

Sentencia T-558/16

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Procedencia de la acción de tutela para su protección

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Reglas jurisprudenciales

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

Referencia: Expedientes T-5605124, T-5605211, T-5613742, T-5616724, T-5620599 y T-5621223 (acumulados).

Expediente T-5605124: Acción de tutela promovida por Josefina Bautista González, como agente oficiosa del menor Luis Felipe Contreras González, contra Cafesalud EPS y otros.

Expediente T-5605211: Acción de tutela promovida por Luis Sigifredo Rodríguez Herazo, en calidad de agente oficioso de su madre, la señora Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez, contra Asmet Salud EPS.

Expediente T-5613742: Acción de tutela promovida por Arturo Ortiz González contra Nueva EPS.

Expediente T-5616724: Acción de tutela promovida por María Eunice Aguiar Villanueva, en representación de su hijo en condición de discapacidad Isidro Rada Aguiar, contra Cafesalud EPS.

Expediente T-5620599: Acción de tutela promovida por Diana Marcela Obando Valencia, en

representación de su hijo menor de edad Emmanuel Aguirre Obando, contra Coomeva EPS.

Expediente T-5621223: Acción de tutela promovida por Luz Marina Lozano Molina contra Nueva EPS.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los siguientes fallos de única instancia: (i) dentro del expediente T-5605124, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Girón (Santander), el quince (15) de marzo de dos mil dieciséis (2016); (ii) dentro del expediente T-5605211, la dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbitara (Nariño), el cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016); (iii) dentro del expediente T-5613742, la proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016); (iv) dentro del expediente T-5616724, la dictada por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito judicial de Ibagué (Tolima), el ocho (8) de febrero de dos mil dieciséis (2016); (v) dentro del expediente T-5620599, la proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali (Valle del Cauca), el dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016; y (vi) dentro del expediente T-5621223, la dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo (Tolima), el dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para su revisión por la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional, mediante auto del once (11) de junio de dos mil quince (2015), en virtud del cual, además, se decidió su acumulación procesal.

I. ANTECEDENTES

Los y las accionantes de los expedientes de la referencia presentaron acción de tutela contra algunas entidades públicas y una serie de Entidades Promotoras de Salud, solicitando el amparo del derecho fundamental a la salud suyo o de sus representados o agenciados (menores de edad, personas en condición de discapacidad o ciudadanos de la tercera edad); el cual estiman vulnerado porque desde su parecer las accionadas (i) se han negado a garantizar procedimientos médicos prescritos por profesionales de la salud; (ii) han impedido el acceso a medicamentos; (iii) no han garantizado la prestación de servicios complementarios como transporte en ambulancia, pañales, crema antiescaras, suplemento alimenticio o camillas hospitalarias; o (iv) han negado la exclusión de copagos.

Con el fin de exponer los antecedentes de forma precisa, a continuación la Sala procederá a narrar los hechos en los que se sustentaron las acciones de tutela incoadas y las decisiones de instancia objeto de revisión:

1. Expediente T-5605124: acción de tutela promovida por Josefina Bautista González, obrando como agente oficiosa del menor Luis Felipe Contreras González, contra la Cafesalud EPS, la Secretaría Local de Salud del Municipio de San Juan de Girón (Santander) y la Secretaría Departamental de Salud de Santander

1.1. Hechos

1.1.1. La señora Josefina Bautista González manifiesta que, por autorización expresa del padre del menor Luis Felipe Contreras González, actúa como agente oficiosa de este último, para solicitar el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la protección especial de los menores, que estima vulnerados por parte de Cafesalud EPS.

1.1.2. La agente indica que el menor nació el 30 de octubre de 2011[1] producto de un embarazo pre-término, en razón a que la madre enfrentó durante su gravidez una enfermedad terminal (cáncer) que la llevó a la muerte el 31 de octubre de 2011. A raíz de esto, el niño fue diagnosticado con “parálisis cerebral, estrabismo, retraso psicomotor, síndrome convulsivo, síndrome de apnea hipopnea y displasia broncopulmonar”,[2] por lo que el infante no desarrolló su capacidad motriz y ello tuvo como consecuencia el que hoy

atraviase afasia de lenguaje, requiera ventilación mecánica prolongada, presente trastorno deglutorio y no controle esfínteres.[3]

1.1.3. Frente a tal diagnóstico, Luis Felipe se encuentra en tratamiento médico. Sin embargo, afirma la agente oficiosa que la EPS Cafesalud —a la cual se encuentra afiliado— se ha negado a prestar los servicios prescritos médicamente, como lo son las terapias física, ocupacional y de lenguaje, la realización de encefalogramas, “radia 12 horas”, los medicamentos “Nedox Sachets, Lactulax, Moperid y Enterogermina”. [4] Asimismo, la entidad no ha permitido el acceso a las citas médicas de neuropediatría, gastroenterología, nutrición y endoscopia. Adicionalmente, la agente señala que al visitar un médico particular, éste prescribió la práctica de “una monitorización videoencefalográfica y radia de 12 horas nocturnas”, [5] medicamento Keppra 100mg/ml, toxina botulínica/botox 100UI, [6] pero la EPS en alusión no autorizó estas órdenes.

1.1.4. Aunado a lo anterior, indica la actora que pese a haber elevado distintos derechos de petición dirigidos a dar cumplimiento al tratamiento integral—los últimos fechados el 23 de julio y el 17 de diciembre de 2015—, la entidad no ha brindado respuesta alguna.

1.1.5. Solicitud. Con base en lo anterior, la señora Bautista González solicita la tutela de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y protección especial de los menores, en favor del niño Luis Felipe Contreras González, para que en consecuencia se ordene a Cafesalud EPS, a la Secretaría Municipal de Salud de Girón (Santander) y a la Secretaría Departamental de Salud de Santander garantizar todas las prescripciones médicas que le han sido negadas u obstruidas al paciente. Asimismo, solicita se ordene a Cafesalud EPS (i) sufragar todos los gastos de transporte, tanto del paciente como del acompañante, para asistir a las sesiones de terapia ordenadas por el tratante, (ii) exonerar al paciente de la cancelación de copagos, (iii) disponer del servicio de enfermería las 24 horas del día, (iv) asumir el suministro de pañales, paños húmedos, crema antiescaras, suplemento alimenticio, silla pediátrica y silla para baño.

1.2. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

A continuación se sintetizan las respuestas de las entidades que de manera efectiva atendieron el traslado del juez de instancia, advirtiéndole que Cafesalud EPS, la Secretaría Departamental de Salud de Santander y Saludcoop EPS en Liquidación guardaron silencio.

En respuesta dada a la tutela, el titular de la entidad pidió al juez de instancia acceder a la solicitud de amparo elevada por la señora Josefina Bautista González, por considerar que, en efecto, Cafesalud EPS ha vulnerado el derecho fundamental a la salud de Luis Felipe, al no acceder a prestar los servicios prescritos por el médico tratante.

1.2.2. Fosyga – Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social

Con ocasión de la vinculación realizada por el juez de instancia, el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social dio respuesta a la acción de tutela y solicitó no declararle responsable de las vulneraciones alegadas por la accionante, pues, en su concepto, las únicas instituciones encargadas de prestar los servicios médicos en nuestro ordenamiento jurídico son las EPS.

1.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Girón, en fallo del 15 de marzo de 2016, decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y justas, seguridad social e integridad física del agenciado. En consecuencia, ordenó a Cafesalud EPS: (i) suministrar a Luis Felipe “los pañales desechables, pañitos húmedos y cremas antipañalitis de forma permanente e ininterrumpida (...), todos los medicamentos, procedimientos médicos, clínicos especializados, exámenes, intervenciones quirúrgicas, materiales de insumo quirúrgico, atención con médicos especialistas, terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje, y todo cuanto sea necesario para atender su salud y mejorar su calidad de vida, (...) sin la exigencia del pago de cuotas moderadoras o copagos”; y (ii) valorar al agenciado con el fin de establecer la necesidad de garantizar los servicios de enfermería domiciliaria durante 24 horas, transporte hospitalario para él y su acompañante, suministro de suplemento alimenticio, silla pediátrica y silla para baño.

Además, concedió a Cafesalud EPS la facultad para ejercer el recobro respectivo ante el Fosyga y negó la devolución de dineros por concepto de citas médicas con galenos particulares, solicitada por la agente.

2. Expediente T-5605211: acción de tutela promovida por Luis Sigifredo Rodríguez Herazo,

en su calidad de agente oficioso de su señora madre Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez, contra Asmet Salud EPS

2.1. Hechos

2.1.1. La señora Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez cuenta con 93 años de edad[7] y presenta un diagnóstico de accidente cerebrovascular, encefalopatía hipertensiva, con antecedentes de hipertensión arterial.[8] Con ocasión de tal cuadro clínico, la agenciada fue intervenida quirúrgicamente y, transcurridos tres meses, fue diagnosticada con “trastorno de la memoria, trastorno del equilibrio con dificultad de deglución y fonación”.[9]

2.1.2. Dadas las anteriores condiciones, manifiesta el agente que la señora Teresa de Jesús se encuentra obligada a hacer uso diario de pañales desechables, pues no logra controlar esfínteres ni dirigirse al baño cada vez que lo requiere, por lo cual “es necesario hacer el cambio respectivo, de conformidad a la fórmula entregada por el médico tratante”. [10] Sin embargo, aun cuando media prescripción clínica de 90 pañales mensuales,[11] la entidad accionada se ha negado a cumplir con dicha orden del médico tratante.

2.1.3. El señor Luis Sigifredo Rodríguez Herazo, hijo de la paciente, señala que actualmente no cuenta con recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de su núcleo familiar y el de su señora madre, quien depende exclusivamente de él.

2.1.4. Solicitud. Con base en lo anterior, promueve la acción de tutela objeto de estudio, en la que solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, los cuales estima vulnerados por parte de Asmet Salud E.P.S., al negarse a entregar los pañales desechables prescritos en favor de la señora Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez.

2.2. Respuesta de la entidad accionada y las vinculadas al trámite de tutela

2.2.1. Asmet Salud EPS

La entidad se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, por considerar que su negativa frente a la entrega de los pañales desechables, alegada en la tutela como vulneradora de los derechos fundamentales de la agenciada, se encuentra justificada en que, al tratarse de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS), ésta

no tiene la obligación de suministrarlos, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 5395 de 2013,[12] expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.2.2. Ministerio de Salud y de la Protección Social

El director jurídico de la cartera vinculada a la acción de la tutela en referencia manifestó que la entrega de pañales desechables es un servicio que expresamente se encuentra excluido del POS, por lo que las EPS no se encuentra en la obligación de suministrarlos, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 5592 de 2015 del Ministerio en alusión,[13] a menos que el Comité Técnico Científico avale su necesidad.

2.2.3. Instituto Departamental de Salud de Nariño

Por solicitud de la entidad accionada, el juez de instancia decidió vincular a este Instituto, el cual, mediante respuesta del 4 de marzo de 2016, solicitó negar la acción de tutela. Sin embargo, manifestó que en caso de resolverse de manera favorable se tenga en cuenta que, en atención a lo establecido en la Ley 715 de 2001 y aclarado en la sentencia T-934 de 2010,[14] corresponde al municipio respectivo hacerse cargo de entregar las prescripciones médicas del primer nivel de atención, tal como ocurre en este caso, en donde los pañales aludidos en la tutela fueron ordenados por un médico general del Hospital San Pedro de Cumbitara.

2.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

Mediante sentencia del 4 de marzo de 2016, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbitara (departamento de Nariño) decidió negar la solicitud de amparo elevada por el señor Rodríguez Herazo, por considerar que era indispensable que la accionante elevara una petición ante la EPS, cuyo objeto fuese la entrega de los 90 pañales prescritos, y así tuviera la oportunidad de estudiar si se otorgaba los insumos.

Sin embargo, la autoridad judicial a la vez de negar el amparo, requirió al accionante para que “acuda de nuevo ante Asmet Salud y por consiguiente al Comité Técnico Científico, con el cumplimiento de los requisitos necesarios a fin de que sea estudiada su petición”[15].

3. Expediente T-5613742: acción de tutela promovida por Arturo Ortiz González, contra Nueva EPS

3.1. Hechos

3.1.1. Arturo Ortiz Gonzalez es un ciudadano de 80 años de edad,[16] quien afirma que desde el año 2012 fue diagnosticado con insuficiencia renal crónica (terminal),[17] a raíz de lo cual fue sometido a tratamiento de diálisis peritoneal. Sin embargo, al observar que su salud, contrario a mejorar, empeoraba, indica que la junta médica consideró necesario adelantar el procedimiento de Hemodiálisis, con el fin de contrarrestar la enfermedad, para lo cual tuvo que ser remitido a la Clínica Vascular Navarra de Bogotá, especializada en este tipo de padecimientos.

3.1.2. El actor indica que este nuevo procedimiento clínico al que se está enfrentando es de alta intensidad, pues se lleva a cabo los días lunes, miércoles y viernes, en jornadas de 4 horas, por lo que considera que, al salir de cada sesión de tratamiento se encuentra muy debilitado y, al no contar con un acompañante o transporte clínico, su situación se ve agravada por las dificultades para movilizarse.

3.1.3. Solicitud. En virtud de lo anterior, el señor Ortiz González solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y salud, los cuales estima vulnerados por parte de la entidad accionada, al negarse a prestar los servicios de transporte y acompañamiento personal durante su asistencia a las sesiones de Hemodiálisis.

3.2. Respuesta de la entidad accionada y las vinculadas al trámite de tutela

3.2.1. Nueva EPS

El coordinador jurídico para tutelas de las Regionales Bogotá y Centro Oriente se pronunció respecto de la tutela, solicitando denegar la acción de amparo, por considerar que la entidad no se encontraba en la obligación de asumir la prestación de los servicios alegados por el actor, puesto que se trata de exclusiones expresas del POS y, en ese sentido, debe darse preeminencia al equilibrio financiero del sistema.

3.2.2. Clínica Vascular Navarra de Bogotá D.C.

El representante legal del centro hospitalario solicitó al juez de tutela desvincular a su representada del trámite en referencia, por estimar que ésta se trata de un tercero ajeno a la controversia surgida en virtud del vínculo contractual existente entre el accionante y la Nueva EPS.

3.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

Mediante fallo del 27 de abril de 2016, el Juzgado 4 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias resolvió negar la solicitud de amparo, tras establecer que (i) no existe prescripción médica de los servicios que el tutelante solicita a través de tutela y (ii) no se encuentra demostrada la incapacidad económica del actor para sufragar el transporte o contar con un acompañante durante la ejecución de los procedimientos clínicos que se encuentra recibiendo.

