pasar por alto, en tanto, del suministro del servicio depende el derecho de la usuaria de sobrellevar su problema de salud de forma digna.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que EPS hizo entrega de equipo portátil de oxígeno

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

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que EPS hizo entrega de medicamento en denominación comercial

JUEZ DE TUTELA-No es competente para decidir sobre idoneidad de tratamientos y medicamentos de salud

No es el juez constitucional el competente para determinar cuáles son los servicios que requieren los usuarios del Sistema de Salud; no puede suplir la Sala el conocimiento

científico de los especialistas, y ordenarlo sin que se cumplan los requerimiento médicos idóneos que garanticen el mejor nivel de salud posibles al usuario.

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por EPS al exigir el cumplimiento de trámites administrativos innecesarios para acceder a los servicios de salud

La Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que se desconoce el derecho fundamental a la salud cuando una entidad impone a sus usuarios cumplimiento de trámites administrativos para solicitar o autorizar un servicio de salud del que la entidad tenga conocimiento a través de derecho de petición o en el trámite de una acción constitucional. Corresponde a la entidad surtir el trámite, y en caso de ser un servicio del que el médico tratante tenga conocimiento, será este quien debe iniciar tal procedimiento.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Orden a EPS realice valoración de gases arteriales para determinar si cumple requisitos para la autorización del termo de oxígeno líquido

La Sala considera que en el caso concreto, se debe amparar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico. La accionante goza en este momento del suministro de oxígeno en su hogar, en presentación de cilindros, 2 litros por minuto durante todo el día; adujo que requiere el termo de oxígeno líquido para ir a trabajar. La Nueva EPS señaló que el oxígeno en presentación líquida se facilita para personas que deben trabajar o estudiar, como sería el caso de la accionante. Pero también afirmó que el suministro del servicio está sometido a condiciones adicionales como (i) que se trate de un paciente que requiera consumo alto o muy alto de oxígeno, es decir, más de 6 litros por minuto; y (ii) a quienes los medios tradicionales de provisión de oxígeno, como cilindro y concentrador, no garanticen suministro continuo y oportuno. Y para llegar al conocimiento de si la peticionaria es una paciente apta para que le sea suministrado el servicio, se le debe realizar una valoración de gases arteriales.

Referencia: expedientes acumulados T-3853431 y T-3864554

Acciones de tutela presentadas por Teresa de Jesús Engativá Hernández en representación de la señora Segunda Irene Hernández de Engativá, contra la Nueva EPS; y por Jorge Enrique Vela Niño en representación de su hija, Andrea Catalina Vela Soto, contra la Nueva EPS.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Nosba, el dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012), y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama, el diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela de Teresa de Jesús Engativá Hernández actuando en representación de su madre, la señora Segunda Irene Hernández de Engativá; y en primera instancia, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012), y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013), en el proceso de tutela de Jorge Enrique Vela Niño actuando en representación de su hija, Andrea Catalina Vela Soto.

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para revisión por la Sala de Selección Número Cuatro, mediante Auto proferido el veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

I. ANTECEDENTES

Los accionantes de los procesos de la referencia presentaron acciones de tutela contra dos entidades promotoras de salud, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de sus representados. Ambas acciones van encaminadas a que se les autorice los medicamentos y servicios asistenciales que han sido ordenados por los especialistas, como parte del tratamiento integral de las enfermedades que padecen. Enseguida, pasa la Sala a mostrar los hechos, la respuesta de las entidades accionadas y las decisiones objeto de revisión de cada caso.

Caso de la señora Segunda Irene Hernández de Engativá

1. La señora Segunda Irene Hernández tiene 75 años de edad, y sufre secuelas de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, razón por la cual depende de forma permanente del suministro de oxígeno externo, y requiere la asistencia de un tercero para realizar sus actividades diarias. El 29 de noviembre de 2012, el médico internista Jorge Luis Salcedo le ordenó un equipo portátil de oxígeno, dado que la tutelante debe desplazarse continuamente desde Nobsa, su lugar de residencia, a Sogamoso, para asistir a citas con los especialistas.[1]

La señora Teresa de Jesús Engativá, hija de la usuaria, y quien actúa en su representación, sostuvo en el escrito de tutela que el servicio ordenado fue solicitado a Jenny Clemencia Granados Tovar, funcionaria de la Nueva EPS, entidad a la que se encuentra afiliada su madre. Señaló que la funcionaria le negó la autorización del servicio aduciendo que no se requería. Sin embargo, la accionante reiteró la petición, tras sostener que su familia no tiene los recursos económicos para acceder al él de forma particular. A la fecha de presentación de la tutela (5 de diciembre de 2012) el mismo no ha sido autorizado.

