

T-636-14

Sentencia T-636/14

(Bogotá, D.C., septiembre 4)

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

En el primero, la carencia actual de objeto surge cuando se satisface completamente la pretensión de la tutela entre el momento de interposición de la acción y el momento del fallo. Mientras que en el segundo evento, tiene lugar cuando la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales alegados ya ha generado el perjuicio que se buscaba evitar mediante la acción de tutela. De acuerdo a la finalidad preventiva más no indemnizatoria de la acción de tutela, en dichos eventos cualquier orden judicial resultaría inocua, pues no sería posible impedir la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la carencia actual de objeto por hecho superado o daño consumado no impide al juez de tutela pronunciarse de fondo sobre el caso bajo estudio, salvo que se trate del acaecimiento de un daño consumado previo a la presentación de la acción de tutela, caso en el cual resultaría improcedente.

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

La noción de salud tiene una doble connotación, como servicio público y como derecho, siendo ambos enfoques dependientes el uno del otro. El servicio público de salud constituye la estrategia estatal encaminada a la realización del derecho subjetivo. Por lo cual, la salud como servicio público está a cargo del Estado y éste es quien tiene la obligación de organizar, dirigir, reglamentar y establecer las políticas públicas tendientes a que las personas privadas y las entidades estatales de los diferentes órdenes, presten el servicio para que el derecho sea progresivamente realizable.

DERECHO A LA SALUD-Calidad, oportunidad y la integralidad en la prestación del servicio

La prestación de servicio a la salud se debe suministrarse en condiciones de integralidad, por lo cual se debe garantizar a los usuarios del sistema, una atención que implica la prestación con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los afiliados tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud.

ACCESO A SERVICIOS MEDICOS NO CONTEMPLADOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Presupuestos jurisprudenciales

La jurisprudencia constitucional ha fijado ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, como son: (i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, (ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, (iv) la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida digna e integridad del paciente.

DERECHO AL SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Protección

Tratándose de los pañales desechables, esta Corporación ha establecido que existen situaciones concretas bajo las cuales una entidad promotora de salud debe garantizar el suministro de los mismos a sus usuarios, para efectos de garantizar el goce efectivo de su derecho a la salud y la vida en condiciones de dignidad, pues si bien se trata de servicios excluidos del POS, las especiales circunstancias de ciertos pacientes, cuya vida en

condiciones de dignidad depende de la autorización de dicho insumo, ha sido protegido por la jurisprudencia constitucional.

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional

En aplicación del principio de igualdad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las autoridades judiciales están obligadas a resolver casos iguales, aplicando las mismas reglas jurídicas, a menos que el operador judicial justifique de manera razonable y suficiente, los motivos por los cuales se aparta del precedente.

El Acuerdo 260 de 2004 estableció la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, considerando que las primeras “tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso”, mientras que los segundos “son los aportes en dinero que corresponden a una parte del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”. Así mismo, determinó que las cuotas moderadoras serán aplicadas a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios, diferente a los copagos que serán predicados única y exclusivamente respecto de los afiliados beneficiarios. No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados al régimen subsidiado en salud que hacen parte del nivel 1 del Sisben”. Regla, que fue extendida por el Acuerdo 0365 de 2007 del CNSSS a sectores especialmente protegidos de la población, como la población infantil abandonada, la indigente, la desplazada, indígena, desmovilizada, de la tercera edad y la población rural y migratoria.

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-No fue aplicado el precedente fijado por esta Corporación como órgano de cierre en lo atinente al alcance del derecho a la salud, ni se apartaron del precedente justificando de forma razonable y suficiente su decisión

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-Orden a Juzgado volver a proferir fallo aplicando el precedente fijado por esta Corporación en lo atinente al alcance del derecho a la salud en el suministro de pañales

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a Eps suministrar pañales desechables, pañitos, visitas médicas y servicio de enfermería domiciliaria de manera provisional

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Exonerar de los copagos que la EPS pueda cobrar por concepto del tratamiento de la enfermedad, al haberse acreditado la falta de capacidad económica del accionante

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento de la persona en nombre de quien se interpuso la tutela

Referencia: Expedientes T-4.331.558, T-4.331.586, T-4.347.678, T-4.362.622 y T-4.364.516.