4. Expediente T-5616724: acción de tutela promovida por María Eunice Aguiar Villanueva, en representación de su hijo en condición de discapacidad Isidro Rada Aguiar, contra Cafesalud EPS

4.1. Hechos

4.1.1. La señora María Eunice Aguiar Villanueva actúa dentro del trámite constitucional en representación de su hijo Isidro Rada Aguiar, quien es un ciudadano de 37 años de edad[18] y se encuentra en condición de discapacidad por padecer “retraso mental severo y síndromes epilépticos”.[19]

4.1.2. A raíz de tal diagnóstico, como resultado de una valoración especializada el médico tratante prescribió “medicamento Clobazam 10mg Tab x 60, Ensure Advanced x 4, pañales desechables y crema antipañalitis”.[20]

4.1.3. Sin embargo, la accionante manifiesta que al solicitar por escrito el cumplimiento de lo ordenado por el galeno, Cafesalud EPS se ha negado a suministrar los servicios antes descritos.

4.1.4. Solicitud. Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, la señora Aguiar Villanueva, actuando en nombre de su hijo, promueve la acción de tutela de la referencia, con el fin de que se amparen sus derechos a la salud y vida en condiciones de dignidad, y

como consecuencia se ordene a la accionada cumplir con las órdenes dadas por el médico tratante dentro del tratamiento clínico adelantado en favor de Isidro Rada Aguiar.

4.2. Respuesta de la entidad accionada y las vinculadas al trámite de tutela

En este caso la entidad accionada (Cafesalud EPS) no dio respuesta a la acción de tutela promovida en su contra, por lo que a continuación se sintetizará lo expresado por las instituciones vinculadas por el juez de única instancia, mediante auto del 8 de enero de 2016 (Secretaría de Salud Departamental del Tolima y Hospital San Francisco de Ibagué).

4.2.1. Secretaría Departamental de Salud del Tolima

La titular de la entidad solicitó al juez de tutela abstenerse de emitir un pronunciamiento en su contra, por considerar que, en cualquier caso, las entidades responsables de prestar los servicios de salud prescritos por médicos tratantes son las EPS y no las entidades territoriales.

4.2.2. Hospital San Francisco de Ibagué

La gerente del centro médico se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo, por estimar que: (i) las entidades encargadas de prestar los servicios médicos son las EPS y no las IPS, y (ii) los complementos alegados por la actora corresponden a exclusiones del POS, por lo que no existe obligación para suministrarlos.

4.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

A través de sentencia del 8 de febrero de 2016, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad negó la acción de tutela en referencia, por considerar que con base en las fechas de las prescripciones médicas (21 de junio de 2013, 14 y 16 de enero de 2015, 2 y 13 de febrero de 2015, y 19 de marzo de 2015) es necesario concluir que “o al hijo del accionante no lo han atendido medicamente (sic) desde esas fechas o que no existen servicios médicos ordenados recientemente, por lo cual no podemos remplazar con una decisión la asistencia médica del hijo de la accionante”.

5. Expediente T-5620599: acción de tutela promovida por Diana Marcela Obando Valencia, en representación de su hijo menor de edad Emmanuel Aguirre Obando, contra Coomeva

5.1. Hechos

5.1.1. La señora Diana Marcela Obando Valencia promueve la acción de tutela bajo estudio en representación de su hijo menor de edad,[21] quien cuenta con 10 meses de edad y se encuentra diagnosticado con “trisomía libre de cromosoma 21 universal, compatible con Síndrome de Down”.[22]

5.1.2. La actora señala que, con ocasión del diagnóstico antes referido, su hijo tiene que adelantar un tratamiento clínico que incluye terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje. Sin embargo, indica que no ha podido remitir al menor para que cumpla la intensidad horaria de los procedimientos terapéuticos, puesto que no cuenta con recursos para sufragar durante más de 3 veces a la semana los copagos que le exige el centro hospitalario, debido a que su esposo es el único que se encuentra laborando y del que depende todo su núcleo familiar, integrado por la pareja, su hijo en condición de discapacidad y otro hijo de 7 años de edad. Igualmente, indica que en atención a su situación económica no puede asumir los costos de los servicios complementarios requeridos por el representado, tales como pañales desechables, crema antiescaras, paños húmedos y suplementos alimenticios.

5.1.3. Solicitud. Con base en los anteriores presupuestos fácticos, la señora Obando Valencia solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y salud de su hijo Emmanuel, y aclara que si bien la entidad accionada no ha tenido la oportunidad de negar algún tratamiento ordenado a su hijo, le es prioritario ordenar la exclusión de los copagos para que pueda remitirse de manera permanente y efectiva al centro médico en el que se llevan a cabo las terapias ordenadas al menor, así como garantizar el suministro de los servicios complementarios requeridos.

5.2. Respuesta de la entidad accionada (Cooameva EPS) y las vinculadas al trámite de tutela[23] (Ministerio de Salud y Protección Social, Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, y Secretaría de Salud Municipal de Cali)

5.2.1. Coomeva EPS

El apoderado de la entidad solicitó al juez de instancia declarar la improcedencia de la tutela, por considerar que: (i) no se ha tenido la oportunidad de negar ningún servicio, pues la actora no ha elevado solicitudes; (ii) el suministro de pañales, pañitos húmedos y crema antiescaras se encuentra excluido del POS; (iii) no es posible ordenar la práctica de procedimientos médicos que no han sido prescritos médicamente.

5.2.1. Ministerio de Salud y Protección Social

El director jurídico de la entidad solicitó que, en caso de que la tutela prospere, “se ordene a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando los servicios POS y NO POS que éste requiera [el menor representado]”. Asimismo, pidió al juez constitucional abstenerse de proferir un pronunciamiento en contra de la cartera ministerial en alusión, tras sustentar que esta entidad no tiene competencia para suministrar servicios médicos.

5.2.2. Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali (Valle del Cauca)

El representante de la entidad para el caso concreto solicitó la desvinculación de la misma, por considerar que ésta no tiene competencia para garantizar los servicios médicos solicitados por la accionante, pues desde su parecer las instituciones encargadas de garantizarlos son las EPS.

5.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

A través de sentencia del 14 de marzo de 2016, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante y como consecuencia ordenó a Coomeva EPS abstenerse de realizar el cobro de copagos por concepto de prestación de servicios médicos en beneficio del menor Emmanuel Aguirre Obando, con ocasión de la patología que presenta y por estimar que las condiciones económicas en que se encuentra la madre no puede constituirse en una barrera para que el paciente reciba la integridad del tratamiento que requiere.

No obstante, el juez de instancia negó el suministro del servicio de transporte solicitado por la actora, luego de señalar que ello “no se categoriza dentro de las excepciones que por vía jurisprudencial se han desarrollado de la interpretación de la Resolución 5592 del 24 de

diciembre de 2015 en sus artículos 126 y 127”.[24] De igual modo, el juez se abstuvo de ordenar la entrega de pañales desechables, pañitos húmedos y la prestación del servicio de enfermería domiciliaria solicitada por la accionante, motivado en que la EPS ha garantizado las prescripciones médicas existentes dentro del tratamiento adelantado en favor del menor.

6. Expediente T-5621223: acción de tutela promovida por Luz Marina Lozano Molina, en representación de su señora madre Amparo Molina de Lozano, contra Nueva EPS

6.1. Hechos

6.1.1. La señora Luz Marina Lozano Molina promueve la acción de tutela bajo estudio en calidad de agente oficiosa de su madre, Amparo Molina de Lozano, quien cuenta con 85 años de edad[25] y presenta un diagnóstico de “esquizofrenia paranoide” y “lateropulsión derecha”.[26]

6.1.2. La agente señala que pese a que su madre se encuentra adelantando un tratamiento médico con ocasión del diagnóstico que presenta, la Nueva EPS no ha otorgado de manera cumplida los medicamentos prescritos por el galeno tratante, así como tampoco ha accedido a entregar el suplemento alimenticio “Ensure”, los pañitos húmedos, ni los pañales desechables que, desde su parecer, necesita la agenciada por su condición clínica.

6.1.3. Asimismo, manifiesta que la precaria situación económica suya y de su madre impide asumir de manera permanente (i) los costos del transporte en el trayecto Guamo (lugar donde reside) - Ibagué (departamento del Tolima), en donde se adelantan los procedimientos clínicos y la entrega de los medicamentos, y (ii) la cancelación de los copagos que la EPS exige en cada visita médica.

6.1.4. Solicitud. Con base en los anteriores presupuestos fácticos, la señora Lozano Molina solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y salud de su madre, para que como consecuencia se ordene a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral de la paciente (haciendo entrega de los pañales necesarios y suplemento alimenticio), exceptuarla de la cancelación de copagos y sufragar los gastos de transporte requeridos para su movilización hasta el centro hospitalario en el que adelanta los procedimientos clínicos.

6.2. Respuesta de la entidad accionada (Nueva EPS)

Mediante escrito del 14 de marzo de 2016, el gerente zonal del departamento del Tolima solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela objeto de estudio, por considerar que la Nueva EPS: (i) no puede hacer entrega de pañales y suplementos alimenticios, pues se trata de servicios excluidos del POS, (ii) no se encuentra facultada para asumir los costos de transporte, pues ello le corresponde exclusivamente a los usuarios, y (iii) la cancelación de copagos es una obligación de todos los usuarios del régimen contributivo respecto de la cual el Acuerdo No. 260 de 2004 prohíbe su exclusión.

6.3. Decisión del juez de tutela en única instancia

Mediante sentencia del 16 de marzo de 2016, el Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo (Tolima) decidió negar la solicitud de amparo, por considerar que: (i) la actora no allegó prueba de las prescripciones médicas que le han sido negadas, pues la Nueva EPS ha cumplido con permitir el acceso a los servicios ordenados por los tratantes, y (ii) no se cumple con el requisito de inmediatez, debido a que las dos prescripciones allegadas con la tutela datan de los años 2012 y 2013, lo cual contrasta con la fecha en que fue impetrada la acción de tutela (2016).

7. Actuaciones adelantadas y documentos allegados en sede de revisión

Mediante auto del cinco (5) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el despacho sustanciador decretó pruebas dentro de los expedientes objeto de estudio, con el fin de aclarar los presupuestos fácticos que rodean cada una de las solicitudes de amparo.

En respuesta a dicha providencia, se obtuvieron las respuestas que en adelante se sintetizan:

(a) Frente al expediente T-5604124, el actor manifestó, entre otras, que en reiteradas ocasiones se ha remitido verbalmente ante Asmet Salud EPS, con el fin de solicitar la entrega de pañales desechables, pero esto fue negado por no tratarse de servicios incluidos en el POS.

(b) En cuanto al expediente T-5613742, el señor Arturo Ortiz González manifestó que hoy depende económicamente de su señora esposa, quien cuenta con 80 años de edad y

devenga una mesada pensional de un millón de pesos, con la que asume los gastos personales y del accionante, en los que se incluye el suministro de balas de oxígeno de las que depende la subsistencia de este último.

(c) En relación con el expediente T-5621223, la señora Luz Marina Lozano Molina manifestó que en múltiples ocasiones se dirigió verbalmente a la Nueva EPS, solicitando la entrega de los servicios descritos en la acción de tutela, pero la entidad siempre se negó a suministrarlos, bajo el argumento de estar excluidos del POS.

Adicionalmente, allegó copia de (i) una valoración médica, fechada el 7 de junio de 2016, en la que se diagnostica “demencia y trastorno bipolar”, [27] (ii) otra de la misma fecha, en la que se prescribe la “entrega de pañales desechables talla M No. 540, 3 pañales diarios según incontinencia urinaria y fecal”, [28] y (iii) una en la que se establece “dependencia de silla de ruedas”. [29]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. [30]

2. Presentación de los casos y planteamiento del problema jurídico

Los y las accionantes de los expedientes de la referencia presentaron acción de tutela contra, entre otras, una serie de Entidades Promotoras de Salud (EPS), solicitando el amparo del derecho fundamental a la salud suyo o de sus representados (menores de edad, personas en condición de discapacidad o ciudadanos de la tercera edad); el cual estiman vulnerado porque desde su parecer las accionadas (i) se han negado a garantizar procedimientos médicos prescritos por profesionales de la salud; (ii) han impedido el acceso a medicamentos; (iii) no han garantizado la prestación de servicios complementarios como transporte en ambulancia, pañales, crema antiescaras, suplemento alimenticio o camillas hospitalarias; o (v) han negado la exclusión de copagos.

Con base en lo expuesto, corresponde a la Sala Primera de Revisión ocuparse de resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera una Entidad Promotora de Salud (EPS) el derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección constitucional (ya sea por tratarse de un menor de edad, de una persona en situación de discapacidad o de alguien perteneciente al grupo poblacional de la tercera edad) al: (i) negar el suministro de medicamentos, pese a estar prescritos por el médico tratante; (ii) abstenerse de entregar servicios o insumos excluidos del POS, aun cuando el usuario no cuenta con capacidad económica para asumirlos y presenta condiciones particulares de vulnerabilidad que podrían dar cuenta de su necesidad; (iii) negarse a suministrar el servicio de transporte para que el usuario y un acompañante acuda a las citas médicas en las que se adelanta su tratamiento, a pesar de que sus condiciones físicas, mentales y/o económicas impiden asumirlo por sí mismo; o (iv) abstenerse de exonerarle del pago de copagos, cuotas moderadoras o de recuperación, sin tener en cuenta que el paciente no cuenta con ingresos para asumir la cancelación de estas sumas de dinero?

Con el fin de resolver el interrogante formulado, se acudirá a la siguiente metodología: primero, la Sala abordará el estudio de procedencia de los casos concretos, a partir de las reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corporación cuando el objeto de las solicitudes de amparo es la protección del derecho fundamental a la salud, en virtud de controversias surgidas entre las entidades adscritas al Sistema de Salud y los usuarios del mismo; segundo, reiterará las reglas jurisprudenciales para la autorización de insumos, medicamentos y servicios excluidos por el POS; tercero, hará una breve referencia a los parámetros que esta Corte ha definido para permitir la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación en favor de los pacientes; cuarto, referirá los criterios jurisprudenciales para autorizar servicios asistenciales, como lo son el acompañamiento domiciliario, y transporte para los pacientes y su acompañante; quinto, se abordará el estudio de los casos concretos y, por último, se presentarán las conclusiones.

