

SUMINISTRO DE PAÑALES-Aplicación del precedente y subreglas jurisprudenciales

Aunque los pañales desechables no se consideran propiamente servicios de salud, pues no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez de tutela a aplicar los mismos criterios para el acceso a servicios de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud cuando se trata de la solicitud de pañales desechables. Así, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional han concluido que una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD

Aquellos servicios y tecnologías complementarias podrán ser suministrados a los afiliados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y/ o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a través de la plataforma virtual denominada “MIPRES” y estas a su vez, podrán realizar el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio.

DERECHO AL DIAGNOSTICO DE UNA ENFERMEDAD HACE PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

El derecho al diagnóstico implica la prescripción del tratamiento, medicamento o insumo por parte del personal médico tratante cuando se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los

recursos disponibles.

CAPACIDAD ECONOMICA DEL PACIENTE-Uno de los deberes de las EPS, consiste en valorar con la información disponible o con la que le solicite al interesado, si éste carece de los medios para soportar la carga económica

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

SUMINISTRO DE ATENCION DOMICILIARIA

La atención domiciliaria es una alternativa a la atención hospitalaria institucional y está cubierta en los casos que lo considere pertinente el profesional tratante.

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Orden a EPS suministrar de manera inmediata los insumos requeridos por la accionante en caso de ser afirmativo el concepto de la Junta Médica

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Orden a EPS prescribir y entregar insumos solicitados a adulto mayor

Referencia:

Expedientes acumulados: T-6.123.542,

Acciones de tutela presentadas por:

Any Margaret Paternina Vergara como agente oficiosa de Teófila María Salgado contra la Nueva EPS; Frelida Escobar Córdoba como agente oficiosa de Moisés Escobar contra la Empresa Solidaria de Salud Emssanar; Everlides del Socorro Díaz Peralta como agente oficiosa de José Calsans Díaz Rojas contra Alianza Medellín Antioquia EPS SAS y la Secretaría Seccional de Salud y protección Social de Antioquia.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas en única o en segunda instancia por los despachos judiciales que se relacionan a continuación:

1. El fallo en segunda instancia dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo el diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el cual revocó la sentencia de tutela proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo en el sentido de negar la tutela instaurada por la señora Any Margaret Paternina Vergara como agente oficiosa de Teófila María Salgado Paternina contra la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. Nueva EPS.1 (T-6.123.542).
2. El fallo en primera instancia proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali el día trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el cual negó el amparo constitucional solicitado por la señora Frelida Escobar Córdoba en calidad de agente oficiosa del señor Moisés Escobar contra Emssanar ESS EPS y la Secretaría de Salud del Valle del Cauca.2 (T-6.126.223).
3. El fallo en primera instancia proferido por el Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Medellín el día dos (2) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el cual declaró improcedente la pretensión de amparo invocada por la señora Everlides del Socorro Díaz Peralta en calidad de agente oficiosa del señor José Calasans Díaz Rojas contra la EPS SAVIA SALUD y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.3 (T-6.127.936).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la sala de selección de tutelas número cinco de la Corte Constitucional seleccionó, para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia. De

conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6.123.542

1.1. Solicitud y hechos

La señora Any Margaret Paternina Vergara actuando como agente oficiosa de la señora Teófila María Salgado Paternina, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos a la salud y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la Nueva Empresa Promotora de Salud (Nueva EPS); por no suministrar los insumos en salud correspondientes a pañales desechables para adulto (talla G) y silla de ruedas para el desplazamiento de la agenciada. La agente oficiosa sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

1.1.1. Manifiesta que su abuela la señora Teófila María Salgado tiene 86 años de edad. Tiene una fractura de cadera, 4 lo cual le impide movilizarse por sus propios medios.⁵ Señala que también padece de Alzheimer y desde hace meses no controla sus esfínteres.

1.1.2. La señora Salgado es beneficiaria del sistema de seguridad social en salud por el régimen contributivo de su esposo Carlos Arturo Paternina de 88 años de edad quien cuenta con una pensión de vejez equivalente a un SMMLV y con este ingreso debe cubrir los gastos de pañales y pañitos húmedos para la higiene de su esposa. ⁶

1.1.3. El día 19 de octubre de 2016 interpuso acción de tutela ante el juez constitucional y solicitó:

“(…) ordenar a la Nueva EPS suministrar en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas se entregue 120 pañales grandes (talla G) cremas antipañalitis y pañitos húmedos. Y que a partir de la primera entrega esta se efectúe mensualmente por tiempo indefinido (…).”
// “(…) ordenar a la Nueva EPS suministrar de manera inmediata a la señora TEOFILA SALGADO una silla de ruedas para sus desplazamientos al interior de su residencia y para acudir a citas médicas de control de sus patologías de manera que sean tutelados sus

derechos a la salud y a la vida digna.”⁷

1.2. Contestación de la Demanda⁸

1.2.1. NUEVA EPS.⁹

1.2.2. La entidad accionada consideró que la solicitud de la afiliada no es procedente debido a que en los soportes médicos aportados no se evidencia solicitud por parte de los especialistas que vienen tratando a la afiliada de los insumos de pañales desechables, crema antipañalitis, pañitos húmedos y silla de ruedas.

1.2.3. Afirmó que el servicio de suministro de pañales desechables es un servicio expresamente excluido en el plan de beneficios conforme a la Resolución 5592 de 2015, en su artículo 132 numeral 5º¹⁰, tecnologías no financiadas con cargo a la UPC. De igual forma, en el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998, “por el cual se reglamentan parcialmente los regímenes sanitarios, del control de calidad y de vigilancia de los productos de aseo; higiene y limpieza de uso doméstico”, se clasifican los pañales desechables como productos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico.

1.2.4. Manifestó que los pañales desechables son un elemento de aseo que no hace parte de un tratamiento que modifique el estado clínico del usuario; ni la evolución clínica de la patología que presenta el paciente en la medida que no son insumos vitales para su existencia.

1.2.5. De otra parte hizo referencia al principio de solidaridad familiar desarrollado por la jurisprudencia de la Corte según el cual la familia tiene la obligación de colaborar con la atención y el cuidado de sus integrantes. Por tanto, “en toda situación en que se encuentre probada la capacidad económica de alguno de los miembros más cercanos al paciente, y en la que a este le hubieran sido prescritos servicios o medicamentos NO POS, el Estado no asumirá el costo de los mismos, ya que sus familiares son quienes deben sufragar los gastos en virtud del principio de solidaridad.” El Estado solo se abrogará tales prestaciones en los casos en los que el afiliado ni sus parientes cuenten con medios económicos para cancelar

los servicios requeridos con necesidad.

1.2.6. Finalmente, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, por considerar que la Nueva EPS no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la señora Salgado Paternina, pues en ningún momento se ha negado el suministro de medicamentos o procedimientos POS y NO POS, por lo que no existe incumplimiento por parte de la accionada frente a los deberes que tiene con el usuario del servicio de salud. No obstante, si llegara el Despacho a considerar que los derechos alegados por la accionante son tutelables, solicitó que se le reconozca a la Entidad el derecho a repetir contra el FOSYGA, por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la Nueva EPS por el cubrimiento de servicios NO POS.

1.3. Decisiones Judiciales

1.3.1. Mediante sentencia del 01 de noviembre de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo-Sucre, concedió la tutela interpuesta por la señora Any Margaret Paternina Vergara actuando como agente oficiosa de la señora Teófila María Salgado Paternina; y en consecuencia ordenó al representante legal de la Nueva EPS, que en termino de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, realizara la entrega mensual de 130 pañales grandes, crema antipañalitis y pañitos húmedos en cantidad suficiente. Igualmente, ordenó el suministro de una silla de ruedas para su desplazamiento al interior del hogar y para acudir a citas médicas de control de sus patologías. En adición, facultó a la demandada para que recobrara al FOSYGA los gastos que ocasionara el cumplimiento del fallo, en los porcentajes que señala la norma.