Fallos de tutela objeto revisión: T-4.331.558 Sentencia del Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali del 13 de febrero de 2014 que negó el amparo constitucional. T- 4.331.586 Sentencia del Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira del 19 de febrero de 2014 que declaró improcedente el amparo constitucional. T-4.347.678 Sentencia del Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín del 13 de febrero de 2014 que confirmó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín que concedió el amparo solicitado. T-4.362.622 Sentencia del Juzgado Único Laboral del Circuito de Pitalito del 29 de octubre de 2013 que concedió el amparo tutelar. T-4.364.516 Sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali del 18 de octubre de 2013 que negó por improcedente el amparo tutelar.

Accionantes: T-4.331.558 José Antonio Castillo Landazuri como agente oficioso de Ruberta Landazuri de Agudelo. T- 4.331.586 Yilmar Vásquez Arguelles como agente oficioso de Jaime Alexis Vásquez Azcárate. T- 4.347.678 Guillermo Arturo Vidales como agente oficioso de Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales. T-4.362.622 Guillermo Medina Díaz como agente oficioso de Duverney Medina Invachy. T-4.364.516 Carlos Enrique Montes Díaz como agente oficioso de Nydia Lucía Díaz de Hernández.

Accionados: T-4.331.558 Emssanar EPS. T- 4.331.586 Coomeva EPS S.A. T- 4.347.678 EPS Sura. T-4.362.622 EPS-S Comfamiliar del Huila y Secretaría Departamental de Salud del Huila. T-4.364.516 Nueva EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos y pretensiones en los expedientes T-4.331.558[1], T-4.331.586[2], T-4.347.678[3], T-4.362.622[4] y T-4.364.516[5].

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. T-4.331.558 salud en conexidad con el derecho a la vida. T-4.331.586 vida, salud, seguridad social y dignidad humana. T-4.347.678 salud, seguridad social, mínimo vital, dignidad humana e igualdad. T-4.362.622 salud y vida digna. T-4.364.516 salud, vida digna, igualdad, protección especial a las personas de la tercera edad y al libre desarrollo de la personalidad.

1.1.2. Conductas que causan la vulneración: T-4.331.558 la negativa por parte de la entidad accionada de suministrar y autorizar a favor de la accionante los pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermera domiciliaria, alimentos y vitaminas bajo el argumento de ser servicios no POS, y de no existir orden médica que los prescriba. T-4.331.586 la negativa por parte de la entidad accionada de suministrar al accionante los pañales desechables talla M argumentando que no corresponde a la talla ordenada en una acción de tutela anterior. T-4.347.678 la negativa de la EPS accionada de autorizar y suministrar a favor de la agenciada los procedimientos y medicamentos requeridos, así como brindar tratamiento integral a la patología que padece. T-4.362.622 la negativa de la entidad accionada de autorizar a favor del agenciado el suministro de la silla de ruedas y pañales desechables, además de brindarle tratamiento integral. T-4.364.516 la negativa de la EPS accionada de suministrar a favor de la agenciada los pañales desechables, crema para la piel, alimento y crema para pañales requeridos.

1.1.3. Pretensiones: T-4.331.558 ordenar a la EPS accionada autorizar y suministrar los pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermera domiciliaria, alimentos

y vitaminas requeridos por la accionante; y la exoneración de cuotas moderadoras y copagos. T-4.331.586 ordenar a la EPS accionada el suministro de los pañales desechables requeridos por el accionante; y brindar tratamiento integral a la patología que él presenta, autorizando todos los procedimientos, insumos y medicamentos a favor del mismo, teniendo en cuenta las variaciones de las órdenes expedidas por el médico tratante. T-4.347.678 ordenar a la EPS accionada autorizar todos los procedimientos y medicamentos POS y no POS requeridos por la agenciada de manera oportuna, y brindar tratamiento integral a la patología que padece la señora. T-4.362.622 ordenar a la EPS accionada autorizar y suministrar la silla de ruedas y pañales desechables a favor del agenciado, y brindar tratamiento integral a la patología del señor Medina Ivanchy. T-4.364.516 ordenar a la EPS accionada suministrar los pañales desechables marca TENA SLIP TALLA M, crema para la piel LUBRIDERM, alimento ENSOY y crema para pañales ALMIPRO, requeridos por la agenciada.

A. Demanda de tutela T-4.331.558:

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El señor José Antonio Castillo Landazuri actuó en calidad de agente oficioso de su abuela Ruberta Landazuri de Agudelo de 102 años de edad[6].