3. Procedencia de la acción de tutela para estudiar la protección del derecho fundamental a la salud, en virtud de controversias derivadas de la prestación de servicios médicos.
Reiteración jurisprudencial

3.1. Legitimación en la causa por activa con énfasis en la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991,[31] la acción de tutela puede ser ejercida de manera directa o indirecta; esta última a través de representante debidamente apoderado, por medio de la agencia de derechos, o por conducto del Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha identificado cuatro vías para hacer uso del mecanismo constitucional en alusión y por tanto contar con legitimación en la causa por activa, a saber: (i) por parte de la persona que se considera lesionada en sus derechos fundamentales (“motu proprio”); (ii) mediante la figura de la “representación legal”, cuando los supuestos afectados son menores de edad,[32] incapaces absolutos, interdictos o personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial debidamente acreditado por medio de mandato y con título profesional de abogado; y (iv) en uso de la fórmula jurídica de la agencia oficiosa, entendida como un cuasicontrato que surge de manera unilateral por voluntad del agente para gestionar los intereses del agenciado mediante la acción de tutela.[33]

En relación con la agencia oficiosa, la Sala Plena de la Corte Constitucional,[34] reiterando lo desarrollado por las distintas Salas de Revisión, indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, su configuración exige la concurrencia de dos requisitos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. Asimismo, respecto de este último elemento se dispuso que:

“su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad;[35]<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/SU055-15.htm> –
_ftn25 personas de la tercera edad;[36] personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal;[37] individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial;[38] personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y

culturales[39].”

No obstante, en este punto se torna relevante no perder de vista que, tal como ha sido aclarado recientemente por parte de la Sala Novena de Revisión,[40] la manifestación de estar actuando en uso de la figura de la agencia oficiosa no necesariamente debe ser explícita, pues en algunas ocasiones es posible inferir de manera clara (por las circunstancias fácticas o probatorias de cada asunto) que la solicitud de amparo es promovida a través de este mecanismo. Además, en todo caso es deber del juez constitucional agotar el estudio particular de cada controversia objeto de análisis y de esta forma establecer si, en efecto, las condiciones particulares que la enmarcan dan cuenta de la imposibilidad razonable del agenciado para promover de manera directa la acción de tutela.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

En sede de tutela, esta legitimación hace referencia a la aptitud legal de la parte contra la que se promueve el mecanismo de amparo, la cual, a su vez, sería la llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales objeto de protección, cuando así resulte demostrado en el trámite constitucional.

En atención a lo establecido en el artículo 86 superior[41] y el Decreto 2591 de 1991, la acción en referencia puede ser ejercida contra cualquier autoridad pública o excepcionalmente particulares —cuando (i) están a cargo de la prestación de un servicio público, (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo o (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto de éstos—. [42]

3.3. Inmediatez

Corresponde a la exigencia relativa a que la acción de tutela sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración.

La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales. Es decir que, pese a no contar con un término de caducidad por mandato

expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.[43]

Adicionalmente, se ha establecido que el juez constitucional debe flexibilizar el estudio de la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta[44].

3.4. Subsidiariedad

Constitucionalmente se ha consagrado, a través del precitado artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo judicial de carácter preferente y sumario, diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por parte de cualquier autoridad pública o excepcionalmente de particulares; respecto de lo cual la Corte ha señalado dos excepciones en las que se admite acudir a esta acción, a saber: (i) cuando se interpone como mecanismo principal, y (ii) cuando se acude a su ejercicio como herramienta transitoria.

Sobre el primer aspecto, se convierte el recurso de amparo en el principal instrumento para salvaguardar de manera inmediata los derechos invocados, siempre que (i) el afectado no cuente con otro medio judicial dentro del ordenamiento jurídico, y (ii) aun cuando exista este medio, el mismo no resulte idóneo y/o eficaz para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados.

A su vez, sobre la segunda excepción, la acción de tutela procede como medio transitorio cuando, frente a la existencia de mecanismos ordinarios disponibles, resulte imperioso evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuya configuración exige la prueba siguiera sumaria[45] de su inminencia, urgencia, gravedad, así como la consecuente necesidad de acudir a este medio constitucional como fórmula de protección impostergable. [46]

Ahora bien, en materia de protección del derecho a la salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 constitucional, “la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”, en virtud de lo cual se encuentra obligado a diseñar las políticas tendientes a garantizar el acceso a los servicios con calidad, eficacia y oportunidad.[47]

Al respecto, es pertinente recordar que, con ocasión del extenso desarrollo adelantado por esta Corporación frente al carácter fundamental del derecho a la salud —esencialmente a partir de la sentencia T-760 de 2008—,[48] hoy se reconoce el carácter autónomo de esta garantía constitucional, por lo que, en principio, la acción de tutela se torna como el mecanismo a través del cual es posible hacer efectivo el goce de la misma, en eventos donde se acredite su conculcación o amenaza.

Sin embargo, en cumplimiento precisamente del requisito de subsidiariedad y los parámetros generales antes señalados, la naturaleza “iusfundamental” del derecho a la salud no implica que sea admisible pretermitir los recursos disponibles en el ordenamiento para acceder a su protección por vía de tutela.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que no puede perderse de vista la existencia del mecanismo de solución de controversias con el que cuenta la Superintendencia Nacional de la Salud, la cual se encuentra revestida, por disposición del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[49] y el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011[50], de facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos relativos a: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados; (v) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) los recobros entre entidades del sistema; y (vii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador.

Frente a la exigibilidad del agotamiento del mecanismo descrito en el párrafo anterior, la Sala Quinta de Revisión, mediante sentencia T-098 de 2016,[51] dedujo tres reglas de aplicación jurisprudencial, según las cuales:

“(i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de

acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”.

El principal fundamento para llegar a dicha conclusión estuvo enmarcado en lo señalado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-119 de 2008,[52] en donde, al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 41 de la ya referida Ley 1122 de 2007, se dijo que las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia en mención “en modo alguno estará[n] desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente”.

Con todo, es importante resaltar que el establecimiento de las anteriores subreglas no ha sido producto de un análisis pacífico al interior de la Corte. En un primer momento, especialmente a partir de la sentencia T-042 de 2013,[53] se dijo que el agotamiento del mecanismo disponible en la Superintendencia no condicionaba el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la tutela, pues en el ordenamiento no existía la reglamentación respectiva que garantizara el agotamiento de las etapas jurisdiccionales tendientes a estudiar idóneamente la controversia particular.

El desarrollo de la anterior postura fue ampliado por la Sala Quinta de Revisión, a través de la sentencia T-206 de 2013,[54] en la cual se dijo que la ausencia de reglamentación se evidenciaba especialmente en el vacío normativo existente respecto del término que debía tardar el agotamiento de la segunda instancia del mecanismo dispuesto en la Superintendencia (cuya competencia fue asignada a las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013[55]) por lo que, en tratándose de la protección de derechos fundamentales (como lo es el de la salud), constitucionalmente no resultaba admisible someter a tal incertidumbre el amparo de los mismos.

Con posterioridad, especialmente a partir de la sentencia T-560 de 2013,[56] se incorporó la tesis según la cual la valoración de la idoneidad de la vía jurisdiccional con que cuenta la Superintendencia debía ser agotada en cada caso particular, puesto que sería desproporcionado “enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, cuando se

evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, (...) en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión”. Postura que hasta hoy ha sido seguida por algunas Salas de Revisión.[57]

Luego, en una extensa observación del requisito de subsidiariedad respecto del mecanismo disponible en la Superintendencia Nacional de Salud, la Sala Quinta de Revisión, mediante sentencia T-603 de 2015,[58] destacó que esta alternativa jurisdiccional debía ser reconocida por la Corte como un instrumento de protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, para lo cual partió de, en primer lugar, lo dispuesto en las disposiciones normativas que lo regulan y, en segundo lugar, un estudio de la eficacia del mecanismo.

Sobre el primer fundamento, la Sala indicó que, con base especialmente en lo dispuesto por la Ley 1438 de 2011, el mecanismo de la Superintendencia se encuentra caracterizado por ser preferente y sumario, no estar revestido de formalidades, y estar enmarcado en los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Asimismo, se resaltó que, de acuerdo con el artículo 126 del cuerpo normativo en alusión, se cuenta con un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual puede ser objeto de impugnación durante los siguientes 3 días a su notificación.

Sobre el segundo fundamento, la Sala agotó un estudio de la eficacia del mecanismo, para lo cual identificó 5 condiciones que, desde su perspectiva, demostrarían el cumplimiento de este elemento, a saber: (i) los principios que rigen el procedimiento, a los que ya se hizo mención; (ii) la sencillez del trámite, al poderse impulsar por vía electrónica, en los puntos de atención de la Superintendencia o por correo físico; (iii) la especialidad de quienes conocen del instrumento, como quiera que esta autoridad administrativa cuenta con personal interdisciplinario, todos expertos en temáticas de la salud; (iv) la celeridad, pues desde el punto de vista de la Sala en tan sólo 10 días el usuario puede acceder a la decisión de una autoridad especializada y el hecho de no contar con un término específico para resolverse la segunda instancia no puede desconocer que, en todo caso, se trata de un trámite “prevalente y sumario”; finalmente (v) los esfuerzos de la Superintendencia por difundir el mecanismo, lo cual permitió que para el año 2014, de conformidad el Informe de Gestión de la entidad citado en la sentencia bajo mención, se hubieran presentado 1167

solicitudes ciudadanas, de las cuales 528 fueron falladas, 310 rechazadas, 47 resueltas por terminación anormal, 37 por retiro de la demanda, 22 conflictos de competencia y 21 traslados por competencia.

Con base en los dos presupuestos reseñados, la Sala Quinta de Revisión concluyó que en nuestro ordenamiento existe una vía ordinaria principal para agotar las controversias surgidas entre los usuarios del sistema de salud y las entidades adscritas a éste, materializado en las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual, desde su parecer, se devela como “adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que pueden resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios”. De esta forma, en la sentencia T-603 de 2015 bajo referencia se insistió en la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, por lo que se dijo que esta última procedía para resolver los casos relacionados con la prestación del servicio de salud siempre que se esté ante la potencial ocurrencia de un perjuicio irremediable o que la valoración particular del asunto conduzca a la inidoneidad de la alternativa dispuesta en la autoridad administrativa de la salud.

En relación con lo anterior, esta Sala considera que los fundamentos en los que se sustenta la tesis desarrollada por la Sala Quinta de Revisión no necesariamente conducen a la conclusión definida en la providencia, pues si bien se comparte plenamente la idea de reconocer en el mecanismo de la Superintendencia Nacional de Salud una alternativa trascendental para obtener la protección de los derechos de los usuarios del sistema de salud, en el marco de las competencias definidas, especialmente, en la Ley 1438 de 2011, lo cierto es que actualmente el ordenamiento jurídico no tiene definidas con certeza las etapas de la plenitud del procedimiento, pues aun cuando el trámite de la primera instancia —del cual conoce dicha Superintendencia— se encuentra estructurado normativamente, no ocurre así con el agotamiento del segundo grado, como quiera que (i) el artículo 126 de la Ley mencionada únicamente se refiere a la segunda instancia cuando señala que “dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado”, y por su parte, (ii) el numeral 1 del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013 menciona al respecto que cuando las decisiones de la Superintendencia en esta materia “sean apeladas, el competente para resolver el recurso, conforme a la normativa vigente será el Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Laboral- del domicilio del apelante”, sin que se haga alusión siquiera a los términos procesales en que debiera agotarse la respectiva impugnación.

La existencia del vacío normativo frente al lapso en el que debería agotarse el trámite de la segunda instancia no es un asunto que esté en discusión al interior de la Corte, pues inclusive en la misma sentencia T-603 de 2015, ante la ausencia de disposición que lo consagre, decidió exhortar al Congreso de la República para que “regule el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales (...) deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

Ante tal panorama, resulta pertinente preguntarse si, como lo considera la Sala Quinta de Revisión, la no regulación del término en el que debe agotarse el trámite de la segunda instancia se encuentra suplido con el hecho de que, según lo determina la Ley 1438 de 2011, se trata de un procedimiento “preferente y sumario”. Sobre dicho cuestionamiento, esta Sala es enfática en dar una respuesta negativa, por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, la no regulación del término procesal deja sin un sentido concreto la expresión “preferente y sumario” que se propone como remedio del vacío, lo cual contribuye a maximizar lo que ha sido denominado por la teoría del derecho como “la textura abierta del lenguaje”[59] y que se refiere, en términos generales, a que un enunciado lingüístico no necesariamente puede significar una única idea. Aunado a ello, no puede perderse de vista que la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados para la atribución de competencias funcionales puede constituirse en una fuente de amplia discrecionalidad y por tanto puede tender a someter la protección del derecho a la salud a un halo de incertidumbre, desconociendo así su naturaleza “iusfundamental”.

En segundo lugar, es claro que la ausencia de término no es una situación que deba ser resuelta directamente por las autoridades judiciales, al no encontrarse facultadas para incorporar reglas procesales en el ordenamiento jurídico, toda vez que, en virtud de la cláusula general de competencia, constitucionalmente el legislador es el único habilitado para “regular los procedimientos, etapas, términos, efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general”,[60] lo cual conduce a la materialización del derecho fundamental al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. Por ello, en tratándose de un vacío de regla procesal, prima facie no es posible superarlo por vía judicial a través del establecimiento de un plazo específico.

En tercer lugar, la falta de claridad normativa y la imposibilidad de superarla judicialmente hace que el mecanismo dispuesto por la Superintendencia hoy se torne impreciso ante la falta de regulación, y por tanto se consolide una incertidumbre que constitucionalmente es inadmisiblesi se tiene en cuenta que de por medio se encuentra la garantía del goce efectivo de un derecho fundamental, como lo es el de la salud. En ese sentido, la no existencia de un término determinado o determinable para resolver el trámite en alusión redundan en que éste no constituya un recurso efectivo para la salvaguarda del derecho en mención.

Todo lo anterior lleva a tener en cuenta que, de acuerdo con lo desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación:

“es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración (...) no es suficiente para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”.[61]

Es por ello que, tras observar el instrumento jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, es posible establecer que éste no cumple en abstracto con los criterios de idoneidad y eficacia exigibles para cualquier mecanismo que pretenda ser caracterizado como “principal”, por cuanto se trata de una alternativa que al no encontrarse plenamente regulada sumerge la protección del derecho a la salud en una incertidumbre constitucionalmente inadmisiblesi se tiene en cuenta que de por medio se encuentra la garantía del goce efectivo de un derecho fundamental, como lo es el de la salud. En ese sentido, la no existencia de un término determinado o determinable para resolver el trámite en alusión redundan en que éste no constituya un recurso efectivo para la salvaguarda del derecho en mención. De tal manera que esta herramienta no puede convertirse en una de la que se haga depender la superación del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela —y por tanto merezca exigir su valoración en cada caso particular—, en aquellos eventos en los que el juez constitucional tenga conocimiento de aquellas controversias surgidas entre los pacientes y las entidades del sistema de salud, con ocasión de las cuales se plantee una supuesta vulneración de garantías fundamentales, hasta tanto

el Congreso de la República no atienda el exhorto realizado en la citada sentencia T-603 de 2015.

4. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela objeto de estudio

4.1. Legitimación en la causa por activa

4.1.1. Expediente T-5605124: la señora Josefina Bautista González se encuentra legitimada en la causa por activa, en tanto actúa en calidad de agente oficiosa para defender los intereses y derechos fundamentales de un menor de edad,[62] presuntamente vulnerados.

4.1.2. Expediente T-5605211: el señor Luis Sigifredo Rodríguez Herazo se encuentra legitimado en la causa por actuar en calidad de agente oficioso de su señora madre, quien es titular de especial protección constitucional, por contar con 93 años de edad[63] y por tanto pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad.

4.1.3. Expediente T-5313742: el señor Arturo Ortiz González se encuentra legitimado en la causa por activa, como quiera que la acción de tutela objeto de estudio fue promovida directamente por quien dice ser el afectado de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

4.1.4. Expediente T-5616724: la señora María Eunice Aguiar Villanieva está legitimada en la causa por activa, al actuar en defensa de los derechos de su hijo, quien si bien cuenta con 37 años de edad,[64] el hecho de encontrarse en condición de discapacidad le hace imposible ejercer de manera directa la acción de tutela, como quiera que presenta un diagnóstico de “discapacidad 80%, retraso mental severo y síndromes epilépticos”.[65]

4.1.5. Expediente T-5620599: la señora Diana Marcela Obando Valencia cuenta con legitimación en la causa por activa, puesto que actúa como representante legal de su hijo menor de edad, quien cuenta con 10 meses de edad.[66]

4.1.6. Expediente T-5621223: la señora Luz Marina Lozano Molina se encuentra legitimada en la causa objeto de estudio, pues actúa como agente oficiosa de su madre, quien cuenta con 86 años de edad[67] y por tanto pertenece al grupo poblacional de la tercera edad.

4.2. Legitimación en la causa por pasiva

En todos los casos objeto de estudio, los extremos accionados corresponden a autoridades relacionadas con la garantía del servicio público de salud, por lo que se encuentran legitimadas por pasiva para actuar en estos procesos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, y por tanto corresponde al juez constitucional, en caso de tornarse procedente cada acción de tutela, entrar a valorar si son o no responsables de la vulneración alegada por los accionantes.

4.3. Subsidiariedad

De entrada la Sala indica que en los casos objeto de estudio la acción de tutela se torna como el mecanismo judicial principal para salvaguardar los derechos fundamentales de los accionantes, pues si bien en el ordenamiento existe un instrumento jurisdiccional disponible en la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las controversias planteadas en las solicitudes de amparo, éste no puede condicionar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad hasta tanto no se supere la imprecisión de la que adolece, esto es, hasta que el Congreso de la República atienda el exhorto realizado por esta Corporación y en consecuencia regule el término procesal en que debe ser resuelta la impugnación promovida contra las decisiones proferidas por la autoridad administrativa en primer grado, y de esta forma impedir que la eventual protección del derecho fundamental a la salud esté sometida a la incertidumbre normativa existente, tal como fue desarrollado con precedencia.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que todos los casos comportan el estudio de la protección del derecho a la salud de sujetos de especial protección constitucional, ya sea porque se trata de personas de la tercera edad, de niños o porque presentan algún tipo de discapacidad física o mental; razón por la cual el pronunciamiento del juez constitucional se torna inaplazable, en atención al deber de atención reforzada de que son titulares estos ciudadanos.

4.4. Inmediatez

En todos los casos se evidencia no sólo que la acción de tutela fue promovida en un término razonable, sino que actualmente continúan enfrentando el padecimiento que da origen a la

solicitud de protección. Por ello, se cumple plenamente el requisito de inmediatez.

La anterior conclusión incluye el caso del expediente T-5621223, el cual fue declarado improcedente por el juez de instancia por estimar que con la acción de tutela sólo se aportaron dos prescripciones clínicas fechadas en el año 2012 y 2013, pues con la respuesta dada al requerimiento realizado en sede de revisión se logró acreditar que al 6 de junio de 2016 (fecha posterior a la presentación de la solicitud de amparo) la agenciada no sólo ha mantenido el diagnóstico de esquizofrenia, sino que se advierte que la misma presenta incontinencia urinaria y fecal,[68] con lo cual queda desvirtuada la tesis del Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo (Tolima) y por tanto exige un pronunciamiento de fondo por parte del juez constitucional.

5. Autorización de insumos, medicamentos y servicios excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política,[69] esta Corporación ha considerado que la salud presenta dos dimensiones: como servicio público esencial y como derecho fundamental, a las cuales se refiere, respectivamente, el artículo 4[70] de la Ley 100 de 1993[71] y en su integridad la Ley estatutaria 1751 de 2015.[72] Es por ello que hoy es posible reconocer el carácter autónomo de este valor jurídico superior, tanto en lo individual como en lo colectivo, así como su condición de servicio obligatorio para el Estado, cuya prestación exige cumplir con estándares de oportunidad, eficacia y calidad, de manera que siempre se oriente a cumplir con los mandatos de mejoramiento, preservación y promoción de la salud.[73]

Por su parte, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, al caracterizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece que “[t]odos los afiliados al sistema (...) recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud [POS]”, entendido como un conjunto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud al que tienen derecho los afiliados, y que es determinado por el gobierno nacional con base en criterios de razonabilidad y sostenibilidad financiera, a la par de los deberes de promoción, protección y recuperación de la salud.

Sin embargo, esta Corporación ha sido insistente en señalar que no siempre la protección

del derecho fundamental a la salud está enmarcada en la exigibilidad del acceso a los elementos incluidos en el POS, pues en muchas ocasiones puede ocurrir que la salvaguarda de esta garantía constitucional implique trascender los listados contenidos en dicho Plan. Por ello, jurisprudencialmente se ha definido que, de manera general, los usuarios del sistema tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran con necesidad. De ahí que, a partir de la sentencia T-760 de 2008,[74] se haya identificado cuatro eventos en los que la negativa de acceder a servicios excluidos del POS implica necesariamente una vulneración del derecho en mención, como a continuación se explica:

(i) Cuando “la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere”: este criterio obedece a la necesidad constitucional de propender por la materialización del goce efectivo de las garantías fundamentales, por lo que cuando los servicios, medicamentos o insumos requeridos por el paciente no se encuentran incluidos en el plan integral debe observarse si de su acceso depende llevar una vida en condiciones de dignidad.

(ii) Cuando “el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio”: si bien existen insumos o servicios que sin necesidad de un criterio científico pueden ser catalogados como sustituibles o no por otro incluido en el POS (como ocurre con los pañales desechables), también hay otros que definitivamente dependen de un criterio médico o técnico para verificar su sustitución. Sin embargo, como lo ha aclarado esta Corporación, debe partirse de que cuando “el profesional de la salud, con conocimiento de los insumos, servicios o medicamentos incluidos en el POS, le prescriba a un paciente una prestación no incluida en éste, da cuenta de la imposibilidad de que el mismo sea sustituido sin afectar los derechos fundamentales de la persona que ha sido diagnosticada”[75].

(iii) Cuando “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”: en relación con la carga probatoria de la incapacidad económica del paciente, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que la misma no puede recaer desproporcionadamente sobre el petitionario, por lo que, a partir de la sentencia T-683 de 2003,[76] se dispusieron los siguientes criterios para analizar la capacidad económica del usuario:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”

En todo caso, desde la precitada sentencia T-760 de 2008 se incorporó un parámetro adicional de observación de la capacidad económica del paciente, relativo al concepto de “carga soportable”, relacionada con que la afectación al mínimo vital, en su condición de ser cualitativo, también constituye un aspecto importante a tener en cuenta al momento de abordar este tercer evento, de tal manera que el juez constitucional deba entrar a definir si con las particularidades de cada caso la imposibilidad de costear los servicios excluidos del POS se encuentra sustentada en que el hecho de sufragarlos constituiría una afectación desproporcionada de su estabilidad económica.

(iv) Cuando “el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”. Al respecto, en la misma sentencia T-760 de 2008 se aclaró que si bien el concepto científico del médico tratante se constituye en el principal criterio de definición de la necesidad del servicio, insumo o medicamento excluido del POS, no es exclusivo, pues no sólo en algunos casos el

juez puede evidenciar, con base en las circunstancias particulares, la necesidad de autorizar dichos servicios, sino que además las EPS se encuentran en la obligación de estudiar técnicamente las solicitudes de acceso a elementos excluidos del POS y definir, con razones científicas, por qué se torna o no indispensable permitir tal acceso. Asimismo, se ha reconocido que la existencia de orden médica no se refiere únicamente a los conceptos emitidos por los profesionales de la salud adscritos a las EPS a la que se encuentre afiliado el usuario, sino que también cobija los criterios técnicos de los galenos externos.[77]

A la par de lo anterior, esta Corporación ha abordado de manera especial la autorización para acceder al suministro de pañales desechables (excluidos del POS actualizado mediante Resolución 5592 de 2015, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social), bajo el entendido que éstos, en determinados casos, se vinculan de manera directa con la materialización de la dignidad de la persona, pues “los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física”. [78] Bajo esa misma perspectiva, se ha dicho que “el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por lo tanto, para su protección no es necesario que la persona se encuentre en un riesgo inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona que sufre una seria discapacidad física no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna”. [79]

Otro ejemplo abordado por esta Corte de manera reiterativa se refiere al acceso a suplementos alimenticios, sobre los que se ha dicho que, sin estar incluidos en el POS, la autoridad jurisdiccional puede ordenar su entrega a las EPS, luego de constatar que la negativa respecto de dicho insumo constituye una vulneración del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de personas que se encuentran en condiciones de desnutrición crónica [80] o que padecen enfermedades que les ocasionan una seria pérdida de peso [81], y no tienen la capacidad económica para adquirirlos.

6. Exoneración de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha dejado claro que bajo ninguna circunstancia es posible imponer barreras injustificadas que atenten contra los principios de integridad[82] y continuidad[83] de la prestación del servicio de salud. Por ello, se ha dicho que “toda persona tiene derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de capacidad económica para sufragarlas”[84].

Así, si bien uno de los elementos característicos del Sistema de Salud es la incorporación de mecanismos de cofinanciación o financiación parcial por parte de los usuarios, como lo son los pagos moderadores, buscando la racionalización de su uso, éstos de manera alguna pueden constituir obstáculos para acceder a los servicios.

A partir de lo anterior, se han establecido una serie de excepciones de tipo reglamentario y jurisprudencial frente a la exigencia de copagos (sufragados por los beneficiarios del sistema al recibir alguno de los servicios contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 del Ministerio de Salud[85]), cuotas moderadoras (asumidas tanto por los beneficiarios como por los cotizantes cuando reciban los servicios establecidos en el artículo 6 del acuerdo antes mencionado[86]) o cuotas de recuperación (de las que son responsables únicamente los afiliados al régimen subsidiado); así:

Por disposición del Acuerdo 365 de 2007 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se encuentran excluidos de estos montos quienes siendo afiliados del régimen subsidiado pertenezcan a alguno de los siguientes grupos poblacionales: i) vinculados al SISBEN nivel I; ii) niñez abandonada; iii) indigentes; iv) víctimas de desplazamiento forzado; v) indígenas; vi) desmovilizados; vii) de la tercera edad que se encuentren en ancianatos o instituciones de asistencia social; viii) rural migratoria; y ix) ROM.

De igual forma, en concordancia con lo establecido en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, la población indígena y los habitantes de calle no deben cancelar cuotas de recuperación. Asimismo, en atención a los artículos 43 y 50 de la Constitución Política, tampoco deben cancelarlas las madres gestantes ni los menores a 1 año de edad y de igual manera se aplica para quienes presenten enfermedades de interés público.

Aunado a lo anterior, tal como fue reseñado en la sentencia T-296 de 2006,[87] también se valida la exclusión del pago de estas cuotas: “(i) Cuando la persona que necesita con

urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. (ii) Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio”.

7. Autorización de servicios asistenciales como lo son el acompañamiento particular y el transporte tanto para los pacientes como para los acompañantes. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 27 de la Resolución No. 5592 de 2015,[88] expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, se refiere a la atención domiciliaria, disponiendo que ésta se encuentra cubierta siempre que sea considerada por el médico tratante, aclarando que únicamente se refiere al ámbito de la salud, por lo que se excluyen figuras como los cuidadores, quienes, de acuerdo con lo dicho jurisprudencialmente: “(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan”.[89]

Sin embargo, esta Corte ha indicado que si bien el deber de solidaridad impone a los familiares de los pacientes obrar como los primeros llamados a servir como los cuidadores, ante la solicitud de atención personalizada en sede de tutela el juez constitucional debe valorar si, en efecto, en el caso particular existen circunstancias que imposibilitan imponer la aplicación de este deber, pues en algunos eventos es necesario valorar las condiciones materiales de tipo particular, con ocasión de lo cual debe verificarse si, por ejemplo, los familiares no se encuentran en la capacidad física, mental o económica para asumir el

cuidado permanente, con lo que se pondría en riesgo la subsistencia digna de los usuarios. Bajo esas circunstancias es que se tornaría imperioso activar la obligación subsidiaria del Estado.

En precisión de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión, mediante sentencia T-154 de 2014,[90] señaló que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en principio no son las llamadas a garantizar el acceso a un cuidador permanente, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia”.

De manera que si no se materializan los anteriores presupuestos, debe entenderse que se refuerza el deber estatal de suministrar el servicio de cuidador, en procura de proteger y asistir de manera especial a las personas que por su condición física, mental o económica se encuentran en debilidad manifiesta.

En relación con el cubrimientos de los costos de transporte para el paciente y su acompañante por parte de las EPS, el artículo 126 de la Resolución No. 5592 de 2015 bajo referencia hace alusión a la materia, disponiendo que se cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre en los siguientes casos: (i) movilización por evento urgente desde el sitio de ocurrencia del mismo hasta el centro hospitalario, (ii) a los pacientes remitidos entre IPS del territorio nacional, que requieran la atención no disponible en la institución remitora, y (iii) también se cubra el traslado en ambulancia de pacientes remitidos para atención domiciliaria, con previa prescripción médica.