2. Miriam Liliana Carrillo Peña, actuando como Gerente Zonal Boyacá de la Nueva EPS respondió la acción de tutela solicitando que se declare la existencia de un hecho superado. Sostuvo al respecto:

“(…) me permito informar que la solicitud de bala portátil fue presentada con anterioridad a la presente acción; no fue autorizada por cuanto la afiliada se encuentra incluida en el plan de atención domiciliaria, por medio del cual recibe la atención en salud que requiere; en caso de tener que desplazarse para ser valorada por especialistas o a la práctica de algún procedimiento ambulatorio, la bala portátil se autoriza pero para esto se debe certificar las citas programadas, a la solicitud presentada no se adjuntó bitácora de citas ni soporte alguno de las mismas, por lo anterior no se encontró justificación para autorización de la bala portátil permanente, sin embargo en cumplimiento a medida provisional se genera la autorización 22834874 direccionada al prestador CRYOGAS- Gases Industriales de Colombia”.[2]

3. En primera instancia, el Juzgado Promiscuo de Nobsa, en sentencia del 18 de diciembre de 2012, amparó el derecho fundamental a la salud de la señora Segunda Irene Hernández y ordenó a la Nueva EPS suministrarle la bala de oxígeno portátil ordenada por el médico

tratante, y garantizarle el tratamiento integral de su enfermedad, sin condicionar la prestación de tales servicios al cumplimiento de cargas administrativas innecesarias. Después de reiterar la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual el derecho fundamental a la salud supone para el Estado la obligación de asegurar a los usuarios el mejor nivel de salud posible, el juzgado señaló:

“(…) para este juzgado, en el presente caso, se genera, en virtud del principio de continuidad, eficiencia y universalidad en la prestación de los servicios a que tiene derecho la usuaria, para la entidad demandada NUEVA EPS S.A., la obligación de suministrarle a la señora SEGUNDA IRENE HERNANDEZ DE ENGATIVÁ el TRATAMIENTO INTEGRAL QUE REQUIERE Y HACER ENTREGA DE LA BALA DE OXIGENO PORTATIL ORDENADO POR SU MÉDICO TRATANTE, así como todo lo que se desprenda de esta situación, sin condicionamientos y sin cargas administrativas que corresponden exclusivamente a la entidad y acatando los ordenamientos constitucionales que garantizan mantener en condiciones la vida de la accionante.”

4. La Nueva EPS impugnó la sentencia señalando: “(…) entendemos que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro, pues con ellos se desbordaría su alcance; además una condena en estos términos incurre en el error de obligar por prestaciones que aun no existen, puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre.”

Agregó que en la sentencia impugnada el juez de tutela ordenó el recobro ante el FOSYGA hasta el 50% de los gastos por los servicios suministrados a la accionante, y no del 100%, como corresponde en virtud de los artículos 218 y siguientes de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

5. En segunda instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama, en fallo del 19 de febrero de 2013, confirmó parcialmente la decisión controvertida. Protegió el derecho fundamental a la salud de la señora Hernández y confirmó la orden de suministro de la bala portátil de oxígeno, pero negó la orden de repetición contra el FOSYGA, por ser el oxígeno un servicio incluido en el POS. Asimismo, modificó la decisión de primera instancia en el sentido de “abstenerse de ordenar el tratamiento integral”. Sobre este punto consideró el despacho: “(…) en la demanda de tutela no se hizo mención en el marco fáctico expuesto

la necesidad de ordenar el tratamiento integral como lo hizo improvisadamente el A quo, por lo que en este punto el numeral primero habrá de ser modificado”.

6. La Sala de Revisión requirió telefónicamente a la señora Teresa de Jesús para que ampliara los hechos de la acción.[3] Concretamente, para que explicara a la Sala sobre la autorización del tratamiento integral de la enfermedad que padece su madre, que fue ordenado por el juez de primera instancia, y revocado por el juez de segunda instancia.

La tutelante le manifestó a la Sala que su madre ha recibido sin inconvenientes el oxígeno que fue ordenado por el médico tratante. También explicó que ha requerido a la entidad dos servicios nuevos a través de derecho de petición: la asistencia de una enfermera domiciliaria de medio tiempo y el suministro de pañales. Justificó la solicitud, sosteniendo que es ella quien sola cuida a su madre, con el paso del tiempo, y debido a que debe cargarla o sostenerla sin ninguna ayuda para atender sus necesidades más básicas, su espalda se ha deteriorado y ahora sufre de fuertes dolores, que en ocasiones le impiden asistirle en forma adecuada. Agregó sobre los pañales desechables que no en todas las ocasiones puede llevar a su madre al baño, por la dificultad para movilizarla y que no tiene dinero para adquirir los pañales que ésta requiere con necesidad. Agregó que la entidad no se ha manifestado al respecto, y que no existe orden del médico tratante en relación con los mismos.