1.3.2. Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la Nueva EPS la impugnó, aduciendo que no es procedente el reclamo de los gastos referente a los pañales desechables y demás insumos de carácter higiénico, en razón de que éstos no hacen parte del POS en tanto no son insumos vitales que causen mejoría en la patología presentada en la paciente. Adujo que en sentencia T-795 de 2010, esta Corporación estableció que “le corresponde a la familia del afectado o afectada correr con los gastos y medicamentos NO POS que los pacientes lleguen a necesitar para la mejoría de su salud.”¹¹

1.3.3. Mediante sentencia del diez y nueve (19) de diciembre de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo – Sucre, revocó la decisión de primera instancia en lo relacionado con el suministro de pañales desechables y otros

elementos de higiene para la señora Teófila María Salgado Paternina. Como sustento de la decisión, el juez de segunda instancia indicó que “al estar más que claro que los pañales desechables son un elemento de aseo que no hace parte de un tratamiento que modifique el estado clínico de cualquier usuario (...) el juez constitucional sin hallar dentro del proceso prueba del hecho que la actora no controla sus esfínteres, no puede ordenar la entrega de esos enseres sin una orden médica que los justifique”.¹²

2. Expediente T-6.126.223

2.1. Solicitud y hechos

La señora Frelida Escobar Córdoba actuando como agente oficiosa en calidad de hija del señor Moisés Escobar, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos a la salud y en conexidad con el derecho fundamental a la vida de su padre, presuntamente vulnerados por la Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR por haberse negado a suministrar los siguientes servicios en salud: hospitalización en casa con asignación de enfermera 24 horas, suministro de alimentos y medicamentos formulados por el médico tratante sin necesidad de autorización médica, suministro de pañales para adulto, pañitos húmedos, crema antipañalitis y cama hospitalaria. El argumento de la entidad es que estos insumos no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de salud y carecen de orden médica. La agente oficiosa sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

2.1.1. El señor Moisés Escobar es un paciente de 86 años de edad beneficiario del Régimen Subsidiado de Salud en el municipio de Cali – Valle. Ha sido diagnosticado de Cuadro de Hipertensión Esencial Primaria, tumor maligno de la Próstata, demencia senil y poca movilidad en miembros inferiores. Por esta razón se hace necesario su traslado en silla de ruedas permanente, así como la presencia de una persona que esté pendiente de su cuidado y alimentación de manera constante.¹³ En razón de dichas patologías el médico de urgencias recomendó hospitalizarlo en casa, y ordenó una serie de exámenes y medicamentos para el tratamiento.¹⁴

2.1.2. Manifestó la accionante que en noviembre de 2015, la entidad de salud EMSSANAR negó la hospitalización en casa, servicio de enfermería 24h, cama hospitalaria, pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis y alimentación por sonda.¹⁵ Señaló además que los exámenes y medicamentos que ordena el médico de emergencia médica no

son transcritos debidamente por la EPSS, y la única forma de adquirirlos es comprándolos de manera particular.¹⁶ No obstante lo anterior, la accionante no allegó órdenes médicas de los insumos solicitados.

2.1.3. Además afirmó que su familia no cuenta con el dinero suficiente para sufragar los costos de los servicios médicos requeridos por su padre.¹⁷ En su opinión, la falta de recursos económicos se traduce en un detrimento de las condiciones de vida digna de su progenitor, así como en un peligro inminente y permanente de generar un perjuicio irremediable en la salud del mismo.¹⁸

2.1.4. Ante la negativa de suministrar los servicios e insumos médicos solicitados por la agente oficiosa, el día 25 de noviembre de 2016, quien interpuso acción de tutela ante el juez constitucional, solicitando se ordene a EMSSANAR que mientras dure la hospitalización en casa, autorice visita médica cada tres días, una enfermera 24 horas, que los medicamentos y alimentos formulados sean autorizados dentro de las 24 horas siguientes a su expedición sin autorización del Comité Técnico Científico (CTC), así como el suministro de pañales, pañitos húmedos, alimentación por sonda, crema antipañalitis, cama hospitalaria, atril para medicamentos y servicio de transporte en ambulancia; de manera que fueran tutelados los derechos a la salud y a la vida digna de su padre.¹⁹

2.2. Contestación de la Demanda²⁰

2.2.1. Secretaría Departamental de Salud Del Valle Del Cauca. ²¹

2.2.2. EMSSANAR ESS EPSS.²²

2.2.2.1. La apoderada judicial de EMSSANAR ESS EPSS, manifestó que los insumos y servicios médicos de suministro de pañales desechables, pañitos húmedos, alimentación por sonda (suplemento nutricional), crema antipañalitis, cama hospitalaria, transporte y enfermera en casa, “se encuentran excluidos del PBS y no presenta orden médica que los avale”. Manifestó la entidad que según lo descrito en el texto de tutela, lo requerido por la actora es un “cuidador primario” que se encargue del traslado y alimentación del paciente, cargo que le corresponde a la familia y que no se encuentra contemplado en el PBS o POS, por lo que no es un servicio que pueda prestar la EPS.

2.2.2.2. Adujo la entidad que se configura una inexistencia probatoria al no haber sido prescritos los servicios médicos solicitados por profesionales de la salud mediante fórmula médica.

2.2.2.3. Refirió que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno del usuario, “por el contrario ha prestado la atención que ha requerido”, siendo así como se generó la autorización N° 2016002753196 del 6 de diciembre de 2016 para valoración médica domiciliaria a fin de determinar el tratamiento médico que requiere el señor Moisés Escobar. En vista de lo anterior, solicita que la tutela se declare improcedente. Sin embargo, la entidad en la contestación de la tutela anexó autorización de fecha 06 de diciembre de 2016 para atención domiciliaria.²³

2.3. Decisión Judicial

2.3.1. Mediante sentencia del trece (13) de diciembre de 2016, el Juzgado 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali – Valle, negó la tutela interpuesta por la señora Frelida Escobar Córdoba actuando como agente oficiosa del señor Moisés Escobar por considerar que la accionante no cumplió con la carga demostrativa dentro de la reclamación, en la medida en que no aportó debidamente las órdenes médicas que posteriormente debía autorizarse por el CTC.

3. Expediente T-6.127.936

3.1. Solicitud y hechos

La señora Everlindes del Socorro Diaz Peralta actuando como agente oficiosa en calidad de hija del señor José Calsans Diaz Rojas, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos a la vida, dignidad humana, salud y seguridad social de su padre, presuntamente vulnerados por Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S. (Savia Salud); entidad que no ha suministrado los insumos en salud correspondientes a pañales desechables para adulto y fórmula especializada de proteína a base de suero láctico (Ensure). La agente oficiosa sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

3.1.1. El señor José Calsans Diaz Rojas es un paciente de 86 años de edad afiliado al régimen subsidiado de salud, que ha sido diagnosticado con evento vascular extenso, tiene suplencia

de oxígeno, gastrostomía permanente, además de accidente vascular encefálico agudo, hipertensión esencial, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal, lo que genera dependencia para el autocuidado.²⁴

3.1.2. Según la accionante, por las patologías mencionadas, su padre presenta restricciones físicas que lo limitan a permanecer en cama además de haber perdido el control de esfínteres. Esta última situación implica el uso de pañales desechables para adulto talla L. El suplemento alimenticio de proteína a base de suero láctico (Ensure) hace parte de la dieta permanente del señor Díaz. Declara que dichos insumos no le han sido suministrados²⁵. No obstante lo anterior, la accionante no allegó órdenes médicas de los insumos solicitados, únicamente la historia clínica del agenciado.

3.1.3. La señora Díaz Peralta manifestó que su familia no cuenta con el dinero suficiente para sufragar los costos de los servicios médicos requeridos por su padre,²⁶ de manera que la falta de recursos económicos se traducen en un detrimento de las condiciones de vida digna de su progenitor.

3.1.4. Ante la imposibilidad de adquirir los insumos médicos solicitados por la agente oficiosa, el día 22 de noviembre de 2016 interpuso acción de tutela ante el juez constitucional, solicitando se ordene a Savia Salud la autorización y suministro efectivo de pañales para adulto talla L, así como la autorización y entrega de fórmula especializada de proteína a base de suero lácteo con vitaminas y minerales (Ensure), presentación por 3.780gr (405 gr diarios durante 3 meses), con el fin de tutelar sus derechos a la salud y a la vida digna.²⁷

3.2. Contestación de la Demanda²⁸

3.2.1. Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S. (Savia Salud)

3.2.1.1. El juzgado de primera instancia manifestó que: “Pese a haber sido librado el oficio número 4831 y recibido por la entidad el 25 de noviembre de 2016, luego de transcurrido un término considerable al establecido en el auto por medio del cual se asumió conocimiento, la accionada no emitió pronunciamiento alguno, en consecuencia, de ser necesario, se podrán dar por ciertas las afirmaciones de la parte accionante conforme lo establecido en el artículo

20 del Decreto 2591 de 1991".²⁹

3.2.2. Secretaría Seccional de Salud y Protección Social De Antioquia.³⁰

3.2.2.1. La Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia, informó que en efecto la afectada figura como beneficiaria al Régimen Subsidiado EPS-S Savia Salud y que la Resolución 5592 de 2015, definió, aclaró y actualizó el POS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, que deberá ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a sus afiliados en el territorio nacional, en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente.