Ahora bien, en tratándose de transporte en medio distinto a la ambulancia, el artículo 127

del acto administrativo en mención refiere que “para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”, y en su parágrafo se aclara que “[l]as EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial”.[91]

Descrito el estatus normativo de la condiciones que dan lugar a la inclusión del transporte de los pacientes en el POS, ahora resulta pertinente señalar que, no obstante, la lectura de estas disposiciones no puede dejar de lado las consideraciones que respecto de la garantía de este servicio ha establecido este Tribunal, el cual ha indicado que la obligación de asumir la movilización del paciente, junto con su acompañante, se presenta cuando se encuentre acreditado que:

“(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Además, si se comprueba que el paciente es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento” y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”, esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante”.[92]

Así las cosas, cuando un paciente solicita al juez constitucional autorizar la financiación del servicio en mención, este último debe analizar si se encuentra acreditada la no capacidad de pago del usuario y determinar si la negación de este beneficio tiene o tendría graves implicaciones frente a la supervivencia, la integridad o el estado de salud del mismo; caso en el cual la movilización deberá ser asumida por las EPS, incluyendo la del acompañante, en los eventos en los que el afiliado dependa especialmente de la asistencia de éste.

8. Estudio de los casos concretos

8.1. Expediente T-5605124

El niño Luis Felipe Contreras González, quien cuenta con 5 años de edad, ha sido diagnosticado con “Síndrome de Down, Síndrome de West, parálisis cerebral infantil, displasia broncopulmonar”, “otros estrabismos especificados”, “epilepsia y síndromes sintomáticos relacionados con localizaciones focales parciales y con ataques parciales simples”. [93] Con ocasión de dicha calificación clínica, el menor se encuentra sometido a un tratamiento médico que, no obstante, se ha visto frustrado por el accionar de la EPS Cafesalud, a la cual se encuentra afiliado, pues según la accionante ésta se ha negado a permitir el acceso a los servicios prescritos por el médico tratante, tales como las terapias física, ocupacional y de lenguaje, la realización de encefalogramas, radio 12 horas, y el suministro de los medicamentos “Nedox Sachets, Lactulax, Moperid y Enterogermina”. Además, la entidad no ha dispuesto de las citas especializadas que el infante requiere por orden del galeno tratante, ni ha autorizado las prescripciones realizadas por un médico particular, correspondientes a “monitorización videoencefalográfica y radio de 12 horas nocturnas” y a “medicamento Keppra 100mg/ml, toxina botulínica/botox 100UI”.

Al respecto, el juez que conoció de la tutela en única instancia, al no haber recibido respuesta alguna por parte de Cafesalud EPS y en aplicación de la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, [94] asumió como ciertos los hechos narrados por la agente oficiosa, y por ende decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones de dignidad e integridad física del menor agenciado, con base en los fundamentos que a continuación se sintetizan:

En primer lugar, la instancia consideró que el amparo se tornaba imperioso al tratarse del ejercicio de los derechos fundamentales de un sujeto de especialísima protección constitucional, como lo es el agenciado, quien no sólo cuenta con apenas 5 años de edad, sino que presenta un cuadro clínico cuya complejidad lo ha llevado a estar sometido permanentemente a procedimientos médicos que si no fueran indispensables para su sobrevivencia, no tendrían una prescripción constante por parte del tratante.

En segundo lugar, la jueza determinó que la dimensión del diagnóstico necesariamente lleva a asumir que éste no sólo limita a Luis Felipe para realizar las actividades básicas de su cotidianidad y propias de alguien de su edad, sino que le implica una relación de

dependencia evidente, que le hace necesario contar con un acompañante permanente.

En tercer lugar y con base en los dos anteriores presupuestos, la autoridad judicial estableció lo siguiente respecto de las solicitudes elevadas por la agente, con base en lo cual adoptó las órdenes respectivas:

(i) En cuanto a la disposición de los servicios de enfermería las 24 horas y de transporte en ambulancia para cada control médico, dadas las condiciones particulares de salud del menor, es urgente que Cafesalud EPS disponga y garantice el acceso inmediato a las prescripciones del médico tratante y adelante una valoración inmediata con ocasión de la cual emita un concepto técnico que defina si estos servicios deben ser otorgados bajo las condiciones solicitadas por la agente oficiosa. Como consecuencia de ello, ordenó a la EPS accionada (i') hacer entrega de los medicamentos "nedox sachets, lactulax, moperid y enterogermina" en las cantidades y por el tiempo prescrito por el gastroenterólogo tratante; y (ii') valorar, por medio de personal médico especialista, la necesidad de la prestación del servicios de enfermería las 24 horas, así como de transporte para él y un acompañante cada vez que tenga que dirigirse a adelantar los procedimientos propios del tratamiento.

(ii) Frente al suministro de los servicios complementarios correspondientes a pañales, paños húmedos, crema antiescaras, suplemento alimenticio, silla pediátrica y silla para baño, la juez de instancia accedió a la entrega de los tres primeros, en tanto consideró que las condiciones particulares del menor hacían evidente la necesidad de los mismos. Sin embargo, respecto del acceso al suplemento alimenticio y las dos sillas especiales, determinó que el juez constitucional no podía autorizar el acceso a éstos, ante la inexistencia de un concepto médico que así lo avale o de circunstancias particulares que demuestren de manera especial su necesidad. Como consecuencia, ordenó a Cafesalud EPS suministrar en favor del agenciado los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras de forma permanente e ininterrumpida, a la vez de otorgarle "todos los medicamentos, procedimientos médicos, clínico especializados, exámenes, intervenciones quirúrgicas, materiales de insumo quirúrgico, atención con médicos especialistas, terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje y todo cuanto sea necesario para atender su salud y mejorar su calidad de vida, de conformidad con las órdenes médicas, sin dilación alguna y de manera continua(...)".

(iii) En relación con la solicitud de exoneración de copagos, la juez de instancia estimó que la misma debe ser autorizada, pues al no haber sido demostrada la capacidad económica del paciente y su grupo familiar por parte de la EPS, y ante la manifestación de la agenciada de las precarias condiciones que circunscriben el contexto del menor (quien perdió su madre al momento de nacer, no vive con su padre debido a que por motivos laborales él tiene su domicilio en un municipio alejado al de la residencia del niño y actualmente se encuentra bajo el cuidado únicamente de la agente), resulta claro que el pago de cuotas moderadoras o copagos no podría ser asumido por el paciente, pues constituiría una barrera de acceso a los servicios de salud. Como consecuencia de lo anterior, en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo dispuso que todas la garantía de la atención integral y el cumplimiento de las órdenes del fallo debían materializarse “sin la exigencia del pago de cuotas moderadoras o copagos”.

(iv) No obstante, la autoridad judicial se opuso a conceder la devolución de los copagos hasta ahora realizados y de los costos asumidos con ocasión de las citas adelantadas con médicos particulares, pues al momento en que se hizo el cobro de los primeros, respectivamente, la EPS no tenía la obligación consolidada de omitir solicitar la cancelación de estas sumas de dinero, no sólo porque por regla general se trata de un deber de todos los usuarios del Sistema de Salud, sino porque ésta nunca tuvo la oportunidad de conocer las condiciones económicas en que se encontraba el paciente. Asimismo, en relación con los gastos por consultas con profesionales de la salud no adscritos a la EPS, la juez de instancia sustentó la improcedencia de la devolución de estos dineros con el hecho de que la agente nunca hizo mención a la razón por la que tuvo que acudir a estas citas independientes, lo cual conduce a que no sea posible endilgar la responsabilidad a la accionada. En atención a estas consideraciones, estableció en el sexto punto resolutive de la sentencia negar la devolución de los dineros por concepto de citas con médicos externos y de cuotas o copagos ya cancelados.

Sobre las anteriores determinaciones, la Sala Primera de Revisión comparte plenamente el estudio adelantado y la solución planteada por la juez de única instancia en conocimiento del caso concreto. Sin embargo, encuentra necesario precisar la forma como se consolidó la vulneración del derecho fundamental a la salud del niño Luis Felipe, en aplicación de las reglas jurisprudenciales descritas en los anteriores acápites considerativos.

Presumiendo la veracidad de lo narrado por la agente, como adecuadamente lo hizo el juez de instancia, la actuación de Cafesalud EPS incurrió en una dilación injustificada de la materialización del principio de integralidad de los procedimientos médicos ordenados al paciente, evidenciada en la imposición de obstáculos para el acceso a los medicamentos prescritos y para poder cumplir con las citas especializadas requeridas por el usuario, a través de la suspensión o entorpecimiento del tratamiento, lo cual redundante, necesariamente, en el quebrantamiento del principio de continuidad y de los deberes de oportunidad, calidad y eficacia de la prestación de los servicios, de que trata el artículo 49 superior.

La vulneración por parte de la entidad promotora de salud se encuentra acreditada al impedir el acceso a los servicios no incluidos en el POS, especialmente los correspondientes al suministro de pañales, crema antipañalitis y paños húmedos, los cuales, pese a no contar con prescripción médica, en el presente caso se tornaban plenamente procedentes, en atención a la evidente vulnerabilidad en la que se encuentra Luis Felipe, derivada no sólo de su edad, sino de su contexto económico, sus relaciones familiares y su complejísimo cuadro clínico, que, a su vez y por otro lado, llevan también a avalar la tesis del juez de instancia respecto de la exclusión de los pagos moderadores.

Por todo lo anterior, en este caso la Sala resolverá confirmar integralmente la sentencia proferida en única instancia por parte del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Juan de Girón, el 15 de marzo de 2016.

8.2. Expediente T-5605211

La señora Teresa de Jesús Viuda de Rodriguez cuenta con 93 años de edad[95] y presenta un diagnóstico de “accidente cerebrovascular, ecefalopatía no especificada, infarto cerebral (isquemia) debido a trombosis de arterias cerebrales, e hipertensión esencial (primaria)”[96]. Como consecuencia de ello, el médico tratante consignó en la historia clínica, mediante “hoja de evolución” fechada el 23 de enero de 2016, que, derivado del cuadro clínico que presenta, la paciente no controla esfínteres. Por ello, y teniendo en cuenta que los familiares manifestaron no estar en posibilidad de asumir los costos de pañales desechables, el galeno decidió prescribir la entrega de 90 unidades de este insumo, cuya entrega es solicitada a través del recurso de amparo objeto de estudio.

Al respecto, en la respuesta dada a la acción de tutela la EPS accionada (Asmet Salud) manifestó que, en caso de que la solicitud prospere, ésta no sería la responsable de hacer efectiva la orden médica de servicios excluidos del POS, pues desde su parecer cuando se trata de usuarios del régimen subsidiado y de atención de primer nivel, las llamadas a responder son directamente las entidades territoriales. Sin embargo, se opuso a la prosperidad del mecanismo constitucional, basada en que al ser servicios no integrados en el plan de beneficios no son de obligatorio suministro.

Al conocer de este asunto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbitara resolvió en única instancia negar la tutela, por estimar que la EPS accionada no había incurrido en la vulneración alegada por el agente oficioso, pues no tuvo la oportunidad de negar la prestación del servicio, como quiera que la accionante nunca elevó un requerimiento previo que pudiera ser resuelto.

Para esta Sala la postura del juez de instancia no sólo no se ajusta a los parámetros jurisprudenciales que esta Corte ha desarrollado frente a la autorización judicial para la entrega de insumos no incluidos en el POS, sino que tampoco se compadece con la aplicación de estándares de protección que propendan por la materialización efectiva de los derechos de los pacientes. Esto porque en el caso concreto se observa que: (i) la agenciada es una persona titular de especial protección constitucional, en tanto presenta una vulnerabilidad evidenciada no sólo en su elevada edad (93 años), sino en el diagnóstico registrado en su historia clínica, cuyas consecuencias han sido advertidas por el médico tratante, relacionadas con, por ejemplo, alteraciones neuronales, deterioro del estado de conciencia, imposibilidad de controlar esfínteres y dificultades motrices.[97] (ii) En atención a este cuadro clínico, el galeno tratante, tras concluir bajo su criterio científico la necesidad del insumo, prescribió la entrega de 90 pañales[98]. (iii) La EPS accionada nunca cumplió con la carga probatoria tendiente a desacreditar las precarias condiciones económicas alegadas en la solicitud de amparo.

A partir de estas particularidades, era claro que el conocedor del asunto en única instancia debía basar su observación en un amplio estándar de protección de las garantías fundamentales y a partir de ello considerar que, como lo ha dicho esta Corporación —en tanto máximo órgano de la jurisdicción constitucional— en los casos donde quien solicita el amparo del derecho a la salud es un sujeto de especial protección, como lo son los niños,

mujeres embarazadas, personas en condición de discapacidad o personas de la tercera edad, entre otras, éste se convierte en acreedor directo de la tutela judicial, capaz de detener la amenaza o vulneración de su derecho.[99] Por ello, el ente judicial no podía desconocer que siendo la agenciada una ciudadana perteneciente al grupo poblacional de la tercera edad, merece una atención reforzada por parte del Estado, pues se parte de que éstas personas se ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud, por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”[100].

En ese sentido, el operador estaba obligado a no seguir extendiendo la imposición de barreras para permitir el acceso a los servicios de salud requeridos por la agenciada, y por tanto considerar que ante la clara actitud negativa de la EPS accionada (acreditada en la respuesta dada a la solicitud de amparo) y la existencia de una prescripción médica que da cuenta de la necesidad del suministro de pañales desechables, la exigencia de elevar una solicitud previa de entrega de los mismos se torna ciertamente superflua y no se compadece con las condiciones especiales que atraviesa la paciente.

A la par de lo anterior, el juez de instancia no podía desconocer las subreglas que esta Corporación ha observado frente al suministro del insumo en mención, relativas a que si bien éste no se encuentra incluido en el POS, en algunos eventos de su entrega depende la materialización de una vida en condiciones de dignidad, como ocurre cuando el paciente presenta unas particularidades físicas que le impiden ejercer control de sus esfínteres; casos en los cuales el servicio de salud tiene que proyectarse hacia la reducción de la incomodidad e intranquilidad que generan tales particularidades, siempre que el usuario no cuente con recursos económicos para acceder directamente a los pañales desechables, como ocurre en el caso particular.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la EPS accionada advirtió en la contestación dada a la tutela que no sería su responsabilidad cumplir con la orden médica, puesto que, según su criterio, en tratándose de afiliados al régimen subsidiado y a atención clínica de primer nivel los llamados a responder a tal requerimiento son los entes territoriales, la Sala advierte que, tal como lo aclaró la Sala Novena de Revisión, a través de la sentencia T-020 de 2013:[101]

“en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado en lo no cubierto por el plan de beneficios, las entidades territoriales tienen el deber de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud a través de entidades o instituciones prestadoras de salud de naturaleza pública o privada y en todo caso asumir los costos de los servicios y por su parte las EPSS tienen la obligación de acompañar y verificar la efectiva y oportuna atención médica de quien continúa siendo su afiliado, aun cuando, por ser un evento no POS, no tenga a cargo la atención médica. De aquí que el Juez de tutela pueda garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de una persona a quien se le niega un servicio de salud que requiere con necesidad por estar excluido del POS, a través de la orden a la EPS-S para que preste directamente los servicios con derecho a recobro o también a través de la orden a la IPS con la que el Estado tiene contrato vigente, bajo un acompañamiento de las EPS-S hasta que se verifique la culminación de la prestación del servicio médico”.