Finalmente, comentó que tanto ella como su madre se sostienen con la pensión que devenga la señora Hernández, por valor mensual de quinientos sesenta mil pesos (\$560.000), y que ese monto no es suficiente para suplir sus necesidades básicas y todos los servicios de salud que requiere la peticionaria.

1. La señora Andrea Catalina Vela, de 30 años de edad, ha sido diagnosticada con hipertensión pulmonar, fibrosis pulmonar, hipotiroidismo y síndrome de anticuerpos antifosfolípidos, que le impiden llevar una vida en condiciones normales, y la hace depender de forma permanente del suministro de oxígeno. El 28 de agosto de 2012 la médica especialista en reumatología Patricia Vélez Sánchez, le prescribió los medicamentos coumadin tabletas de 2.5 mg (1 tableta al día) y biocalcium D (1 sobre al día).[4] Asimismo, el 3 de marzo de 2012, el médico especialista en neumología Edgar Sánchez le ordenó el suministro de termo de oxígeno líquido para tener en casa,[5] que le facilita a la accionante

el desplazamiento por fuera de su lugar de residencia.

La accionante actúa en el proceso de tutela a través de su padre, Jorge Enrique Vela Niño. Sostuvo el actor que la Nueva EPS, entidad a la que se encuentra afiliada su hija en calidad de cotizante,[6] se ha negado a suministrarle los medicamentos coumadin y biocalcium D, por no estar incluidos en el POS. De igual forma, que la accionada niega la autorización del oxígeno afirmando que la usuaria no lo requiere. Sobre la importancia del oxígeno para garantizar la salud de su hija, manifestó el peticionario “mi hija es una persona muy joven, en plenitud de sus facultades, que requiere llevar una vida lo más normal por lo que estar permanentemente conectada a una bala de oxígeno impide una movilidad de más de 10 metros, imposibilitando así su cotidianidad. Por lo que el oxígeno líquido contribuiría grandemente a un mejoramiento de su calidad de vida”. Así las cosas, el actor solicita que se ordene a la Nueva EPS autorizar para su hija los servicios ordenados por los especialistas.

2. Por su parte, el apoderado general para tutelas de la Nueva EPS, solicitó al juez de la cusa negar el amparo solicitado por el señor Jorge Enrique Vela Niño en representación de su hija, tras señalar que la entidad ha suministrado a la usuaria todos los servicios requeridos a través de esta acción. Sostuvo el apoderado lo siguiente:

“Para el caso del medicamento COUMADIN (nombre comercial del fármaco WARFARINA), éste ha venido siendo autorizado de forma oportuna, en atención a su importancia dentro de la prevención de nuevas complicaciones para la afiliada por su patología (el pus y el síndrome antifosfolípido) le hacen proclive a problemas de exceso de coagulación, pudiendo generar nuevos episodios de tromboembolismo pulmonar como los ya sufridos por Andrea Catalina. En relación con el principio de bioequivalencia (los medicamentos genéricos deben tener, a las mismas dosis, efectos idénticos que los comerciales), y en procura del equilibrio económico del sistema, dicho medicamento ha sido autorizado durante los últimos meses en su presentación genérica, sin perjuicio de la salud de la afiliada. Sin embargo, y en relación con esta solicitud y en procura del mayor beneficio y satisfacción de la afiliada, se procede con la autorización del medicamento comercial para el mes de octubre, y los dos meses siguientes, además de dejar registro en nuestro sistema de orientación médica para las autorizaciones para que en lo sucesivo, se continúe autorizando dicha presentación (adjunto imagen de la autorización actual y del registro en

el sistema de la directriz generada en este sentido).

Respecto al suministro de Biocalcium D, se trata de un suplemento de calcio y vitaminas, además en presentación comercial, se constata riesgo secundario de osteoporosis por el uso crónico de antiinflamatorio corticoesteroideo (deflazacort) para el manejo del lupus, por lo que aprueba el medicamento para el mes de octubre y se deja preaprobado para los dos meses siguientes, además de realizar también el registro

(...)

Finalmente, con respecto al suministro de oxígeno para la afiliada, mensualmente se viene autorizando el servicio al proveedor "Oxígenos de Colombia", el cual realiza de manera oportuno el suministro domiciliario de gas.