3.2.2.2. En razón a lo anterior, manifestó que es la aseguradora de Riesgos en Salud del Régimen Subsidiado EPS-S Savia Salud, la entidad obligada a garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud que la parte accionante requiere en los términos del artículo 15 de la citada Resolución. En consecuencia, la Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia solicitó ser exonerada de todo tipo de responsabilidad, por cuanto no es de su competencia la prestación de los servicios solicitados por la accionante.

3.3. Decisión Judicial

3.3.1. Mediante sentencia del dos (2) de diciembre de 2016, el Juzgado 27 Penal del Circuito Con Función de Conocimiento de Medellín - Antioquia, declaró improcedente la tutela interpuesta por la señora Everlindes del Socorro Díaz Peralta actuando como agente oficiosa del señor José Calsans Díaz Rojas, por considerar que la falta de presentación de: (i) las órdenes médicas de remisión y (ii) la constancia de haber radicado dichas órdenes para su autorización ante la entidad accionada, imposibilita a la misma para acceder a las pretensiones presentadas en la solicitud de amparo, en la medida en que no se ha agotado el procedimiento establecido para solicitar los servicios de salud requeridos por el accionante.³¹

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia y procedibilidad

1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional³² es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, en desarrollo de las

facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

Legitimidad de la acción

1.4. Sobre la legitimación pasiva de las acciones, la Sala verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidades accionadas son las encargadas de la prestación del servicio público de salud.

Inmediatez

1.5. En relación con el principio de inmediatez se observa que solo en el expediente T-6.126.223 hay evidencia de una actuación concreta encaminada solicitar los insumos atrás señalados que es la negativa por parte de la EPS EMSSANAR de ordenar el suministro de estos servicios sin existir la fórmula del médico tratante (26 de septiembre de 2016). Los otros dos casos en cambio, no dan cuenta de la existencia de una actuación encaminada a solicitar dichos insumos antes de acudir a la acción de tutela. Por esta razón, no es posible determinar la razonabilidad del lapso transcurrido entre la ocurrencia de los hechos que son presuntamente la fuente de vulneración y el uso de la acción de tutela. Sin embargo, para la Sala como quiera que en todos los casos las accionantes pusieron de presente la necesidad continua de los pañales desechables y se trata de sujetos de especial protección constitucional, la valoración de este requisito debe presumirse superado.

Subsidiariedad

1.6. La acción de tutela procede únicamente cuando no existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.³⁴

1.7. Frente a este punto, en los casos que se revisan la Sala considera que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007³⁵ y 1438 de 2011³⁶ que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria

de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto no es un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.³⁷

Por las razones expuestas la sala procederá a hacer un análisis de fondo de las solicitudes de amparo.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. La Sala Séptima de Revisión deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulnera los derechos a la vida digna y a la salud una EPS al negarse a ordenar el suministro de insumos como pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis, silla de ruedas, hospitalización domiciliaria y suplemento nutricional a un adulto mayor con graves padecimientos de salud, por no existir una orden médica y por considerar que estos no están incluidos dentro de la lista de cosas que conforman el Plan de Beneficios de Salud?

2.2. Para resolver el problema jurídico, la Sala examinará (i) el precedente constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela para reclamar este tipo de insumos, (ii) el suministro de tecnologías y servicios complementarios al Plan de Beneficios de Salud según la legislación vigente, para luego realizar el análisis del caso concreto.

3. El precedente constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de pañales, pañitos, crema antipañalitis

3.1. Los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis han sido catalogados por la Corte Constitucional como elementos de aseo que en algunas ocasiones son necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de personas que los requieren en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad. En ese sentido, ha estudiado en múltiples oportunidades la procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de pañales desechables.³⁸

3.2. En casos en los que existen ciertas patologías o situaciones de discapacidad³⁹ se altera significativamente la posibilidad de realizar las necesidades fisiológicas en condiciones regulares de aquellas personas que no pueden ejercer el control de esfínteres. La jurisprudencia ha señalado que aun cuando los pañales desechables no son un remedio para revertir esta situación causada por la enfermedad o la condición de discapacidad, sí permiten

que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia.⁴⁰ Al respecto, la Corte ha llegado a considerar que negarse a suministrar pañales a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional.⁴¹

3.3. Estos insumos han sido catalogados como bienes necesarios y en algunas ocasiones fundamentales para garantizar la dignidad humana por servir a las personas que están en situaciones de imposibilidad o gran dificultad para realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones normales.⁴² El juez constitucional los ha relacionado con la posibilidad de gozar de la higiene y la salubridad suficientes como elementos básicos para una buena calidad de vida,⁴³ e incluso como insumos indispensables para sobrellevar la enfermedad de forma digna. ⁴⁴

3.5. Por esta razón aunque los pañales desechables no se consideran propiamente servicios de salud, pues no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez de tutela a aplicar los mismos criterios para el acceso a servicios de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud cuando se trata de la solicitud de pañales desechables. Así, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional han concluido que una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud⁴⁵ (hoy Plan de Beneficios de Salud) cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.⁴⁶

3.6. En relación con el último requisito según el cual el servicio médico debe haber sido ordenado por la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo está

necesitando, tratándose de pañales desechables, la jurisprudencia constitucional ha hecho excepciones. Al verificar que los accionantes sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres y son personas que además dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas y ellos o sus familias no tienen la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo, se ha ordenado el suministro de pañales desechables por vía de acción de tutela.⁴⁷ En estas circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, [la Corte ha considerado que] resulta imperiosa la intervención del juez constitucional.⁴⁸

3.7. Sobre el grado de evidencia que ha requerido el juez de tutela para verificar la necesidad de pañales desechables de una persona, la Corte ha señalado que hay circunstancias fácticas que constituyen hechos notorios.⁴⁹ Por ejemplo, aquellos eventos en los que se evidencia que una persona ha sido diagnosticada con la pérdida del control de sus esfínteres. En estos eventos, la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían.⁵⁰ Esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales⁵¹; malformaciones en el aparato urinario⁵²; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral,⁵³ parálisis cerebral y epilepsia⁵⁴, párkinson⁵⁵, entre otras.⁵⁶

3.8. En ese orden de ideas, los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el acceso a este tipo de insumos, en concreto la existencia de una orden médica, ha admitido excepciones que por razones constitucionales buscan priorizar el goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos y evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas.

4. Suministro de servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios de Salud

4.1. Con la reciente Ley Estatutaria de Salud el legislador definió el derecho a la salud como un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo. Estableció que su prestación es un servicio público esencial y obligatorio que está en cabeza del Estado.⁵⁸ Puntualizó los principios de universalidad,⁵⁹ equidad,⁶⁰ solidaridad,⁶¹ sostenibilidad,⁶² eficiencia⁶³ y progresividad del derecho,⁶⁴ entre otros, como definitorios del sistema de

salud y agregó que estos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

4.2. El Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social bajo el marco de estos principios, tiene la obligación de actualizar el Plan Obligatorio de Salud,⁶⁵ hoy denominado Plan de Beneficios en Salud. Este plan se define como el conjunto de servicios y tecnologías que incluyen la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades que son financiados con los recursos girados a cada Empresa Promotora de Salud (EPS) de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por cada persona afiliada. Monto denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC).⁶⁶

4.3. De conformidad con la última actualización del Plan de Beneficios en Salud,⁶⁷ los insumos como pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis no están incluidos dentro de aquellos tratamientos que son financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). No obstante, tampoco han sido excluidos en los términos que la misma Ley 1751 de 2015 indica.⁶⁸

4.4. Particularmente este tipo de suministros han sido considerados por la ley como servicios o tecnologías complementarias que si bien no pertenecen al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo de este derecho, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad.⁶⁹ En consecuencia, el legislador ha establecido un procedimiento específico para su suministro. A saber:

“(…) Prescripciones de servicios o tecnologías complementarias. Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación: 1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo. 2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud — IPS, una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin. 3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la

solicitud de concepto se realizará al interior de la misma. 4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud — IPS que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores.”⁷⁰

“(…) Prescripciones de soporte nutricional. Cuando se trate de la prescripción de servicios y tecnologías para soporte nutricional y éstos no se encuentren cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, dichos servicios deberán ser prescritos únicamente mediante el aplicativo de que trata la presente Resolución, atendiendo las reglas que se señalan a continuación: 1. En cualquier caso, los profesionales médicos podrán prescribir servicios o tecnologías en salud para soporte nutricional mediante el aplicativo mencionado. 2. Las prescripciones para soporte nutricional podrán ser ordenadas por el profesional en nutrición y dietética, debidamente inscrito en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud — ReTHUS, en el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, siempre y cuando exista una prescripción médica que ordene la valoración por la mencionada profesión. 3. En caso de que el profesional en nutrición y dietética ordene servicios para soporte nutricional, o el médico los prescriba directamente, en el ámbito ambulatorio, serán analizados por la Junta de Profesionales de la Salud de que trata la presente Resolución. 4. En caso de que el profesional en nutrición y dietética ordene servicios para soporte nutricional, o el médico los prescriba directamente, en el ámbito hospitalario, serán autorizados de manera directa una vez sean prescritos.”