Por lo anterior, se decidirá revocar la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbitara, Nariño, el 4 de marzo de 2016, para de esta forma conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la señora Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez, y en consecuencia ordenar a Asmet Salud EPS que, en el término máximo de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, disponga la entrega de los pañales desechables prescritos por el médico tratante desde el 26 de enero de 2016, en favor de la agenciada.

8.3. Expediente T-5613742

El señor Arturo Ortiz Gonzalez (accionante) cuenta con 80 años de edad[102] y presenta un diagnóstico de “insuficiencia renal crónica terminal, hipertensión esencial (primaria), enfermedad vascular periférica no especificada, esofagitis, embolia y trombosis de vena caya”[103], por lo que actualmente se encuentra adelantando el procedimiento clínico denominado “hemodiálisis” en la Clínica Vascular Navarra de Bogotá, ciudad en la que reside.

Sin embargo, señala que requiere acceder al servicio de acompañante domiciliario y transporte para acudir a las sesiones de este tratamiento, puesto que: (i) su núcleo familiar está compuesto por su esposa, quien no sólo también es una persona de avanzada edad, sino que es de quien depende económicamente y es beneficiario en el régimen de salud; y

(ii) luego de cada jornada de hemodiálisis, que tarda cuatro horas y se adelanta cada tres días a la semana, en horario de 6:30am a 11:30am, presenta un debilitamiento significativo que le impide valerse por sí mismo y le dificulta sustancialmente su regreso a la residencia.

Al respecto, el juez de instancia decidió negar la acción de tutela, por considerar que (i) no existe prescripción médica que avale la autorización de los servicios solicitados y (ii) desde su perspectiva, el actor cuenta con capacidad económica para sufragar el acompañamiento y transporte durante cada sesión de hemodiálisis, como quiera que su residencia es estrato 3 y pertenece al régimen contributivo, con lo cual se incumplirían los requisitos para acceder a estos servicios excluidos del POS.

Frente a la determinación adoptada en sede de instancia, se observa que la misma no sólo ignora que el accionante es titular de especial protección constitucional, por pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad —al igual que ocurre en el expediente T-5605211—, sino que desconoce las reglas jurisprudenciales que esta Corporación ha desarrollado en relación con el acceso al servicio de transporte solicitado por el actor

Lo anterior por cuanto se ha dicho que ante la solicitud de transporte y acompañamiento para acudir a la atención médica el juez constitucional debe valorar los criterios identificados por vía jurisprudencial, como a continuación se estudia:

(i) Que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado: en primer lugar, resulta pertinente advertir que la EPS, al margen de pronunciarse con detalle frente a las especificidades del caso concreto, se limitó a señalar que los servicios solicitados se encontraban excluidos del POS y por tanto no se encontraba en la obligación de suministrarlos, omitiendo así su deber de demostrar, por ejemplo, cómo el actor sí contaba con capacidad económica de asumirlos, de conformidad con la carga probatoria establecida a partir de la sentencia T-760 de 2008.[104]

Sobre el caso concreto, debe indicarse que la conclusión a la que llegó el juez de instancia no sólo se encuentra indebidamente sustentada por desconocer la omisión de la EPS a la que se hizo alusión anteriormente, sino porque partió de una observación extremadamente rígida de los elementos obrantes en el expediente, los cuales no precisamente conducen a lo determinado en la sentencia bajo revisión. Por un lado, esta Corte ha estimado que el

estrato de la residencia del actor per se no da cuenta de si dispone o no de recursos económicos para asumir los costos de un tratamiento médico,[105] pues ello desconocería el componente cualitativo del mínimo vital y, como se dijo con precedencia, el concepto de “carga soportable” desarrollado por esta Corporación, el cual, a su vez, da cuenta de (i) la imposibilidad de aceptar criterios específicos (de aplicación abstracta) desde los cuales se imponga la valoración de la capacidad económica a través de un ejercicio simple de subsunción; y en consecuencia de (ii) la importancia de considerar en cada caso concreto las circunstancias que lo enmarcan. Por otro lado, no puede ser de recibo el argumento según el cual el accionante cuenta con presupuesto para asumir su traslado semanal a las citas médicas del tratamiento, por el simple hecho de estar afiliado al régimen contributivo, máxime si se tiene en cuenta que lo está pero en condición de beneficiario.[106]

Adicionalmente, no puede perderse de vista que, tal como lo ha dicho este Tribunal, el juez de tutela debe aplicar el principio pro persona en casos límite, y con base en ello tomar “la decisión que mejor se compadece con la garantía de los derechos fundamentales en juego”.[107] Principio que cobra especial relevancia en aquellos casos en que el juez no tiene certeza de si la capacidad económica del usuario de salud es suficiente para cubrir el costo del insumo o servicio médico requerido,[108] caso en el cual debe “adoptar las decisiones que resulten más favorables para la eficacia de los derechos humanos”.[109]

(ii) Que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario: en este caso no hay duda que la garantía del traslado efectivo del accionante para la realización de las sesiones de hemodiálisis se torna absolutamente indispensable, pues se trata del procedimiento clínico prescrito y constitutivo como estructural dentro del tratamiento al que está sometido, en razón del complejo estado de su enfermedad, sin el cual se pondría en un riesgo inadmisibile la vida misma del paciente. Aunado a ello, la Sala observa que de manera particular el señor Arturo depende de un tercero acompañante para remitirse al centro clínico de manera semanal, considerando su avanzada edad y que los procedimientos de diálisis puede tener como efectos secundarios la sensación de debilidad, mareos, inconsciencia, náuseas, calambres musculares, entre otros,[110] algunos presentados sobre el accionante, según lo indicó en la acción de tutela, todo lo cual exige actuar de manera inmediata para impedir que estas condiciones consoliden una eventual situación gravosa o irreversible.

A partir de lo hasta aquí dicho, se torna necesario concluir que la negativa tanto de la EPS como del juez de instancia consolidan una abierta vulneración del derecho a la salud del señor Arturo Ortiz González, puesto que la primera, respectivamente, se ha encargado de consolidar la imposibilidad económica y física del actor para asumir directamente su traslado como una barrera injustificada que impide el agotamiento eficiente del tratamiento integral prescrito por el médico tratante, y el segundo (el juez) de validar esta actitud absolutamente inconstitucional de la entidad.

Por lo anterior, esta Sala decidirá revocar la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el 27 de abril de 2016, para de esta forma conceder el amparo del derecho fundamental a la salud del accionante y, en consecuencia, ordenar a la Nueva EPS que de manera inmediata autorice la asignación del medio de transporte que resulte más efectivo y obedezca a las necesidades particulares del actor, disponible para que él pueda acudir a las sesiones de hemoanálisis, para lo cual necesitará trasladarse desde su residencia hasta la Clínica Vascular Navarra de Bogotá y viceversa.

8.4. Expediente T-5616724

El señor Isidro Rada Aguiar (agenciado) cuenta con 37 años de edad y presenta un diagnóstico de “retraso mental severo y epilepsia”[111], a causa del cual el médico tratante prescribió el 13 de marzo y 19 de abril de 2015 el medicamento “Clobazam Tab X 10 MG”, [112] desde el 13 de febrero de 2015 la entrega de “Ensure Tarro # 4, 2 vasos por día”[113] y desde el 16 de enero de 2015 el suministro de pañales desechables, “por su avanzado retraso psicomotor e incontinencia de esfínteres”[114]. Sin embargo, la agente oficiosa manifiesta que la Nueva EPS, a la cual se encuentra afiliado el paciente dentro del régimen subsidiado, se ha negado a permitir el acceso tanto al medicamento como a los servicios complementarios ordenados por el médico tratante, estos últimos por estar excluidos del POS.[115]

Al respecto, el juez de instancia señaló que dado que la acción de tutela fue promovida el 7 de enero de 2016 y las prescripciones médicas datan de inicios del año 2015, el juez constitucional no puede descifrar si las mismas se corresponden o no con el estado de salud del agenciado al momento de promover la solicitud de amparo, razón por la cual negó la

protección del derecho fundamental a la salud del agenciado.

No obstante, la Sala no comparte la decisión adoptada por la autoridad judicial de única instancia, puesto que, en primer lugar, al tratarse de un ciudadano en condiciones de debilidad manifiesta, derivadas de su discapacidad mental calificada por el médico tratante en un 80%,^[116] el juez constitucional se encuentra en el deber reforzado de resolver la tutela objeto de conocimiento en procura de hacer efectivo el goce de los derechos fundamentales de que son titulares los ciudadanos pertenecientes a este grupo poblacional.

En desarrollo del mandato de especial protección de las personas en condición de discapacidad mental, el legislador incorporó en nuestro ordenamiento la Ley 1306 de 2009,^[117] en cuyo artículo 11, inciso primero, refirió que “[n]ingún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997”.

Aunado a ello, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la vulnerabilidad de las personas que presentan discapacidad mental o déficit cognitivo exige ser atendida bajo especial supremacía del principio constitucional de solidaridad, pues ésta les dificulta o impide hacer un ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, como quiera que “su particular realidad dista de la de sus congéneres y las barreras actitudinales imperantes en un entorno social que no se adapta a sus necesidades y aspiraciones dificulta que puedan desenvolverse en condiciones iguales a las de quienes disfrutaban de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en la sociedad y ejercer sus derechos con mayor probabilidad de que sean respetados”.^[118]

En atención a lo anterior, el juez de instancia no sólo se abstuvo de tener una aproximación al caso concreto dirigida a atender de manera reforzada las condiciones de debilidad del agenciado, sino que además desconoció las reglas jurisprudenciales que dan cuenta de la

evidente vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Isidro, por parte de Cafesalud EPS, por las razones que en adelante se exponen:

En primer lugar, ante el silencio de Cafesalud EPS respecto de la acción de tutela, es necesario dar aplicación a la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y en consecuencia asumir como ciertos los hechos narrados por la agente oficiosa en la acción de tutela.

En segundo lugar, dado que existen dos órdenes clínicas del medicamento “Clobazam Tab X 10 MG”, el cual no ha sido suministrado por la EPS, es claro que al encontrarse en obligación de permitir su acceso, en atención a los principios de continuidad e integralidad del tratamiento médico y a los deberes constitucionales de promoción, protección y recuperación de la salud de que trata el artículo 49 superior, así como las obligaciones que enmarcan la prestación del servicio, relativas a la oportunidad, eficacia y calidad. En consecuencia, este hecho consolida la primera actuación vulneradora del derecho fundamental a la salud de Isidro Rada Aguiar por parte de Cafesalud EPS.

En tercer lugar, frente al acceso a los pañales desechables y el suplemento alimenticio ordenados por el profesional de la salud que sigue el tratamiento del agenciado, resulta necesario observar si se cumplen los requisitos que por vía jurisprudencial se han establecido para conceder la entrega de los mismos, como sigue:

(i) Que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la integridad personal de quien lo requiere: en el caso concreto se evidencia la superación de esta primera exigencia, como quiera que el paciente es una persona que por la dimensión de su enfermedad presenta una grave afectación en sus facultades físicas y mentales que no sólo le impide valerse por sí mismo en sus actividades cotidianas, sino que entorpece procesos biológicos como el control de esfínteres.[119]

(ii) Que el servicio o insumo ordenado no pueda ser sustituido por otro que se encuentre en el plan obligatorio de salud: en este caso es claro que este requisito se cumple, pues la Resolución No. 5592 de 2015,[120] expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, no incluye dentro del Plan de Beneficios el suministro de pañales o suplementos alimenticios, por tanto no resultan sustituibles.

(iii) Que 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: en primer lugar, ante la ausencia de respuesta por parte de Cafesalud EPS y por tanto del cumplimiento de la carga de desvirtuar la incapacidad económica del paciente, se tiene que, en efecto, el agenciado y sus familiares próximos no disponen de recursos que permitan el acceso a los insumos a los que aquí se hace referencia, pues su subsistencia depende de su señora madre, quien no sólo es una persona de avanzada edad (cuenta con 68 años[121]) sino que sus ingresos mensuales corresponden a un subsidio entregado por la alcaldía de Ibagué (Tolima) y que corresponde a una suma de \$150.000. Asimismo, debe asumirse en este caso que la única forma de acceder a estos servicios es mediante la EPS a la cual se encuentra afiliado, pues su acceso al sistema de salud depende únicamente de su vinculación con el régimen subsidiado y de ello da cuenta que el tratamiento clínico sea objeto de seguimiento únicamente por parte de médicos adscritos al mismo.

(iv) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo: en efecto, se trata de insumos prescritos directamente por el médico tratante adscrito a la IPS (Hospital San Francisco de Ibagué) que suministra la atención en virtud del vínculo existente entre el paciente y Cafesalud EPS.[122]

En cuarto y último lugar, la Sala estima que no es posible admitir el argumento del juez de instancia, según el cual no existen elementos para determinar si las órdenes médicas fechadas entre el 14 de enero y el 19 de abril de 2015 corresponden a la atención del estado de salud que presenta el agenciado al momento de la presentación de la solicitud de amparo (el 7 de enero de 2016). Las razones para descartar este presupuesto es que, por un lado, debe considerarse que la enfermedad del actor es estructural, en tanto se trata de un retraso mental que le significa el dictamen de una discapacidad correspondiente al 80%, la cual, como es apenas evidente, no puede asumirse como superable en el lapso de 8 meses que transcurrieron entre la última prescripción y la interposición del recurso de amparo; y por otro lado, porque el hecho de haber promovido la acción de tutela hace notorio el hecho de que el paciente requiere el acceso a los medicamentos y servicios objeto de autorización, cuya necesidad se encuentra demostrada con las órdenes expedidas por el galeno.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia de instancia proferida el 8 de febrero de 2016, por parte del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima, para de esta forma conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de Isidro Rada Aguiar, y en consecuencia ordenar a Cafesalud EPS suministrar de manera inmediata el medicamento “Clobazam Tab X 10 MG”, así como los pañales y el suplemento alimenticio “Ensure”, en los términos y condiciones establecidas en las respectivas prescripciones médicas.