La suplencia permanente de oxígeno es indispensable para el manejo de las patologías presentada por la afiliada a nivel respiratorio (hipertensión pulmonar, secuelas de tromboembolismo pulmonar) para mantener unos adecuados de oxigenación en sangre, por lo que este suministro se preste en forma ininterrumpida. Ahora bien, por el nivel de consumo de oxígeno que actualmente tiene la afiliada (2 litros/minuto, 24 horas al día), el servicio se le ofrece mediante la presentación de cilindros. Los tanques de oxígeno líquido, dadas las limitaciones para suministro en el país, por la escasez de equipos tanto como con su elevado costo, se reservan para pacientes con consumo alto a muy alto de oxígeno (>6 litros/minuto), en quienes los medios tradicionales (cilindro, concentrador) no permiten garantizar su continuidad y suministro oportuno, así como aquellos que se encuentran escolarizados o trabajando, para facilitar su movilidad e independencia.

En el caso particular de la afiliada, desde el mes de abril se dió, de la manera más clara posible, orientación a los responsables de la afiliada respecto de la necesidad de revisar su orden médica de termo de oxígeno líquido a la luz de un criterio técnico tal cual es la prescripción por parte de su médico tratante, y posterior realización del examen conocido como GASES ARTERIALES, laboratorio que permite medir de forma objetiva la concentración de oxígeno en la sangre y ajustar el medio de suministro de acuerdo con una NECESIDAD REAL Y CLÍNICA. A la fecha no se ha registrado solicitud alguna para la autorización de la prestación del examen."

3. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá profirió fallo de primera instancia, el 13 de diciembre de 2012, en el cual declaró la carencia de objeto, y decidió no tutelar los derechos fundamentales de Andrea Catalina. El despacho sostuvo que del material probatorio adjuntado por la Nueva EPS a su escrito de contestación de la tutela, se puede establecer que la entidad autorizó los servicios médicos prescritos. Afirmó al respecto:

“Precisada como lo está la procedibilidad de la petición de amparo, debe dejarse en claro, que si bien es cierto tal y como se determinó, no existe duda alguna sobre la procedencia de la acción tutelar que nos ocupa, también lo es que, en desarrollo de la misma, la entidad de la que se predicaban conculcados los derechos fundamentales argüidos, ya ha dado noticia a la actora para que proceda a la reclamación de las autorizaciones respectivas para la entrega de los respectivos medicamentos, elementos y aditamentos prescritos por su médico tratante a ANDREA CATALINA VELA SOTO, mismas que se corroboran fueron emitidas desde el 5 y 16 de octubre del año en curso, para la proporción no sólo del fármaco “MARFARINA SODICA MG TABLETAS” (autorización No. 24443457), “CALCIO + VITAMINAS” (autorización No. 24442658), así como el paquete integral del suministro de OXÍGENO MEDICINAL mensual en cilindro y/o concentrado portátil permanente (autorización No. 21593065), tal y como se advierte de la aprobación de los servicios adjunta con la respuesta, donde además se advierte que al momento la usuaria no tiene ninguna solicitud pendiente para aprobación de los servicios médicos, de tal suerte que ninguna vulneración a fundamental se observa en el sub júdice.”

No obstante se declarara la carencia de objeto de la acción, el juzgado hizo un llamado en prevención a la entidad para que “continúe brindando la atención médica, hospitalaria, quirúrgica, farmacéutica requerida en forma permanente por aquella, sin dilación ni interrupción, atendiendo su estado patológico.”

4. El actor, Jorge Enrique Vela impugnó la decisión de primera instancia. Sostuvo que no es cierto que la Nueva EPS haya suministrado a su hija los servicios ordenados por los especialistas:

“Señor Juez mi hija requiere los medicamentos urgente en las indicaciones del médico y no entiendo como la EPS informa que autorizó un medicamento que a la fecha (18 de

diciembre de 2012) no ha entregado por motivos administrativos, solicito que se entregue copia a su despacho de la autorización y acta de entrega de los medicamentos COUMADIN y BIOCALCIUM, ya que la EPS informa que autoriza, pero nunca le indicó a su despacho que el COUMADIN lo autorizaron en la presentación genérica (Warfarina), presentación que no es la indicada por el médico para un caso como el de mi hija, razón por cual no ha sido entregada y el BIOCALCIUM, fué autorizado pero no ha sido entregado porque la fórmula estaba vencida (se venció porque desde agosto estamos intentando la autorización y no ha sido posible) y ahora necesitamos una fórmula actualizada por lo cual tenemos que esperar hasta la próxima cita (será en el año 2013).

Sin mencionar Señor juez que la EPS le informó a su despacho que había autorizado el COUMADIN X 5MG, pero el medicamento ordenado por su médico tratante es el COUMADIN X 2.5MG motivo por el cual se puede verificar que la EPS envió todos los argumentos posibles para que la tutela fuera rechazada, pero ni siquiera revisaron los datos enviados, y sólo brindaron información errónea y falsa para que su despacho tomará una decisión basada en argumentos falsos.”

5. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 21 de febrero de 2013, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Consideró el despacho que de acuerdo con la información suministrada por la Nueva EPS, el medicamento coumadin fue autorizado bajo esa denominación, que es la denominación comercial, y no bajo la presentación genérica warfarina, desde el mes de octubre de 2012 y hasta enero de 2013. Lo mismo ocurrió con el medicamento biocalcium D. Frente al oxígeno líquido, sostuvo el juzgado que es necesaria la realización de un examen de gases arteriales, tal como afirmó la entidad accionada, que permita establecer si la accionante cumple las condiciones para acceder a tal servicio, siguiendo los criterios clínicos establecidos para determinar el tipo de pacientes a quienes se les debe suministrar. Por tanto, concluyó el juzgado:

“En estas condiciones, se encuentra que la entidad promotora ha cumplido con las obligaciones a su cargo, como exigía el señor Vela Niño en su demanda de tutela y, por contera, es evidente que en este caso se ha configurado el fenómeno denominado por la jurisprudencia como hecho superado, pues, al momento de la presentación de la acción de tutela, las necesidades de Andrea Catalina Soto fueron resueltas, por lo que la demanda

pierde su razón de ser y resulta improcedente.”

II. COMPETENCIA

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala considera preciso reiterar las reglas fijadas por la Corte, cuando se trata del derecho de los usuarios del Sistema de Salud de acceder a los servicios de salud que requieren con necesidad.

Caso T-3853431

En el caso de la señora Segunda Irene Hernández de Engativá, se solicitó a través de esta acción el servicio equipo portátil de oxígeno, ordenado por el médico tratante Jorge Luis Salcedo, el 29 de noviembre de 2012. Los jueces de instancia dentro del proceso de tutela, Juzgado Promiscuo de Nobsa (fallo del 18 de diciembre de 2012) y Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama (fallo del 19 de febrero de 2013), ampararon el derecho fundamental a la salud de la peticionaria, y ordenaron a la Nueva EPS autorizar el equipo portátil de oxígeno. En comunicación sostenida con la señora Teresa de Jesús Engativá, agente oficiosa en la causa, la Sala pudo establecer que el equipo ha sido entregado a la usuaria sin inconvenientes.

El juez de primera instancia también ordenó el tratamiento integral de la enfermedad que padece la usuaria, pero esa decisión fue revocada por el juez de segunda instancia, en tanto tal tratamiento no fue solicitado en el escrito de tutela. Por tanto, la Sala, al comunicarse telefónicamente con la agente oficiosa, Teresa de Jesús Engativá, le preguntó si su madre requería algún servicio adicional. La accionante señaló que solicitó a la entidad dos servicios más una vez finalizó el trámite de tutela: pañales y la asistencia de una enfermera domiciliaria. Señaló que solicitó la enfermera porque desde que atiende a su madre y debe ayudarla a moverse para realizar cualquier actividad, sufre fuertes dolores en su espalda

que han deteriorado su salud; y los pañales desechables, precisamente, porque las dificultadas expresadas para movilizarla, le impiden en repetidas ocasiones llevarla al baño.

Como el servicio solicitado a través de esta acción, equipo de oxígeno portátil, fue ordenado por la entidad accionada, y ha sido suministrado sin inconvenientes, en relación con dicha petición se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, y se confirmarán las decisiones de instancia. Ahora bien, la Sala se refería de fondo al acceso a los servicio pañales desechables y la asistencia de una enfermera domiciliaria.

De conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, un usuario del Sistema de Salud requiere un servicio de salud con necesidad, cuando el mismo es indispensable para el mantenimiento de su salud, integridad y para llevar una vida en condiciones dignas, se encuentre o no incluido en el Plan de Beneficio, y la persona que lo requiere no tiene capacidad para sufragarlo en forma particular.[7] A su vez, es el médico tratante el que determina cuáles son los servicios requeridos por los usuarios, pues es el profesional que conoce la situación de salud concreta del paciente, sus antecedentes médicos, y establece, con base en ellos, el tratamiento que se debe seguir para el restablecimiento de su salud.