4.5. En consecuencia, aquellos servicios y tecnologías complementarias podrán ser suministrados a los afiliados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y/ o las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a través de la plataforma virtual denominada “MIPRES”⁷¹ y estas a su vez, podrán realizar el recobro correspondiente de manera posterior a la prestación del servicio.⁷²

4.6. Todo lo anterior conduce a concluir que de acuerdo con la reglamentación vigente los insumos de aseo e higiene, al no estar expresamente excluidos bajo las garantías del procedimiento establecido por la ley, podrían ser suministrados por una entidad EPS o IPS

con cargo a los recursos públicos previstos para servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud,⁷³ siempre que el profesional de la salud o la junta de profesionales de la salud prevista en la ley pudiera justificar técnicamente la decisión adoptada de forma coherente con el diagnóstico clínico.⁷⁴

4.7. La entrada en vigencia de esta normatividad constituye un mecanismo significativo conducente a derribar barreras de acceso para el cumplimiento de las obligaciones del Estado en la garantía del goce efectivo del derecho a la salud de manera integral. En opinión de esta Sala, la posibilidad que brinda la legislación vigente de suministrar este tipo de elementos complementarios con cargo a los recursos públicos responde a una decisión democrática de garantizar de manera efectiva el derecho a la salud en su faceta individual. No obstante, en aras de establecer un adecuado equilibrio frente al carácter colectivo del derecho a la salud es necesario reconocer que el suministro de estos insumos es una acción netamente prestacional que implica la provisión de una gran cantidad de recursos económicos por parte de la Administración Pública. El principio de eficiencia en salud conlleva la obligación de que los recursos, servicios y tecnologías disponibles sean utilizados con la orientación de garantizar el derecho a la salud de toda la población.

4.8. Así entonces, dado el carácter prestacional del suministro de estos servicios complementarios en principio resulta imposible que sea exigible por vía judicial el inmediato cumplimiento de este tipo de prestaciones en los casos individuales y concretos. Para esta Sala, la definición del sistema de salud debe hacerse por un lado a partir de la decisión democrática del grado de protección que se va a brindar, y en segundo lugar, de las necesidades reales de los pacientes y los diagnósticos de calidad de los profesionales de la salud y no desde un escenario judicial a través de subreglas de procedencia que ordenan el suministro de procedimientos que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud.

4.9. Cuando se trata de garantizar derechos de esta naturaleza, las medidas que ha de tomar la administración pública comprenden necesariamente la adecuada gerencia de los recursos disponibles, generalmente escasos, bajo el imperio de los principios de universalidad y solidaridad. Lo anterior en concordancia con el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PDSEC– que estableció que los Estados se comprometen a tomar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles.⁷⁵ La dimensión colectiva del derecho a la salud implica el aseguramiento de los riesgos de las enfermedades comunes de la población. En

ese sentido, es fundamental señalar que el principio de universalidad que rige el sistema de seguridad social en salud impone la obligación de considerar de manera racional la prestación de servicios que al tener un costo económico considerablemente alto podrían afectar la estabilidad del mismo. Tratándose del suministro de pañales desechables, para el año 2016 se había calculado un costo de más de 42.000 millones de pesos en recobros a los recursos del antiguo Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA).⁷⁶

4.10. En ese orden de ideas, para que el juez constitucional pueda evaluar cuando la actuación de una entidad prestadora de servicios de salud resulte arbitraria y desconozca el derecho a la salud de una persona frente al suministro de servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios, éste deberá tener en cuenta tanto la faceta individual como la faceta colectiva del derecho presuntamente vulnerado. Lo anterior implica necesariamente que el juicio de constitucionalidad que realice el juez debe considerar por lo menos dos factores: (i) la actuación diligente de la entidad prestadora de servicios de salud encaminada a emitir un diagnóstico científico frente a la necesidad de servicios y tecnologías complementarias no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, y (ii) la capacidad económica del paciente y su grupo familiar.

La actuación diligente de la entidad prestadora de servicios de salud orientada a la garantía del derecho al diagnóstico

4.11. La actuación diligente de una entidad prestadora de servicios de salud implica en primer lugar abstenerse de negar la prescripción del suministro de servicios o tecnologías complementarias con el argumento de que se encuentran excluidas del Plan de Beneficios de Salud, pues como se indicó, a la luz de la legislación vigente estos insumos pueden ser suministrados con cargo a los recursos públicos siempre y cuando se pueda acreditar la necesidad de los mismos desde el punto de vista clínico y la carencia de recursos de la persona para adquirirlos.

4.12. De lo anterior se extrae la relevancia de la prescripción médico-científica. En ese sentido, la Resolución 3951 de 2016⁷⁷ estableció que “corresponde a los profesionales de salud la prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y su reporte, según la pertinencia y la necesidad (...) y demás normativa vigente y aplicable.”⁷⁸ De la misma forma definió ciertos criterios que

debe tener en cuenta el profesional de la salud para prescribir este tipo de servicios de la siguiente manera:

(...) Criterios para la prescripción. El profesional de la salud que prescribe servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, deberá tener en cuenta los siguientes criterios: 1. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos, para lo cual dejará constancia en la historia clínica del paciente y en el aplicativo, así como el registro de la información sobre los resultados de las ayudas diagnósticas e información bibliográfica que sustenten su decisión. 2. Comunicar al paciente con claridad, el motivo por el cual no se utiliza el servicio o la tecnología en salud cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC así como, los resultados esperados, posibles efectos adversos y complicaciones de las tecnologías en salud no cubiertas por dicho Plan. Cuando no existan en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC medicamentos, procedimientos o dispositivos que se puedan considerar reemplazados o sustituidos, el profesional de la salud, deberá manifestar esta situación en la historia clínica, soportada con la evidencia científica de acuerdo con la normativa referida en la presente Resolución.

4.13. Atendiendo lo dicho, para esta Sala es claro que el criterio científico cobra absoluta trascendencia para el sistema de salud pública en concordancia con los postulados constitucionales de la irrenunciabilidad y autonomía del derecho a la salud. La opinión de los profesionales de la salud supera a todas luces el cumplimiento de un trámite administrativo orientado a obtener una orden médica. Se trata de garantizar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho a la salud para mejorar la calidad de vida del paciente. Cabe señalar que en este sentido la Corte ha dicho que el derecho al diagnóstico implica la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.⁷⁹

4.14. Por esta misma razón cobra mayor sentido reiterar que en términos generales “los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, [un juez] podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos, [medicamentos o implementos] que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) lo cual supone un

desaprovechamiento de los recursos o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”⁸⁰ En consecuencia, la actuación del operador judicial está sujeta a la garantía del derecho al diagnóstico de los usuarios del sistema de salud pública. La manera de establecer un tratamiento idóneo y eficaz para el tratamiento de un paciente se da en el escenario de relación entre el médico y el paciente. Es el profesional de la salud quien tiene el conocimiento científico y por su contacto con el enfermo es quien puede establecer el tratamiento más eficaz de la enfermedad que padece.⁸¹

4.15. De esta forma, lo que verdaderamente configura la fuente de vulneración del derecho a la salud de una persona no es la ausencia de prescripción u orden médica, sino la ausencia de diagnóstico clínico. Y en este orden de ideas, solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de pañales desechables, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de generar condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente.⁸² De lo contrario, deberá ser la entidad prestadora de servicios de salud quien a través de los profesionales de la salud, de forma individual o en junta médica quien deberá determinar la necesidad de servicios complementarios de conformidad con el diagnóstico clínico del paciente.