8.5. Expediente T-5620599

La señora Diana Marcela Obando Valencia promueve la acción de tutela con el fin de que se ampare el derecho fundamental a la salud de su hijo recién nacido,[123] quien presenta un diagnóstico de “Síndrome de Down”,[124] a causa del cual debe agotar un tratamiento clínico que comprende sesiones de terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje, a las que, según relata la accionante, no ha podido asistir en su totalidad porque no cuenta con recursos para cancelar los copagos que Coomeva EPS le exige en cada visita médica. Asimismo, indicó que su situación económica impide asumir el costo de servicios complementarios como pañales desechables, crema antiescaras, paños húmedos y suplementos alimenticios, por lo que solicita: (i) se le exonere del pago de las sumas de dinero exigidas cada vez que acude al centro clínico en el que se le adelanta el tratamiento médico a su hijo, con el fin de que se permita el acceso efectivo a los servicios que requiere el menor; y (ii) se autorice el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y suplementos alimenticios que requiere el menor, con ocasión de sus padecimientos.

En relación con la primera solicitud, relativa a la exclusión de la cancelación de sumas moderadoras o copagos, debe recordarse que, como se indicó con precedencia, esta Corte ha establecido que son titulares de la exoneración de este pago, entre otros, (i) los menores a 1 año de edad y (ii) los pacientes que ante la urgencia del procedimiento médico y su condición económica no puedan asumir el costo de cada visita clínica.

En el caso concreto, se tiene que el paciente en efecto es menor de 1 año de edad, por lo que se consolida la primera razón para acceder a la exoneración de los pagos moderadores exigidos por Coomeva EPS; sin embargo, esta Sala encuentra que las condiciones que presenta el usuario dan lugar a que la medida no se mantenga condicionada únicamente

por su edad, sino porque verdaderamente su contexto familiar atraviesa una situación económica que le impide asumir estos gastos, como quiera que (i) la accionante debe encargarse del cuidado permanente de Emmanuel, pues el niño “no sostiene por sí mismo su dorso y su cuello”; de ahí que (ii) la única fuente de ingresos del hogar está en cabeza de su esposo y padre del menor, quien, a su vez, mensualmente devenga un salario mínimo con el que debe asumir la manutención de su núcleo familiar, al que, además, pertenece otro hijo de siete años de edad. Todo lo cual no fue objeto de desacreditación por parte de la accionada.

Ahora bien, en relación con el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis, esta Sala encuentra pertinente acceder a su suministro, porque el caso concreto presenta ciertas particulares que evidencian la necesidad de los mismos: en primer lugar, se trata de un recién nacido que por tal merece una atención especial de las entidades adscritas al sistema de salud, lo cual se refuerza por la condición clínica que él presenta, correspondiente al padecimiento de “Síndrome de Down”, lo que lo hace un sujeto en condición de discapacidad cognitiva y por tanto de atención prioritaria por parte del Estado. En ese sentido, el acceso a los insumos bajo mención se justifica en tanto (i) su edad, aunada a la complejidad de su diagnóstico, denotan la relación de dependencia entre acceso a estos servicios y el mantenimiento de la integridad física; y (ii) la situación económica que atraviesa su grupo familiar demuestra la imposibilidad del auto-suministro.

Por lo anterior, en este caso se observa la irrelevancia de contar con una prescripción médica frente a la entrega de pañales, paños y crema antiescaras, pues el componente de la necesidad se encuentra acreditado por las particularidades del paciente. Sin embargo, no ocurre así con el suplemento alimenticio solicitado por la accionante, ya que ante la manifestación de la EPS en la contestación dada a la acción de tutela —según la cual “la orden médica de la consulta por neonatología del 15/02/2016 en su plan médico ordena lactancia materna exclusiva”—,[125] no existe certeza científica y por tanto hay duda sobre la necesidad del insumo, lo que conduce a la imposibilidad de autorizar su suministro. No obstante, se advierte que será responsabilidad de la EPS, a través del médico tratante, determinar si debe permitirse el acceso al suplemento alimenticio “Ensure”, caso en el cual será garantizado por dicha entidad de manera inmediata.

En cuanto a la solicitud de la garantía de transporte para el paciente y su acompañante, se encuentra necesario hacer a continuación una valoración de los requisitos jurisprudenciales ya descritos en esta sentencia:

(i) Que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado: para la valoración de este primer requisito es necesario considerar las condiciones que dan cuenta de las dificultades económicas que presenta el paciente, como quiera que todo su núcleo familiar depende del salario mínimo mensual que percibe su padre, tal como fue explicado con anterioridad. En ese sentido, es clara la imposibilidad familiar de asumir los costos del transporte especial para que el paciente se remita a las jornadas de terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje, propias de su tratamiento integral.

(ii) Que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario: en este caso no hay duda de que la garantía del traslado efectivo del accionante para la realización de las sesiones de terapia física, ocupacional y de lenguaje se relacionan con la garantía de su integridad física, pues hacen parte del tratamiento de su diagnóstico. Adicionalmente, su dependencia de un tercero para movilizarse es apenas evidente por el hecho de ser un recién nacido.

Con base en lo dicho, esta Sala confirmará parcialmente la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, el 14 de marzo de 2016, en consecuencia revocará el numeral tercero de la parte resolutive, en el sentido de: (i) ordenar a Coomeva EPS el suministro inmediato de los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras requeridos por el niño Emmanuel Aguirre Obando, cuya cantidad y talla serán determinados por el médico tratante en un lapso máximo de tres días, a través de las gestiones de la EPS accionada; (ii) ordenar a Coomeva EPS disponer de un medio de transporte en favor del paciente, para que éste se movilice desde su residencia hasta el centro médico respectivo y viceversa, con el fin de que pueda acudir a las sesiones de terapia física, ocupacional y de lenguaje que sean prescritas por el galeno tratante; (iii) abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre el servicio de enfermería mencionado por parte de la autoridad judicial de única instancia, como quiera que el mismo nunca fue solicitado por la accionante. Adicionalmente, negará el suministro del suplemento alimenticio pedido por la actora, pero ordenará a la EPS valorar científicamente,

a través del profesional de la salud tratante y en un término máximo de cinco días, si éste es necesario para garantizar la integridad del menor, caso en el cual deberá ser suministrado de manera inmediata en los términos y condiciones que sean conceptuados por el galeno.

8.6. Expediente T-5621223

La señora Luz Marina Lozano Molina cuenta con 85 años de edad y presenta un diagnóstico de “esquizofrenia paranoide” y “lateropulsión izquierda”. [126] Ante tal panorama, la agente oficiosa solicita conceder el amparo del derecho a la salud de la paciente, como quiera que la Nueva EPS, a la cual se encuentra afiliada, se ha negado a acceder a la entrega de pañales, el suministro de suplemento alimenticio y la exoneración del pago de cuotas moderadoras, todo lo cual, desde su perspectiva, no puede ser asumido por el grupo familiar de la usuaria, debido a que no cuenta con recursos económicos suficientes.

Al respecto, resulta necesario hacer una valoración de los requisitos jurisprudenciales descritos en los acápites considerativos expuestos con precedencia en esta providencia, con el fin de determinar si, en efecto, la agenciada es titular de los mismos y por tanto existe una vulneración de su derecho fundamental a la salud.

Frente al suministro de pañales desechables, esta Sala encuentra que en efecto la EPS se encuentra en la obligación de suministrar este insumo, en tanto (i) la agenciada es una persona titular de especial protección constitucional, por presentar una vulnerabilidad evidenciada no sólo en su elevada edad (86 años), sino en el complejo estado de salud, relacionado con graves problemas neurológicos, que llevaron a los galenos a establecer el diagnóstico de, entre otras, la enfermedad de “esquizofrenia”. [127] (ii) En atención a este cuadro clínico, el galeno tratante, tras concluir bajo su criterio científico la necesidad del insumo, prescribió la entrega de “3 pañales desechables diarios para adulto talla M # 540”, pues la paciente presenta incontinencia urinaria y fecal; [128] y (iii) la agenciada no cuenta con capacidad económica para asumir los costos de estos insumos, lo cual se evidencia no sólo en que la Nueva EPS omitió su deber de desvirtuar lo dicho por la actora, en cumplimiento de la carga probatoria que le ha sido asignada, sino también en aplicación del principio pro persona, aplicable en aquellos casos en los que no se cuenta con absoluta certeza de si los ingresos del paciente o de su grupo familiar le permiten cubrir el costo de

los servicios requeridos.

Ahora bien, respecto de la solicitud de entrega de suplemento alimenticio “Ensure”, el juez constitucional no cuenta certeza de si la paciente requiere (con base en su cuadro clínico) el consumo de este insumo o si, por el contrario, el mismo le resultaría perjudicial, lo cual conduce a la inexistencia de elementos que permitan a concluir a que en este caso el no acceso al suplemento dietario quebrantaría la integridad física de la agenciada.

Ahora bien, en relación con la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, la Sala observa que la misma se torna procedente, como quiera que (i) la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional, en tanto se trata de una persona perteneciente al grupo poblacional de la tercera edad; (ii) presenta una grave enfermedad mental que, por supuesto, requiere del adelantamiento de un tratamiento clínico oportuno, de calidad y eficaz; y (iii) por las mismas razones esgrimidas cuando se abordó el estudio de la entrega de pañales desechables, es posible establecer que la agenciada no cuenta con recursos económicos suficientes que le permita asumir la cancelación de los copagos o cuotas moderadoras exigidas por la EPS, lo cual de manera alguna puede constituir una barrera de acceso para los controles clínicos y, en general, los procedimientos médicos que requiera.

Sobre la solicitud de transporte, se torna indispensable agotar el estudio de las condiciones jurisprudenciales determinadas para acceder a tal servicio:

(i) Que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado: en el presente caso se tiene acreditado que la paciente no cuenta con los recursos para asumir este tipo de gastos, por las razones que fueron esgrimidas al estudiar la solicitud de exclusión de copagos y cuotas moderadoras.

Con base en las anteriores consideraciones, se decidirá revocar la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo (Tolima), el 16 de marzo de 2016, para de esta forma conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la señora Luz Amparo Molina de Lozano. Como consecuencia, se dispondrá ordenar a la Nueva EPS que: (i) de manera inmediata disponga el suministro de los pañales desechables requeridos por la agenciada, en los términos y condiciones dispuestos en la prescripción médica; (ii) en un plazo de cinco días realice, a través del médico tratante, una valoración que permita establecer si la agenciada requiere el

suministro del suplemento alimenticio “Ensure”, el cual, en caso de que así lo avale el galeno, deberá ser entregado inmediatamente y de conformidad con el concepto médico que sea expedido; (iii) exonerar a la agenciada del pago de copagos o cuotas moderadoras; (iv) autorice y cubra los gastos de transporte de la señora Luz Amparo y de un acompañante, para que se movilice desde su lugar de residencia a la institución en la que se le deba atender médicamente y viceversa, en los eventos en los que el médico tratante disponga que es necesario remitir a la paciente a un centro hospitalario ubicado fuera del municipio del Guamo, Tolima.

9. Conclusiones

Siempre que un paciente que se encuentra en condición de vulnerabilidad, de la cual se derive su titularidad de especial protección constitucional (ya sea porque, por ejemplo, se trata de un menor de edad, es una persona en condición de discapacidad o pertenece al grupo poblacional de la tercera edad), formule una solicitud de protección de su derecho fundamental a la salud, en los contextos de acceso a medicamentos prescritos por el galeno tratante, entrega de servicios o insumos excluidos del POS, suministro del servicio de transporte para que el usuario y un acompañante acuda a las citas médicas en las que se adelanta su tratamiento, o exoneración del pago de copagos, cuotas moderadoras o de recuperación, deben atenderse las siguientes reglas jurisprudenciales:

(i) Frente a la valoración de la idoneidad del recurso de amparo: si bien se reconoce en el mecanismo dispuesto por la Superintendencia de Salud un instrumento principal y prevalente, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-119 de 2008,[129] actualmente no puede asumirse el agotamiento de este medio jurisdiccional como uno idóneo del que dependa el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la tutela, hasta tanto no se encuentre plenamente regulado por parte del legislador y en consecuencia se acate el exhorto realizado al Congreso de la República por la Sala Quinta de Revisión, en la sentencia T-603 de 2015,[130] pues debe tenerse en cuenta que la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales no puede estar sometida a la incertidumbre e indeterminación de los términos procesales en que se encuentren los mecanismos incorporados en el ordenamiento para, prima facie, exigir su protección.

(ii) Especial atención de los pacientes que son titulares de especial protección

constitucional: si bien el principio de solidaridad impone el mandato según el cual los parientes tienen el deber de ayudar a familiares que se encuentran en situación de debilidad manifiesta debido a su edad o enfermedad, lo cierto es que tanto las EPS como el juez constitucional y, en general, las autoridades del Estado, se encuentran en el deber de prestar atención reforzada a las personas cuyas condiciones físicas o mentales las sumerja en una condición de vulnerabilidad y las haga titulares de especial protección constitucional, en tanto la aplicación del mandato constitucional de solidaridad y los principios del derecho a la salud relativos a la continuidad e integralidad, así como el cumplimiento de los deberes de promoción, protección y recuperación (artículo 49 superior), se hace considerablemente mucho más estricta que respecto de las personas que pueden desempeñarse con normalidad en la cotidianidad.

(iii) Ante la solicitud de autorización de insumos, medicamentos y servicios excluidos del POS: de conformidad con lo desarrollado por esta Corporación, en especial a partir de la sentencia T-760 de 2008,[131] se vulnera el derecho a la salud de un paciente al que se le niega el suministro de elementos no incluidos en el plan de beneficios, pese a cumplir con las siguientes condiciones:

- a. Que la falta del servicio quebrante o ponga en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.
- c. Que el interesado no pueda costear directamente el insumo o servicio, así como tampoco asumir las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. En este evento no sólo hay que considerar las pruebas con que cuente el usuario, sino también que (i) la EPS cumpla con la carga probatoria de desacreditar lo manifestado por el mismo, y (ii) ante la duda, se dé aplicación al principio pro persona, en virtud del cual se daría preeminencia a lo dicho por el paciente.
- d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sin perder de vista que si bien el concepto médico es el principal criterio, existen casos cuyas

particularidades dan cuenta de la necesidad del servicio requerido.

(iv) Frente a la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación: no sólo deben tenerse en cuenta las excepciones legales incorporadas en nuestro ordenamiento respecto de los casos en los que se podría permitir este beneficio, sino que, de conformidad con lo señalado por esta Corte,[132] también debe accederse a la solicitud cuando: a) la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, caso en el cual la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor, o (ii) la persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, ante lo que la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio.

(v) Sobre el acceso al servicio de cuidador domiciliario y transporte tanto para el paciente como para su acompañante:

En el primer evento, deben atenderse las subreglas recogidas en la sentencia T-154 de 2014,[133] así:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia”.