Sin embargo, esta Corporación ha estudiado casos en los cuales no existe orden del médico tratante y al respecto se ha sostenido que en todo caso la persona tiene derecho a que se le realicen los exámenes diagnósticos indispensables para determinar si el servicio pedido a través de la acción debe ser suministrado por la entidad responsable.[8] Pero también ha señalado la Corte que es irrazonable someter a una persona a un examen diagnóstico para determinar si requiere o no un servicio de salud, cuando del diagnóstico o de los hechos del caso concreto se puede establecer, sin duda, que la persona requiere el servicio. Por ejemplo, así lo ha dicho para el suministro de servicios asistenciales, como lo que se piden en el asunto que se examina: pañales desechables y el cuidado de una enfermera domiciliaria. En tales casos, la Corte encontró que es posible ordenar el servicio directamente, dado que la necesidad del mismo está determinada por una situación de salud que no es inherente a que exista o no prescripción médica para ellos, porque del diagnóstico que ya se tiene puede deducirse razonablemente que la falta de suministro puede afectar los derechos fundamentales del usuario.[9]

Así por ejemplo, el suministro de pañales desechables se ordena directamente, cuando en el caso concreto se cumplen estos requisitos: (i) se trata de personas que sufren enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia del deterioro en su salud por su avanzada edad; (ii) no controlan sus esfínteres, y la falta de control es secuela permanente de sus afectaciones en salud; (iii) dependen de un tercero de forma parcial o permanente, para moverse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; y, (iii) finalmente, no cuentan con la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo del servicio de forma particular.[10]

En esta ocasión, aunque se advierte la inexistencia de orden del médico tratante prescribiendo los servicios requeridos esta circunstancia no se constituye en un argumento válido para negar su suministro si hay razones suficientes para considerar que su autorización puede mejorar las condiciones de salud y de vida en dignidad de la señora Hernández, quien tiene 75 años de edad, una enfermedad pulmonar que la hace dependiente de oxígeno para respirar; aunado a ello, requiere de forma permanente la asistencia de un tercero para atender sus necesidades más básicas. Se trata de una persona de la tercera edad con movilidad restringida, asistida por su hija, que también tiene problemas de salud, y que manifiesta, un hecho que no fue desvirtuado, que no en todas las ocasiones es posible desplazarla al baño. Se trata de una situación que el juez constitucional no puede pasar por alto, en tanto, del suministro del servicio depende el derecho de la usuaria de sobrellevar su problema de salud de forma digna.

Por lo tanto, se ordenará a la Nueva EPS suministrar pañales desechables a la señora Segunda Irene Hernández, en la cantidad necesaria para suplir su demanda diaria de los mismos, y sin que sea necesario que la accionante los pida mes a mes.

De la misma forma, la entidad accionada deberá proveer la asistencia de una enfermera domiciliaria. La anterior decisión obedece, no sólo al delicado estado de salud actual de la accionante y su avanzada edad, sino también, al hecho de que en reiteradas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en el sentido de que el servicio de enfermera domiciliaria puede autorizarse, cuando la persona que realiza la función de cuidado, padece condiciones de vulnerabilidad que limitan el adecuado ejercicio de la misma. Esas condiciones pueden estar determinadas por la edad del cuidador, o como sucede en el caso concreto, por su estado de salud. La señora Teresa de Jesús sostuvo que sufre de fuertes

dolores de espalda como consecuencia del tiempo en que ha tenido que movilizar a su madre. Esta labor la realiza sin asistencia de tercero alguno, pero las secuelas en su salud después del paso de los años ya son evidentes. Por lo tanto, es pertinente en el caso concreto ordenar la asistencia de una enfermera, teniendo en cuenta que por no contar con ayuda para el cuidado de su madre, su salud ha ido deteriorándose. Sin embargo, dos especialistas en el tratamiento de la enfermedad que aqueja a la accionante, deberán determinar la cantidad y periodicidad con respecto al suministro de pañales y el tiempo de permanencia diaria de la enfermera domiciliaria en la residencia de la actora.

Finalmente, es claro para la Sala que los servicios pedidos a través de esta acción no pueden ser sufragados por la tutelante o su hija, toda vez que el gasto que supondría asumirlos superaría los ingresos actuales de la familia, que no son mayores al salario mínimo legal mensual vigente (\$560.000). Así, exigirle a la parte actora que los cubra, pondría en riesgo su derecho fundamental al mínimo vital.

Caso T-3864554

En el caso de la señora Andrea Catalina Vela Soto, su padre, el señor Jorge Enrique Vela, solicitó a la Nueva EPS autorizar los medicamentos coumadin tabletas de 2.5 mg y biocalcium D (1 sobre al día), ordenado por la especialista en reumatología Patricia Vélez Sánchez, y un termo de oxígeno líquido para tener en casa, prescrito por el neumólogo Edgar Sánchez.