El alcance del derecho a recibir servicios o tecnologías complementarias no incluidas en Plan de Beneficios de Salud, está sujeta a la capacidad económica del grupo familiar del paciente

4.16. El sistema de seguridad social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo creado sobre la lógica de que la protección de las contingencias individuales ocurre con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad.⁸³ La razón fundamental de la solidaridad sobre la cual se basa el sistema de salud es que los recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios.⁸⁴ Por este motivo, el juez constitucional ha previsto que uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener el suministro de servicios que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud es la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar para sufragar los costos de los mismos. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema:

“Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, (...) quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud.”⁸⁵

4.17. No obstante, determinar la capacidad económica de las personas no es un asunto simple ni para el juez constitucional ni mucho menos para las entidades prestadoras de servicios de salud. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que por regla general al accionante le corresponde probar el supuesto de hecho que conduciría a la prosperidad de sus pretensiones. Ahora, la simple indicación de la persona de carecer de recursos económicos (negación indefinida) de conformidad con la jurisprudencia hace que se invierta la carga de la prueba, siendo la entidad demanda la encargada de demostrar lo contrario. En cualquier caso al no existir una tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, el juez de tutela tiene el deber de activar sus poderes inquisitivos en materia probatoria, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que proceda si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.⁸⁶

4.18. Frente a este punto la Sala considera razonable tener en cuenta criterios objetivos para determinar la capacidad económica de los usuarios del sistema de salud. Así, el juez constitucional en principio podría presumir de hecho que una persona que está afiliada al régimen subsidiado en salud no estaría en la capacidad de cubrir los costos de servicios o tecnologías complementarias no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, como pañales desechables para adultos o suplementos alimenticios.⁸⁷ El régimen subsidiado del sistema de salud pública está dirigido a la población más vulnerable desde el punto de vista económico. Por esta razón el criterio objetivo de afiliación de una persona dicho régimen es la falta de capacidad de pago. Así lo estableció la Ley 100 de 1993 en el artículo 213: “será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable (...), y el artículo 157 de la misma norma que señaló “(...) los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de cotización

(...)."88 Desde el punto de vista técnico, en Colombia una persona pobre o vulnerable es aquella que según el Sistema de Selección de Beneficiarios – SISBEN- (encuesta diseñada por el Departamento Nacional de Planeación para focalizar los programas sociales de acuerdo al nivel socioeconómico de la población) ha sido clasificada como tal de acuerdo a variables que no solo incorporan el nivel de ingreso sino también el de capacidades.

4.19. Desde esta perspectiva, es razonable que en principio el juez constitucional considere que se presume de hecho que una persona afiliada al régimen subsidiado de salud no cuenta con la capacidad económica para cubrir los costos de servicios o tecnologías complementarias no incluidas en Plan de Beneficios de Salud como es el caso de los pañales desechables para adultos, elementos de higiene y suplementos nutricionales cuando estos sean necesarios para el goce efectivo del derecho a la salud. Al respecto la Corte ha dicho lo siguiente:

Esta Corporación ha asociado la imposibilidad de pago al riesgo de afectación del mínimo vital, la cual, a su vez, no debe ser estimado a partir de la falta de sumas dinerarias específicas sino de la asunción de cargas desproporcionadas o que impliquen un desequilibrio económico ostensible para la persona o su familia. La vinculación al régimen subsidiado en salud, de igual forma, es un criterio que da lugar prácticamente a una presunción de incapacidad de pago, pues es en virtud de esta circunstancia, debidamente acreditada, que el Estado debe proporcionarles asistencia directa y gratuita.⁸⁹

4.20. Distinta situación fáctica se puede presumir de aquellas personas que pertenecen al régimen contributivo del sistema de salud. De conformidad con la definición establecida en la Ley 100 de 1993, este grupo se vincula a través del pago de una cotización, individual o familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador.⁹⁰ De manera que, es lógico suponer que estas personas o su grupo familiar cuentan al menos con un ingreso mensual del cual depende proporcionalmente el monto de cotización al sistema de salud. Luego este ingreso mensual base de la cotización se erige como otro criterio objetivo, pues la relación de proporcionalidad entre el monto del mismo y el costo de la prestación requerida permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir dicho costo. En todo caso, este criterio objetivo debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso familiar. Estos aspectos subjetivos deben ser informados de

buena fe por el interesado.

4.21. Para la Sala estas dos formas de vincularse al sistema de salud (contributivo y subsidiado) constituyen un elemento probatorio inicial que corresponde a un razonamiento técnico que ha sido construido sobre una base seria de planeación de la administración pública y que permite tanto a las entidades prestadoras del servicio de salud como al juez constitucional considerar que una persona afiliada al régimen subsidiado de salud no cuenta con la capacidad económica de asumir el costo de servicios o tecnologías complementarias no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, mientras que una que pertenece al régimen contributivo en principio podría cubrir, en ciertos casos, el costo de aquellos suministros para sí mismo o para su grupo familiar, a menos que ella demuestre lo contrario.

4.22. Sobre este punto cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha aplicado este razonamiento al tratarse de prestaciones económicas en el sistema de salud. Así por ejemplo, en varios casos que han sido estudiados por la Corte Constitucional el juez de tutela ha exonerado del cobro de cuotas moderadoras o copagos⁹¹ a los usuarios afiliados al régimen subsidiado de salud, al considerar que no puede obligarse a una “persona que no cuenta con los recursos económicos suficientes el cubrimiento del valor de un pago compartido y el aporte al Sistema como condicionamiento para la prestación de la atención médica que necesita. Y ha afirmado que dichos pagos no pueden constituir barreras de acceso al sistema de salud, específicamente, en relación con la población más pobre”.⁹²

4.23. Así las cosas, cuando una entidad prestadora de servicios de salud está en la obligación de suministrar un servicio o tecnología no incluida en el Plan de Beneficios de Salud a partir del diagnóstico de los profesionales de la salud, corresponderá presumir que una persona afiliada al régimen subsidiado de salud no cuenta con los recursos suficientes para asumir el costo de dichos suministros y deberá proceder a ordenar el suministro de los servicios requeridos de manera oportuna y sin trabas administrativas.

4.24. En consecuencia el juez constitucional deberá considerar en cada caso factores como el régimen al que se encuentra afiliada la persona, el nivel del ingreso, el costo de los insumos, medicamentos o prestaciones requeridas, así como la conformación del grupo familiar y el número de personas que dependen del mismo ingreso. Estos factores serían criterios válidos de decisión para considerar en qué casos las personas podrían en principio asumir la carga

económica para acceder a los servicios y tecnologías no incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud.

5. Suministro de atención médica domiciliaria

5.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que con el concepto del médico tratante, si una persona requiere atención médica domiciliaria tiene derecho a acceder de manera efectiva y oportuna al servicio. Por las características fácticas de los casos que se han estudiado en sede de revisión la Corte ha establecido algunas subreglas de aplicación al tratarse del suministro de este tipo de atención. Así, ha señalado lo siguiente:

(i) Toda persona que lo requiera de acuerdo con el concepto de su médico tratante, tiene derecho a acceder efectiva y oportunamente al servicio de atención médica domiciliaria y al suministro de oxígeno (servicios incluidos en el POS). Para respetarlo, las EPS deben proceder a autorizar y brindar el servicio sin dilación, tan pronto tengan conocimiento de que existe una orden médica en tal sentido. // (ii) La obligación de prestar el servicio de atención médica domiciliaria requerido por un usuario no se exceptúa cuando la EPS aduce no tener en su red de prestadores un proveedor de dicho servicio en el municipio de residencia del paciente. Es deber de la entidad superar esta dificultad y tomar las medidas necesarias para garantizar la prestación efectiva del servicio. // (iii) Las personas que requieran con necesidad una silla de ruedas (servicio excluido del POS), especialmente si se trata de personas de la tercera edad que padecen enfermedades graves, tienen derecho a que la EPS se las autorice y suministre.⁹³

5.2. En relación con la regulación que surgió a partir de la expedición de la nueva ley Estatutaria de Salud, la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016⁹⁴ que define los servicios de salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) que deberán ser garantizados por las EPS a los afiliados al sistema, se observa que ella define la atención domiciliaria como “ (...) la modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia.”.