Sobre el segundo evento, deben atenderse los criterios sintetizados en la precitada sentencia así:

“(i) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Además, si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante”.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

Primero.- En relación con el expediente T-5605124, CONFIRMAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Girón (Santander), el quince (15) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Segundo.- En relación con el expediente T-5605211, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbitara (Nariño), el cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016), y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la señora Teresa de Jesús Viuda de Rodríguez.

Tercero.- En consecuencia, ORDENAR a Asmet Salud EPS que, en el término máximo de dos (2) días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, disponga la entrega de los pañales desechables prescritos por el médico tratante y en las condiciones por él determinadas.

Cuarto.- En relación con el expediente T-5613742, REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016), y en su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud del señor Arturo Ortiz González.

Quinto.- En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS que autorice y asuma la asignación de del medio de transporte que resulte más efectivo y obedezca a las necesidades particulares del actor, en el que se le movilice entre su residencia y el centro hospitalario respectivo (y

viceversa), cada vez que requiera acudir a las sesiones de hemodiálisis.

Sexto.- En relación con el expediente T-5616724, REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito judicial de Ibagué (Tolima), el ocho (8) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de Isidro Rada Aguiar.

Octavo.- En relación con el expediente T-5620599, CONFIRMAR los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali (Valle del Cauca), el dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016); y REVOCAR el numeral tercero resolutive de dicho fallo, para en su lugar ADICIONAR las siguientes determinaciones:

(i) ORDENAR a Coomeva EPS el suministro inmediato de los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras requeridos por el niño Emmanuel Aguirre Obando, cuya cantidad y talla serán determinados por el médico tratante —a través de las gestiones de la EPS accionada— en un lapso máximo de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia.

(ii) ORDENAR a Coomeva EPS que autorice y asuma la asignación de un medio de transporte en favor del paciente, para que éste se movilice (desde su residencia hasta el centro médico respectivo y viceversa) cada vez que requiera acudir a las sesiones de terapia física, ocupacional y de lenguaje prescritas por el galeno tratante.

(iii) ABSTENERSE de emitir un pronunciamiento sobre el servicio de enfermería mencionado por parte de la autoridad judicial de única instancia, como quiera que el mismo nunca fue solicitado por la accionante.

(iv) NEGAR la entrega del suplemento alimenticio solicitado por la actora. No obstante, ORDENAR a la EPS valorar científicamente, a través del profesional de la salud tratante y en un término máximo de cinco (5) días, si este insumo es necesario para garantizar la integridad del menor, caso en el cual deberá ser suministrado de manera inmediata en los términos y condiciones que sean conceptuados por el galeno.

Noveno.- En relación con el expediente T-5621223, REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo (Tolima), el dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016), y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana de la señora Amparo Molina de Lozano.

Décimo.- En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS que:

(i) En el término máximo de dos (2) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, suministre los pañales desechables requeridos por la agenciada, en los términos y condiciones dispuestos en la prescripción médica respectiva.

(ii) En el término máximo de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, realice a través del médico tratante una valoración que permita establecer si la agenciada requiere el suministro del suplemento alimenticio “Ensure”, el cual, en caso de que así lo avale el galeno, deberá ser entregado inmediatamente y de conformidad con el concepto clínico que sea expedido.

(iii) De manera inmediata autorice la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, en favor de la señora Amparo Molina de Lozano.

Décimo primero.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MONCALEANO

Secretaria General

[1] Así ha sido acreditado con la copia del Registro Civil de Nacimiento obrante en el folio 86 del cuaderno principal. (En adelante, siempre que se haga alusión a un folio deberá entenderse que corresponde al cuaderno principal, a menos que se diga otra cosa).

[2] Folio 21.

[3] Folios 32 a 25.

[4] Folios 21 y 22.

[5] Folio 80.

[6] Folios 81 a 85.

[7] La accionante nació el 7 de enero de 1923, según copia del documento de identidad obrante en el folio 8.

[8] Folio 5.

[9] Folios 5 y 6.

[10] Folio 2.

[11] Folio 11.

[12] “Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y se dictan otras disposiciones”.

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

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

[15] Folio 64.

[16] Folio 21.

[17] Folios 6 y 7.

[18] Folio 32.

[20] Folios 11 a 24.

[21] Folio 30.

[22] Folios 9 a 11.

[23] Dicha vinculación fue adelantada por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, en su calidad de autoridad judicial de única instancia, mediante auto del 2 de marzo de 2016.

[24] Folio 99.

[25] Folio 8.

[26] Folio 4.

[27] Folio 38 del cuaderno de revisión y pruebas.

[28] Folio 39 del cuaderno de revisión y pruebas.

[29] Folio 40 del cuaderno de revisión y pruebas.

[30] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[31] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Artículo 10: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos

fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. || También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[32] El artículo 306 del Código Civil se refiere a la representación legal de los menores de edad, en el que establece que ésta corresponde a “cualquiera de sus padres”.

[33] Frente a esta categorización resulta importante remitirse a las sentencias T-608 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-713 de 2011, T-926 de 2011, T-119 de 2012, T-963 de 2012, T-019 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T- 420 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-626 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-543 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-051 de 2015, T-370 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-096 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

[34] Ver. Sentencia SU-055 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa (unánime).

[35] “En la sentencia T-439 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), la Corte consideró que un padre estaba legitimado para actuar a nombre de su hijo, por ser éste menor de edad”.

[36] “En la sentencia T-095 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), la Corte estimó que una mujer estaba legitimada para agenciar los derechos de su madre con 69 años de edad, que requería un tratamiento urgente, por ser ésta de la tercera edad y, además, tener padecimientos de salud”.

[37] “En la Sentencia T-786 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte consideró que una persona estaba legitimada para agenciar derechos de otras personas que fueron beneficiarias de una medida cautelar decretada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tener en riesgo serio su vida y su integridad personal”.

[38] “En la sentencia T-443 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), la Corte consideró que una persona estaba legitimada para interponer acción de tutela a nombre de su

cónyuge, por sufrir esta última cáncer en estado terminal. Asimismo, en la sentencia T-223 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), la Corte consideró que una persona estaba legitimada para agenciar los derechos de su hermana, en vista de que padecía diabetes, insuficiencia renal y trombosis”.

[39] “En la sentencia T-113 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez), la Corte consideró que una mujer perteneciente a las comunidades indígenas estaba legitimada para agenciar los derechos de su hijo mayor de edad, por pertenecer éste a una minoría étnica y cultural, especialmente protegida. La Corte dijo que ‘[l]a jurisprudencia constitucional ha reconocido especialmente la posibilidad de que los derechos fundamentales de las personas indígenas o las comunidades indígenas sean defendidos por terceros, sin relación de familiaridad alguna, cuando las situaciones y los casos así lo demanden’.”

[40] Ver. Sentencia T-096 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[41] Artículo 86 constitucional: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. || La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. || Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. || En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. || La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

[42] De manera reiterada y de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 2591 (“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”), la Corte ha desarrollado la procedencia de la acción de tutela contra

particulares en los siguientes casos: (i) cuando está a cargo de la prestación de un servicio público, (ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Ver, por ejemplo, las sentencias T-389 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-129 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-117 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-419 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-634 de 2013 y T-276 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[43] Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición de la tutela es razonable. De no serlo, debe analizar si existe una razón válida que justifique la inactividad del accionante, pues se tornaría inconstitucional pretender darle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo. De tal modo que, si bien el término para interponer la acción de tutela no puede establecerse de antemano, el juez está en la obligación de verificar cuándo no se ha interpuesto de manera razonable para evitar que se convierta en un factor de inseguridad que lesione los derechos fundamentales de terceros o que desnaturalice la acción. A este respecto, la Corte Constitucional ha puesto de presente la existencia de dos (2) factores excepcionales que justifican el transcurso de un lapso prolongado entre el momento de la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la tutela. Estos son (i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo, en el entendido de que si bien el hecho que la originó no es reciente, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto a sus derechos continúa y es actual; y (ii) que la especial situación del actor convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de ejercer los medios ordinarios de defensa judicial. Sobre la caducidad de la acción de tutela, se puede ver la Sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández) en la que la Sala Plena declaró la inexecutable de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban la caducidad de la tutela cuando era interpuesta contra providencias judiciales. Asimismo, se puede ver la Sentencia T-288 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), donde se pusieron de presente los deberes del juez de tutela en relación con el principio de inmediatez a la luz de unas presuntas vías de hecho en las que supuestamente habían incurrido dos (2) autoridades judiciales en el marco de un proceso ejecutivo hipotecario. Sobre el requisito de inmediatez, en general, se pueden consultar las Sentencias T-1110 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-158 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-662 de 2010 (M.P.

Jorge Iván Palacio Palacio), T- 429 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-998 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa), SU-158 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-521 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras. Allí la Sala Plena y las diferentes Salas de Revisión hicieron alusión a estas situaciones excepcionales al abordar la procedibilidad de acciones de tutela mediante las cuales se pretendía obtener acceso a una defensa técnica, a un recalcule del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobrevivientes y a la pensión de invalidez.

[44] Ver Sentencias T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1088 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-953 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1042 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-167 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-269 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre otras.

[45] En sentencia T-1068 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se dijo: “(...) para demostrar el perjuicio irremediable, al menos se deben señalar los hechos concretos que permitan deducir que ocurre dicho perjuicio el juez no se los puede imaginar, por supuesto que no se necesitan términos sacramentales pero al menos alguna indicación que le permita al juzgador tener la confianza de que en verdad se halla el peticionario en una situación que lo afecta a él y a su familia”. Posteriormente, en sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, se señaló: “(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada (...). De cualquier manera, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial”. De igual forma, sobre la flexibilidad en la valoración del perjuicio pueden observarse las sentencias T-719 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-167 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-352 de

2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-796 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio; T-269 de 2013 y T-276 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[46] Estas reglas de aplicación fueron desarrolladas en la sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la cuales se han convertido en un criterio jurisprudencial consolidado en esta Corporación.

[47] Ver. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración No. 4.4.

[48] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

[50] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad en Salud y se dictan otras disposiciones”.

[51] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[52] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (unánime).

[53] M.P. Mauricio González Cuervo.

[54] M.P. Jorge Iván Palacio. Así también lo ha sostenido el magistrado Jorge Iván Palacio en su salvamento de voto a las sentencia T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[55] “Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”.

[56] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[57] Esta tesis fue adoptada en desarrollo de lo dicho en la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, y ha sido reiterada por, entre otras, las sentencias T-683 de 2013, T-728 de 2014, T-859 de 2014, T-121 de 2015, T-226 de 2015, T-644 de 2015, T-116

de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-678 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio; T-799 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[58] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[60] Ver sentencia C-227 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[61] Sentencia T-569 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[62] El niño Luis Felipe Contreras González cuenta con 5 años de edad, tal como se encuentra acreditado con la copia del Registro Civil de Nacimiento disponible en el folio 86.

[63] En el folio 8 obra copia de la cédula de ciudadanía de la señora Teresa de Jesús (agenciada).

[64] Folio 32.

[65] Folio 21.

[66] Folio 30

[67] Folio 8.

[68] Ver folios 38 y 39.

[69] Artículo 49: “La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. || Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. || Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. || La ley

señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. || Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. || El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. || Asimismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

[70] Inciso 2 del artículo 4: “Este servicio público es esencial en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud”.

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

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

[73] De manera general, es posible identificar la regulación de la prestación del servicio de salud en el Libro Segundo de la Ley 100 de 1993, así como de sus principios rectores en el artículo 153 del mismo cuerpo normativo, correspondientes a la universalidad, solidaridad, igualdad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad.

[74] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, acápite No. 4.4.3.2.2.

[75] Sentencia T-200 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[76] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[77] Ver sentencia T-525 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[78] Sentencia T-056 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica.

[79] Sentencia T-664 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[80] Sentencia T-619 de 2014, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

[81] Sentencia T-228 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[82] “Se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente”. Sentencia T-516 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[83] Según el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, una de características del derecho fundamental a la salud es la continuidad, la cual consiste en que “las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua” y a la vez implica que cuando “la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”.

[84] Ver sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, acápite No. 4.4.5.

[86] “Artículo 6º. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS: 1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa

aceptada. 2. Consulta externa por médico especialista. 3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas. 4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas. 5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas. 6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. Parágrafo 1º. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias. Parágrafo 2º. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios. Parágrafo 3º. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.”

[87] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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

[89] Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[90] Ibídem.

[91] El artículo 10 de la citada Resolución establece que: “El acceso primario a los servicios

del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC se hará en forma directa a través de urgencias o por consulta médica u odontológica general. Podrán acceder en forma directa a las consultas especializadas de pediatría, obstetricia o medicina familiar según corresponda y sin requerir remisión por parte del médico general, las personas menores de 18 años de edad y las pacientes obstétricas durante todo el embarazo y puerperio, cuando la oferta disponible así lo permita”.

[92] Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en reiteración de las sentencias T-962 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-459 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-233 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-033 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y reiterada en las sentencias T-644 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-096 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[93] Folios 21 a 30.

[94] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Artículo 20: “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[95] Folio 8.

[96] Folios 5 y 6.

[97] Ibídem.

[98] Folio 4.

[99] Sentencia T-096 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[100] Ver sentencia T-634 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

[101] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[102] Folio 21.

[103] Folios 6 y 7.

[104] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[105] Ver, entre otras, la sentencia T-171 de 2016.

[106] Ver folio 35.

[107] Ver sentencia T-499 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[108] Ver sentencia T-171 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[109] T-594 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[110] Así lo señala la organización norteamericana Fresenius Medical Care, reconocida como una de las más grandes corporaciones proveedoras de servicios renales del norte de América. Ver: <https://www.freseniuskidneycare.com>.

[111] Folios 9 a 25.

[112] Folio 24.

[113] Folio 22.

[114] Folio 11.

[115] En el folio 18 obra copia de la negativa de los servicios emitida por Cafesalud EPS.

[116] Folio 21.

[117] “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”.

[118] Ver sentencia T-186 de 2014, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[119] Ver folio 9 en el que se encuentra el dictamen médico que diagnostica “incontinencia urinaria” y el folio 11 en el que se advierte que el paciente no controla esfínteres.

[120] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud –

SGSSS y se dictan otras disposiciones”.

[121] Folio 33.

[122] Ver folios 29 a 33.

[123] El niño Emmanuel Aguirre Obando nació el 16 de noviembre de 2015, según se acredita en la copia del Registro Civil de Nacimiento anexo a la tutela, obrante en el folio 30.

[124] Folios 9 a 11.

[126] Folio 4.

[127] Ver. Folios 5 y 6.

[128] Folio 4.

[129] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[130] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[131] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

[132] Ver sentencia T-296 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[133] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.