La Nueva EPS afirmó que en principio autorizó la denominación genérica del medicamento coumadin, llamada warfarina, pero que dado la importancia del mismo para la prevención de nuevas complicaciones de salud, lo autorizó en la denominación comercial en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, además “de dejar registro en nuestro sistema de orientación médica para las autorizaciones para que en lo sucesivo, se continúe autorizando dicha presentación”. Asimismo, sostuvo que el biocalcium D se usa para prevenir riesgo de osteoporosis “por lo que se aprueba el medicamento para el mes de octubre, y se deja preaprobado para los meses siguientes, además de realizar también el registro”. Sobre el termo de oxígeno líquido, señaló que el servicio, dadas las limitaciones de suministro por la escasez de quipos y por su elevado costo, se reservan para pacientes con consumo alto a muy alto, más de 6 litros de oxígeno por minuto, en quienes los medios

tradicionales como el cilindro, no permiten garantizar su continuidad y suministro, o cuando se trata de personas que trabajan o estudian, con el fin de facilitarles la movilidad. Para establecer entonces si Andrea Catalina cumple las condiciones para que le sea autorizado el oxígeno líquido, la Nueva EPS afirmó que es necesario realizarle un examen denominado gases arteriales, en el cual se mide la concentración de oxígeno en la sangre, con la finalidad de ajustar el suministro de oxígeno a la necesidad real de la persona. Afirmó también la entidad que la actora no solicitó la práctica del examen.

Los juzgados de instancia, Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá (sentencia del 13 de diciembre de 2012) y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (sentencia del 21 de febrero de 2013) declararon la carencia actual de objeto por hecho superado, considerando que efectivamente a la accionante se le han entregado los servicios pedidos por su padre, como consta en la respuesta de la entidad y los documentos anexos a la misma. Tal situación se confirma con la aseveración hecha por la parte actora, en el sentido de que los medicamentos coumadin y biocalcium D fueron autorizados una vez finalizó el trámite de tutela, y hasta la actualidad. No obstante, no se ha logrado la autorización para el suministro de oxígeno líquido, y la adecuada asignación de las citas con los especialistas.

La Sala considera que en el caso concreto, se debe amparar el derecho a la salud de Andrea Catalina Vela en la faceta de diagnóstico. La accionante goza en este momento del suministro de oxígeno en su hogar, en presentación de cilindros, 2 litros por minuto durante todo el día; adujo que requiere el termo de oxígeno líquido para ir a trabajar. La Nueva EPS señaló que el oxígeno en presentación líquida se facilita para personas que deben trabajar o estudiar, como sería el caso Andrea Catalina. Pero también afirmó que el suministro del servicio está sometido a condiciones adicionales como (i) que se trate de un paciente que requiera consumo alto o muy alto de oxígeno, es decir, más de 6 litros por minuto; y (ii) a quienes los medios tradicionales de provisión de oxígeno, como cilindro y concentrador, no garanticen suministro continuo y oportuno. Y para llegar al conocimiento de si la peticionaria es una paciente apta para que le sea suministrado el servicio, se le debe realizar una valoración de gases arteriales.

Tal como se pronunció la Sala de Revisión en el caso de la señora Segunda Irene Hernández, no es el juez constitucional el competente para determinar cuáles son los

servicios que requieren los usuarios del Sistema de Salud; no puede suplir la Sala el conocimiento científico de los especialistas, y ordenarlo sin que se cumplan los requerimientos médicos idóneos que garanticen el mejor nivel de salud posibles al usuario. Por lo tanto, la Sala considera que Andrea Catalina Vela Soto tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no el servicio médico de oxígeno líquido. A diferencia de lo señalado por la Nueva EPS, este servicio no debe ser solicitado por la accionante; la entidad conocía la petición de la tutelante en relación con el servicio, por lo menos, desde el trámite de la tutela, y a pesar de ello señaló en su contestación que “a la fecha no se ha registrado solicitud alguna para la autorización de la prestación del examen”. En relación con este aspecto, la Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que se desconoce el derecho fundamental a la salud cuando una entidad impone a sus usuarios cumplimiento de trámites administrativos para solicitar o autorizar un servicio de salud del que la entidad tenga conocimiento a través de derecho de petición o en el trámite de una acción constitucional. Corresponde a la entidad surtir el trámite,[11] y en caso de ser un servicio del que el médico tratante tenga conocimiento, será este quien debe iniciar tal procedimiento.[12]

Así las cosas, la orden encaminada a proteger el derecho fundamental a la salud de la accionante, es que la Nueva EPS le realice el examen diagnóstico gases arteriales, para determinar si se trata de una paciente que cumple los requerimientos médicos que se requieren acreditar para la autorización del término de oxígeno líquido. De concluirse que como parte del tratamiento integral de la enfermedad que padece la peticionaria el servicio referido debe ser ordenado, la entidad procederá siguiendo las indicaciones de los especialistas sobre su suministro.