5.3. De acuerdo con el artículo 28 de dicha norma, la atención domiciliaria es una alternativa a la atención hospitalaria institucional y está cubierta en los casos que lo considere

pertinente el profesional tratante. Al respecto señaló también que solo conforme a la recomendación médica, las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes.

5.4. De esta forma, la atención médica domiciliaria es un servicio que se encuentra expresamente incluido dentro del Plan de Beneficios de Salud con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC) y la obligación de suministrarla es de las EPS. No obstante, dicha obligación está sujeta al concepto científico del médico tratante, pues solo a través del diagnóstico es posible determinar la necesidad y pertinencia del servicio en cada caso concreto.

5.5. Por esta razón, para esta Sala es estrictamente necesario que exista una prescripción del médico tratante, o en los casos en los que dicha atención sea solicitada por los pacientes, un concepto en el que el profesional de salud indique la pertinencia y oportunidad de la misma, con el fin de que esta pueda ser exigida a través de la acción constitucional.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la sala abordará el caso concreto.

6. Análisis de los casos concretos

6.1. Expediente T-6.123.542

6.1.1. La agente oficiosa interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la señora Teófila María Salgado Paternina, los cuales estimó vulnerados porque la entidad no hizo entrega de pañales desechables, crema antipañalitis y pañitos húmedos a pesar del delicado estado de salud en el que se encuentra su abuela al padecer de Alzheimer y haber sufrido una fractura en la cadera.

6.1.2. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) se trata de una persona de 88 años de edad, que padece quebrantos de salud; (ii) pertenece al régimen contributivo en calidad de beneficiaria de su esposo Carlos Arturo Paternina Osorio, adulto mayor de 88 años de edad quien recibe una pensión por la suma de un salario mínimo mensual; (iii) en el trámite de la tutela la EPS

demostró que no existe ninguna solicitud por parte de los especialistas que tratan a la señora Paternina, de suministro de los insumos solicitados en la acción de tutela. Esta tampoco fue aportada por la accionante.

6.1.4. En este caso, la Nueva EPS en la contestación de la acción de tutela se limitó a señalar que el suministro de pañales desechables es un servicio expresamente excluido del Plan de Beneficios de Salud, conforme a la Resolución 5592 de 2015 y a afirmar que este insumo no es indispensable para conservar la salud ni constituye un servicio de salud establecido en guías médicas de atención reconocido por las sociedades médicas.

6.1.5. Para la Sala, esta actuación per se constituye una fuente de vulneración del derecho a la salud del agenciado. A pesar de que la Resolución 3951 solo se hace exigible a partir del 1 de diciembre de 2016, para la Sala la vulneración a los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita en este caso surge a partir de la omisión de la entidad demandada de emitir o desvirtuar el diagnóstico clínico frente a la necesidad de los insumos reclamados por el accionante. Como se expuso antes, la opinión de los profesionales de la salud supera a todas luces el cumplimiento de un trámite administrativo orientado a obtener una orden médica. Se trata de garantizar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho a la salud para mejorar la calidad de vida del paciente.

6.1.6. En este caso, la Nueva EPS en ningún aparte del escrito de contestación se sirve desvirtuar la necesidad clínica de los insumos solicitados a pesar de que el accionante se encuentra en una situación de salud que en opinión de la Sala es considerable y grave (fractura de cadera, y enfermedad de Alzheimer)⁹⁵ en la que probablemente requiera la utilización de pañales desechables. Por lo tanto, no existe una calificación de pertinencia científica que desvirtué la necesidad del paciente respecto a la utilización de pañales desechables. Como se explicó atrás, el diagnóstico y la prescripción médica son la base sobre la cual se asienta el nuevo sistema de salud y es deber de EPS atender esta tarea como la obligación principal de acuerdo con la naturaleza de sus funciones independientemente de la exclusión o inclusión del servicio o tecnología dentro del Plan de Beneficios de Salud.

6.1.7. Este punto es especialmente sensible en la medida que es imposible para el juez constitucional determinar si en el caso clínico específico de la agenciada, ésta requiere el uso de pañales desechables. En ninguna parte de la historia clínica se observa la existencia de un

diagnóstico que señale la existencia de una incontinencia o imposibilidad de control de esfínteres.

6.1.8. Por todo lo anterior, la Sala ordenará a la Nueva EPS que en un término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva evaluar en la Junta Médica de la que habla el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016, la necesidad de los insumos solicitados por la accionante para la señora Teófila María Salgado Paternina. Y de ser afirmativo el concepto de los profesionales de la salud, expida la prescripción de servicios complementarios no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, sin necesidad de previa verificación de la capacidad económica de la agenciada y su grupo familiar, pues este depende de un salario mínimo mensual, lo cual hace suponer su incapacidad económica. En caso de que el concepto de la Junta Médica sea favorable, debe suministrar de manera inmediata los insumos requeridos.

6.2. Expediente T-6.126.223

6.2.1. La señora Frelida Escobar Córdoba actuando como agente oficiosa en calidad de hija del señor Moisés Escobar, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos a la salud y en conexidad con el derecho fundamental a la vida de su padre, presuntamente vulnerados por la Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR por haberse negado a suministrar los siguientes servicios en salud: hospitalización en casa con asignación de enfermera 24h, suministro de pañales para adulto, pañitos húmedos, crema antipañalitis y cama hospitalaria.

6.2.2. Ante esta acusación la EPS EMSSANAR manifestó a través de apoderado que los insumos y servicios médicos de suministro de pañales desechables, pañitos húmedos, alimentación por sonda (suplemento nutricional), crema antipañalitis, cama hospitalaria, transporte y enfermera en casa, “se encuentran excluidos del PBS y no presenta orden médica que los avale”. Manifestó la entidad que según lo descrito en el texto de tutela, lo requerido por la actora es un “cuidador primario” que se encargue del traslado y alimentación del paciente, cargo que le corresponde a la familia y que no se encuentra contemplado en el PBS o POS, por lo que no es un servicio que pueda prestar la EPS.

6.2.3. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) se trata de una persona de 86 años de edad (ii) padece

hipertensión esencial primaria, tumor maligno de próstata y demencia senil, (iii) pertenece al régimen subsidiado de salud (iv) en el trámite de la tutela la EPS demostró que en primer lugar la atención domiciliaria solicitada por el accionante se encuentra autorizada,⁹⁶ y en segundo lugar que no existe prescripción médica que indique la necesidad de los demás insumos solicitados.

6.2.4. En este caso la Sala considera que la actuación desplegada por la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la persona agenciada al negarse a emitir o desvirtuar un diagnóstico científico sobre la necesidad de los insumos solicitados por parte del paciente. Como se expuso antes, si bien estos elementos no pertenecen al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, al promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad, y su suministro con cargo a los recursos públicos depende en primer lugar de la calificación de pertinencia del suministro que haga el grupo de profesionales de la salud integrantes de la Junta Médica de las EPS, y en segundo lugar de la capacidad económica de la parte accionante.

6.3. Expediente T-6.127.936

6.3.1. La señora Everlindes del Socorro Díaz Peralta, actuando como agente oficiosa en calidad de hija del señor José Calsans Díaz Rojas, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos a la vida, dignidad humana, salud y seguridad social de su padre, presuntamente vulnerados por la Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S. (Savia Salud), por negarse a suministrar pañales desechables para adulto y fórmula especializada de proteína a base de suero láctico (Ensure).

6.3.2. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) se trata de una persona de 86 años de edad, (ii) padece evento vascular extenso, tienen suplencia de oxígeno, gastrostomía permanente, además de accidente vascular encefálico agudo, hipertensión esencial, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal, (iii) pertenece al régimen subsidiado de salud y (iv) en el trámite de la tutela la EPS no emitió pronunciamiento alguno sobre las acusaciones planteadas por la agente oficiosa.

6.3.3. En este caso, la Sala observa que se trata de un adulto mayor con un grave estado de salud que ha estado varias veces en urgencias por diversas afecciones. De la historia clínica se puede extraer de manera literal que se trata de un paciente que requiere soporte en medidas de aseo general y alimentación.⁹⁷ En ninguna parte del expediente se observa ni la solicitud de los insumos por parte del accionante a la entidad accionada, ni tampoco la prescripción médica que ordene el suministro de los mismos. Para los suscritos, la historia clínica da cuenta de un hecho notorio que permite al juez de tutela concluir que el agenciado requiere el suministro inmediato de los insumos solicitados, más aun cuando la entidad accionada se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno que expusiera una opinión clínica contraria y por tratarse de una persona de escasos recursos que se encuentra afiliada al régimen subsidiado del sistema de salud. Esta actuación, sin duda constituye una fuente de vulneración del derecho a la salud del señor José Calsans Diaz Rojas.