Por último, la Sala llama la atención a la Nueva EPS para que garantice a la señora Andrea Catalina Vela Soto la continuidad en la valoración por los especialistas, especialmente en reumatología y neumología, que de conformidad con su historia clínica, son los profesionales que conocen las enfermedades que la aquejan. Para tal efecto, es preciso que la entidad asigne de manera indefinida, las citas médicas que solicite la actora o sus familiares, sin aducir la falta de disponibilidad.

Finalmente, se confirmarán las decisiones objeto de revisión en las cuales se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, pero se ordenará lo pertinente para la

realización a la peticionaria del examen de gases arteriales y la asignación oportuna de las citas médicas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en relación con el servicio médico equipo portátil de oxígeno y CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama el 19 de febrero de 2013, que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo de Nobsa, del 18 de diciembre de 2012, en el cual se amparó el derecho fundamental a la salud de la señora Segunda Irene Hernández de Engativá, pero revocó la orden de garantizarle a la accionante un tratamiento integral para su enfermedad.

Segundo.- ORDENAR que se le otorgue a la señora Hernández el tratamiento integral a su enfermedad. Para tal efecto, la Nueva EPS en el término de ocho (08) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, autorice el servicio de una enfermera domiciliaria de medio tiempo, igualmente suministrará los pañales desechables que requiere la señora Hernández.

Tercero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013), que su vez confirmó el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012), dentro del proceso de tutela de Jorge Enrique Vela Niño actuando en representación de su hija, Andrea Catalina Vela Soto, en cuanto se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. Pero en relación con la improcedencia de la tutela por considerar que las necesidades de Andrea Catalina Vela Soto ya han sido suplidas, debe revocarse la decisión y ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de ocho (08) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a realizar el examen médico gases arteriales. Si se determina que la accionante cumple los requerimientos médicos para acceder al

termo de oxígeno líquido, la entidad accionada deberá autorizar su suministro, siguiendo las indicaciones de los especialistas adscritos a la entidad.

Cuarto.- ORDENAR a la Nueva EPS que garantice a la señora Andrea Catalina Vela Niño las citas con los especialistas, en el tratamiento de su enfermedad. La primera cita deberá asignarse en un término máximo de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Orden de servicios contendía en el folio 4 del cuaderno principal. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Al proceso de tutela fue vinculada la Secretaría de Salud de Boyacá. La entidad señaló que el servicio requerido por la accionante bala de oxígeno portátil, está incluido en el POS, en el listado de Principios Activos y Medicamentos, Procedimientos y Servicios que dispone el artículo 80 del Acuerdo 029 de 2011 “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, razón por la cual corresponde a la Nueva EPS autorizarla, con base en la orden expedida por el médico tratante.

[3] Esta Corporación ha considerado que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares, sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela. Ver por ejemplo un pronunciamiento reciente, sentencia T-162 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[4] Folio 7.

[5] Folio 9.

[6] La Nueva EPS certificó que la accionante está afiliada a la entidad, con un ingreso base de cotización de \$567.000 (respuesta a la acción de tutela, folios 34 a 42).

[8] Ver por ejemplo las sentencias T-922 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-091 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-408 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza) y T-110 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa): la Corporación concedió el amparo del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional que pedían la autorización de servicios a sus EPS y estas se negaban a autorizarlos porque no habían sido ordenados por su médico tratante. La Corte sostuvo en todas estas providencias que los servicios de salud deben prestarse de manera integral, lo que implica que la entidad realice los exámenes de diagnóstico y las valoraciones médicas necesarios para determinar si un servicio es requerido por el paciente.

[9] En el preciso caso de servicios asistenciales, aquellos relacionados con el cuidado diario de una enfermedad, de personas que además, requieren la asistencia permanente de una tercera persona, se pronunció la Corporación en la sentencia T-437 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte estudió el caso de un señor de 84 años quien como consecuencia de un accidente cerebro vascular (ACV) presentaba parálisis general, tenía incontinencia urinaria y no controlaba esfínteres. La Corte le ordenó a la entidad suministrar los pañales porque si bien en el expediente no obraba prueba de la orden médica, de la historia clínica del paciente se podía deducir la necesidad de utilizar pañales y guantes desechables, dadas las características de las patologías que padecía. Igualmente se pueden consultar entre otras las sentencias T-053 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-320 de

2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-613 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En todas estas la Corte ordenó el suministro de pañales a sujetos de especial protección constitucional que por distintas enfermedades no controlaban esfínteres y sin embargo, su médico tratante no les había ordenado el suministro. Ver también las sentencias T-464 de 2010 (MP. Adriana María Guillen Arango) y T-478 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[10] Regla recogida en las sentencias T-752 de 2012 y T-383 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa).

[11] Ver por ejemplo la sentencia T-846 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[12] Ver el apartado [4.4.6.3.] de la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).