6.3.4. Por lo anterior, la Sala procederá a ordenar a la EPS Savia Salud EPS que en un término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva prescribir y entregar los insumos solicitados por la agente oficiosa del señor Moisés Escobar, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016.

7. Conclusiones y decisiones a adoptar

7.1. Los pañales desechables son considerados servicios y tecnologías complementarias que aunque no son estrictamente un remedio para revertir la enfermedad o la condición de discapacidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia. A la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015 y la normatividad que la reglamenta, estos insumos son catalogados como servicios y tecnologías complementarios y no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud. No obstante, el legislador ha previsto que dichos insumos pueden ser prescritos por los profesionales de la salud cuando la persona los requiere desde el punto de vista clínico y no tienen la capacidad económica de asumir el costo para adquirirlos.

7.2. Para hacer un examen de constitucionalidad de la actividad de las entidades prestadores de servicios de salud respecto del suministro de estos servicios y tecnologías complementarios, el juez constitucional deberá tener en cuenta por un lado la actuación diligente de EPS orientada a emitir un diagnóstico que sea pertinente y adecuado a las

necesidades del paciente, independientemente de que el tratamiento o servicio se encuentre incluido dentro del Plan de Beneficios de Salud. Por otro lado tendrá que observar la capacidad económica del sujeto.

7.3. En virtud del principio de solidaridad sobre el cual se funda el sistema de salud pública y el carácter colectivo del derecho a la salud, es razonable para el juez constitucional presumir de hecho que una persona que está afiliada al régimen subsidiado del sistema de salud carece de recursos económicos para costear insumos, servicios o tecnologías complementarias que no están incluidas dentro del Plan de Beneficios de Salud.

7.4. Por las razones expuestas, para esta Sala una EPS vulnera los derechos a la salud y a la vida digna de una persona cuando se niega a suministrar servicios o tecnologías complementarias por la sola razón de no estar incluidas dentro del Plan de Beneficios de Salud. Es deber de las EPS realizar el diagnóstico clínico correspondiente y de conformidad con el mismo, prescribir el procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de 2016 proferida por la Sala Penal del Tribunal de Distrito Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, dentro del expediente T-6.123.542, mediante la cual se negó la acción de tutela instaurada por la señora Any Margaret Paternina Vergara como agente oficiosa de Teófila María Salgado Paternina contra la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. Nueva EPS. En su lugar CONCEDER el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en un término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva evaluar en la Junta Médica de la que habla el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016 la necesidad de los insumos solicitados por la accionante para la señora Teófila María Salgado Paternina. Y de ser afirmativo el concepto de los

profesionales de la salud, expida la prescripción de servicios complementarios no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, y los suministre de forma inmediata.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia del trece (13) de diciembre de 2016 proferida por Juzgado Treinta y Cuatro (34) Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali, dentro del expediente T-6.126.223, mediante la cual se negó la acción de tutela instaurada por la señora Frelida Escobar Córdoba en calidad de agente oficiosa del señor Moisés Escobar contra Emssanar ESS EPS y la Secretaría de Salud del Valle del Cauca. En su lugar CONCEDER el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a Emssanar ESS EPS que en un término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva evaluar en la Junta Médica de la que habla el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016 la necesidad de los insumos solicitados por la accionante para el señor Moisés Escobar. Y de ser afirmativo el concepto de los profesionales de la salud, expida la prescripción de servicios complementarios no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud de forma inmediata por tratarse de una persona afiliada al régimen subsidiado de salud.

QUINTO.- REVOCAR la sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Medellín dentro del expediente T-6.127.936, mediante la cual declaró improcedente la pretensión de amparo invocada por la señora Everlides del Socorro Díaz Peralta en calidad de agente oficiosa del señor José Calasans Díaz Rojas contra la EPS SAVIA SALUD y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia. En su lugar CONCEDER el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO.- ORDENAR a la EPS Savia Salud EPS que en un término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva prescribir y entregar los insumos solicitados por la agente oficiosa del señor Moisés Escobar, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016.

SEPTIMO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Este proceso fue elegido para su revisión por la Sala de Selección Número Cinco, conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Humberto Escruería Mayolo (e), mediante auto del 15 de mayo de 2017.

2 Este proceso fue elegido para su revisión por la Sala de Selección Número Cinco, conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Humberto Escruería Mayolo (e), mediante auto del 15 de mayo de 2017.

3 Este proceso fue elegido para su revisión por la Sala de Selección Número Cinco, conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Humberto Escruería Mayolo (e), mediante auto del 15 de mayo de 2017.

4 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folio 9.

5 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folio 34. “tiene que ser arrastrada desde su cama hasta una silla de madera donde se ve obligada a pasar todo el día pues su anciano esposo carece ya de fuerzas para trasladarla de un lugar al otro”

6 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folios 1-7.

7 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folios 1-7

8 El Juzgado 2 Penal del Circuito de Sincelejo-Sucre, mediante auto del 19 de octubre de 2016 admitió la tutela y ordenó correr traslado a la Nueva Empresa Promotora de Salud (Nueva EPS), mediante oficio T363 del 19 de octubre de 2016.

9 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folio 18-24.

10 Resolución 5592 de 2015. Artículo 132. Numeral 5 Tecnologías no financiadas a cargo de la UPC. Sin perjuicio de las aclaraciones de cobertura del presente acto administrativo, en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC deben entenderse como no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación, aquellas tecnologías que cumplan las siguientes condiciones: (...) 5. Servicios y tecnologías en salud conexos, así como las complicaciones que surjan de las atenciones en los eventos y servicios que cumplan los criterios de exclusión señalados en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011.

11 Expediente T-6123542, cuaderno 2, folio 42-48

12 Expediente T-6123542, cuaderno 3, folio 12.

13 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 1-10.

14 Ibídem

15 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 12.

16 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 1.

17 Ibídem.

18 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 1-10.

19 Ibídem.

20 El Juzgado 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, Valle, mediante auto del 28 de noviembre de 2016 admitió la tutela y ordenó correr traslado a la Empresa Solidaria De Salud EMSSANAR y a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca,

mediante oficios N.º J34-1784 y 1785 de la misma data.

21 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 20-21.

22 Expediente T-6126223, cuaderno 2, folio 22-28.

23 Folio 23, cuaderno 2.

24 Expediente T-6127936, cuaderno 2, folio 7-15.

26 Ibídem.

27 Expediente T-6127936, cuaderno 2, folio 3.

28 El Juzgado 27 Penal del Circuito Con Función de Conocimiento de Medellín admitió la tutela el 23 de noviembre de 2016, notificándose en debida forma a la Alianza Medellín Antioquia EPS S.A.S. (Savia Salud) y a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social De Antioquia.

29 Expediente T-6127936, cuaderno 2, folio 27.

30 Expediente T-6127936, cuaderno 2, folios 21-25.

31 Expediente T-6127936, cuaderno 2, folios 28-29.

32 Sala Séptima de Revisión de Tutelas conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera.

33 El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). Así mismo, de conformidad con el decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 existe la posibilidad de que una persona agencie derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.

34 En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la

jurisprudencia de la Corte Constitucional.

35 Congreso de la República de Colombia. Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 41º. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. Parágrafo 2º. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la ley 446 de 1998.

36 Ley 1438 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 126. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad

Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”. Modificar el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así: La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

37 La Corte Constitucional ha advertido que, pese a que la Superintendencia Nacional de Salud tiene una competencia preferente para conocer de la protección de garantías en relación con el acceso al derecho fundamental a la salud, este recurso judicial carece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección de este derecho, particularmente con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y al estar comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad. La sentencia T- 2016 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) precisó lo siguiente: “Queda claro que el plazo para decidir es de 10 días hábiles en primera medida, bajo el entendido que esta determinación puede no ser definitiva, si se hiciere uso del recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. Empero, no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles.”

38 Corte Constitucional, sentencias T-099 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-565 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-899 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-1219 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-155 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-1219 de 2003 (MP Rodrigo

Escobar Gil), T-155 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-829 de 2006 MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-965 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-733 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-788 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-975 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-212 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-202 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-591 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-292 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez), T-143 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo, AV Nilson Pinilla Pinilla), T-143 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-574 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-749 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-827 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-664 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-437 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-233 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-212 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-320 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-053 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-110 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-752 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-613 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-922A de 2013 (MP. Alberto Rojas Ríos), T-680 de 2013 (M P Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-610 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-383 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-549 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-500 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-383 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-039 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-023 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo, AV, Luis Ernesto Vargas Silva), T-160 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla, SPV Alberto Rojas Ríos), T-395 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos), T-216 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-859 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-152 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), T-054 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos, SPV Luis Ernesto Vargas Silva), T-025 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-056 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), T-558 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa), T-098 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), T-096 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-171 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

39 En numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa) y T-152 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), la Corte ha resaltado la importancia de los pañales desechables para los pacientes que se encuentran inmovilizados, puesto que protegen su dignidad humana.

40 Sentencia T-110 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

41 Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

42 Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, T-610 de 2013, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Ver, además, Sentencias T-056 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

43 Sentencias T-664 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, citada en la Sentencia T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.)

44 Sentencia T- 014 de 2017

45 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

46 Sentencia T-970 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también las sentencias: T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-020 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y; T-471 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, ente otras.

47 Sentencias T-023, T-039, T-243, T-383, T-594 de 2013, T-216 de 2014 y T-025 de 2014.

48 Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

49 “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones (...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’ (...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos

no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

50 Sentencia T-096 de 201 y T- 014 de 2017

51 Sentencia T-099 de 1999. En forma reciente fallo T-054 de 2014 en el expediente T-4062223

52 Corte Constitucional, sentencia T-460 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

53 Corte Constitucional, sentencias T-1589 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz), T-899 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), y T-1219 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil).

54 Corte Constitucional, sentencias T-053 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-114 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-1030 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada), T-025 de 2014 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

55 Sentencia T-160 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

56 Uno de los fallos más recientes que profirió la Corte Constitucional en la materia fue la sentencia T-014 de 2017. En esa oportunidad se revisaron cuatro casos de adultos mayores que padecían de enfermedades como hipertrofia de la próstata (86 años de edad, régimen contributivo), síndrome urinario obstructivo, hipertensión, artrosis degenerativa, herniorrafia inguinal derecha, e Hiperplasia de la próstata (77 años de edad, régimen subsidiado), accidente cerebro vascular (81 años de edad, régimen contributivo), “Insuficiencia cardiaca congestiva, poliartrosis, gonoartrosis bilateral, hipertensión arterial, falla cardiaca (93 años de edad régimen contributivo). En este caso, la Corte procedió a verificar los requisitos para el suministro de servicios o tecnologías que se encuentran por fuera del Plan de Beneficios y concluyó que para el primer caso era procedente el amparo pues la persona se encontraba en una situación de enfermedad que le impedía controlar sus necesidades fisiológicas, no había ningún elemento que pudiera reemplazar por otro que si estuviera incluido en el PBS, la no existencia de un dictamen médico respecto de la necesidad de pañales resultaba contradictoria pues la negativa de la entidad se basó en la exclusión del producto y no en la necesidad clínica del paciente, y por ultimo encontró suficiente la manifestación de la accionante de contar con los recursos económicos suficientes para cubrir el costo de los insumos. En el segundo caso encontró que se cumplía con el primer requisito pues el uso de

los pañales aminoraba las difíciles consecuencias de la enfermedad. Frente al segundo requisito la Sala encontró que se cumplía, pues aunque no se observaba prueba alguna de oren médica, si se podía observar en el expediente que el titular de los derechos padecía “síndrome urinario obstructivo bajo con disminución del calibre y fuerza con goteo postmiccional y porque en la contestación de la acción la entidad prestadora de salud no contradijo la necesidad de pañales desechables.

57 Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

58 Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1551 del 16 de febrero de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud”

59 Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.

61 Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades.

62 Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

63 Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.

64 El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de

salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud

65 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016. Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

66 En el marco de lo previsto en el Decreto – Ley 4107 de 2011 modificado por el Decreto 2562 de 2012, corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

67 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 6408 del 26 de Diciembre de 2016. Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

68 Congreso de la República de Colombia. Ley 1751 de 2015. “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley

ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3°. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.

Artículo 16. Procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud. Los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley.

Particularmente sobre el tema de las exclusiones la Ley 1751 de 2017 estableció que todos los procedimientos que cumplan con los criterios para considerarse excluidos deben cumplir con un trámite de exclusión específico dirigido por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente, previa realización de un procedimiento técnico-científico, de

carácter público, colectivo, participativo y transparente. Además señaló que en cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. De esta manera, solo se entenderá excluido un procedimiento o tecnología cuando se lleve a cabo dicho trámite. Todo lo demás podrá ser prescrito de acuerdo con el criterio médico de los profesionales de la salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) si hace parte del Plan de Beneficios en Salud o con cargo a otros recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la nueva entidad administradora que tendrá que cumplir entre otras cosas, las funciones de lo que antes se conocía como Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA).

69 Ministerio de Protección Social. Resolución 3951 de 2016. Artículo 3, numeral 8.

70 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

71 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. Artículo 5. Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerios, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica. (...).

72 Ministerio de salud y Protección Social. Resolución 3951 de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de

Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

73 La reglamentación anterior establecía que los servicios relativos a las técnicas de reproducción asistida, en concreto, la técnica de fertilización in vitro, estaban excluidas expresamente del sistema de salud. Así por ejemplo, el Acuerdo 008 de 1994, había incorporado en la lista de exclusiones los tratamientos para la infertilidad y la Resolución 5521 de 2013 había establecido que los tratamientos para la infertilidad no serían financiadas con la Unidad por Capitación. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 5521 de 2013. “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”.

74 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3559 de 2016. Artículo 11.

75 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de Diciembre de 1966. Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

76 Ministerio de Salud y Protección Social. Oficio OPTB 276 de 2015. Ver también <http://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-pide-disminuir-el-impacto-fiscal-del-suministro-de-panales-del-fosyga/451284-3>.

77 Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 3951 de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

78 Ministerio de Protección Social. Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016. “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. Respecto de la prescripción de suministros excluidos del Plan de Beneficios de Salud señaló: Entidades

Promotoras de Servicios (EPS) y Entidades Obligadas a Compensar (EOC). Corresponde a las EPS y EOC garantizar el suministro oportuno a través de la red de prestadores definida de los servicios y tecnologías en salud no financiadas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC prescritos por los profesionales de la salud; recaudar los dineros pagados por concepto de copagos; cumplir con los requisitos y procedimientos definidos para la presentación de las solicitudes de recobro o cobro; disponer de la infraestructura tecnológica y de las condiciones técnicas y administrativas requeridas para que el reporte de prescripción funcione oportuna y eficientemente en el marco de sus obligaciones; realizar las validaciones administrativas orientadas a determinar la existencia del usuario, su régimen y el estado de afiliación; realizar la transcripción de los servicios y tecnologías ordenadas mediante fallos de tutela en el aplicativo dispuesto para tal fin o en los casos de contingencia y, reportar a este Ministerio la información necesaria relacionada con el suministro efectivo de los servicios o tecnologías de que trata esta Resolución.

79 Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos).

80 Corte Constitucional, sentencia T-1325 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

81 Sentencia T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

82 Sentencia T-531 de 2009, T- 091 de 2011 y T-184 de 2011. En sentencia T- 056 de 2015 se estableció que la orden médica no puede convertirse en una condición insuperable o requisito sine qua non para garantizar el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, cuando por las condiciones en que se encuentra el paciente es palmaria la necesidad de determinados insumos, o la omisión misma de facilitar y permitir el acceso al servicio de salud impide obtener la prescripción médica y avanzar así en el tratamiento o atención de la afectación de la salud del paciente.

83 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-529 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo).

84

85 Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2013. (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

86 Corte Constitucional, sentencia T-017 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

87 El precio de un pañal desechable en el mercado en promedio es de 2000 pesos.

88 El Sisben (Sistema de Selección de los Beneficiarios de Programas Sociales) es el mecanismo para la selección de los beneficiarios

89 Sentencia T-096 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

90 Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993. Artículo 202.

91 El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, expidió el Acuerdo 260 de 2004 “por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. En dicho acuerdo se precisa el alcance y las diferencias entre los copagos y las cuotas moderadoras tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

92 Corte Constitucional, sentencia T- 115 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)

93 Corte Constitucional, sentencia T- 840 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

95 Expediente T-6.123.542 cuaderno 3, folio 9. Historia clínica Nueva EPS.

96 Autorización No. 2016002753196 de fecha 06 de diciembre de 2016 para la IPS COOEMSANAR. Folio 24 cuaderno 2.

97 Cuaderno 2, folio 12.