1.2.2. Debido a su edad avanzada, la señora Landazuri de Agudelo padece quebrantos en su visión y movilidad[7].

1.2.3. El 30 de diciembre de 2013 la agenciada fue intervenida quirúrgicamente debido a la endoftalmitis purulenta que le diagnosticaron. No obstante, al momento de su salida le fue cobrado el copago correspondiente, que a juicio del agente oficioso no debía ser asumido por una persona afiliada al nivel 1 del Sisben[8].

1.2.4. Aseguró el accionante que en virtud del estado de postración en que se encuentra la señora Ruberta Landazuri de Agudelo, es necesario el suministro de pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermería domiciliaria, alimentos y vitaminas[9].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[10].

En segundo lugar, aseguró que efectivamente la señora Ruberta Landazuri de Agudelo se

encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud, clasificada en nivel 2 de SISBEN por parte del Departamento Nacional de Planeación desde el año 2000.

Manifestó que los insumos de higiene personal como son los solicitados por el accionante, hacen parte de la canasta familiar cuya adquisición depende de la capacidad económica del núcleo familiar, más no del sector de la salud. Así mismo, argumentó su negativa en que no existe orden médica que prescriba los insumos solicitados, además de encontrarse expresamente excluidos del POS.

Finalmente, consideró que los servicios de salud exentos del cobro de copagos, se encuentran establecidos de manera taxativa en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, y que de esta forma la EPS no es competente para autorizarlos.

Así las cosas, solicitó ser exonerado de responsabilidad por falta de vulneración de los derechos fundamentales de la señora Landazuri de Agudelo; ordenar a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca que asuma las prestaciones del servicio de salud que no se encuentren incluidas en el POS, pues es esta entidad la que se encuentra facultada para dicho fin; y oficiar al Departamento Nacional de Planeación para que realice el estudio de capacidad de pago de la señora y determinar el nivel de Sisben al que pertenece.

1.4. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia del Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali, del 13 de febrero de 2014[12].

Negó el amparo solicitado y declaró improcedente la solicitud de vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y el Departamento de Planeación Nacional al considerar que actualmente la señora Landazuri de Agudelo se encuentra afiliada a la EPS accionada.

Manifestó que si bien requirió a la accionante para que allegara las órdenes médicas donde constara la necesidad de suministrar los insumos solicitados, la misma no remitió documento alguno. Consideró que no existe prueba de que efectivamente la accionante

haya solicitado ante la entidad accionada los pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermería domiciliaria, alimentos y vitaminas, lo que imposibilita su autorización vía acción de tutela.

De esta forma, aseguró que la EPS accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, pues no existe negación del suministro de los anteriores insumos. Por el contrario, aseguró que autorizar dicho suministro sin que medie una orden médica que los prescriba implica una vulneración al debido proceso de la accionada.

B. Demanda de tutela T-4.331.586.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. El señor Yilmar Vásquez Arguelles se encuentra afiliado como cotizante a Coomeva EPS S.A., al igual que su hijo Jaime Alexis Vásquez Azcárate de 18 años que ostenta la calidad de beneficiario[13].

1.2.2. Jaime Alexis Vásquez Azcárate padece secuelas de encefalopatía hipoxia perinatal, enfermedad que le fue diagnosticada desde su nacimiento que se manifiesta en un retardo psicomotor severo, alteraciones de tono y control muscular, neumonía y deficiencia en el manejo de control de esfínteres[14].

1.2.3. El 19 de septiembre de 2012 el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Palmira ordenó a Coomeva EPS suministrar los pañales desechables talla S requeridos por Jaime Alexis Vásquez Azcárate, hasta que no fuera modificada la orden médica[15].

1.2.4. Además de ratificar la patología que padece Jaime Alexis Vásquez Azcárate, el 16 de septiembre de 2013 Coomeva EPS certificó una discapacidad laboral del 82%[16].

1.2.5. El accionante solicitó ante la EPS accionada el suministro de pañales desechables talla M, pues Jaime Alexis continua creciendo. Sin embargo, en el mes de diciembre de 2013 de manera verbal, la EPS negó el suministro bajo el argumento que la orden proferida por el juez de tutela se refirió a pañales desechables talla S y no talla M[17].

1.2.6. El 20 de enero de 2014 la doctora María Lourdes Rangel ordenó el suministro de pañales desechables talla M requeridos por el accionante[18].

1.3. Respuesta de las entidades accionadas[19].

1.3.1. Coomeva EPS[20]: Confirmó que el señor Jaime Alexis Vásquez Azcárate se encuentra afiliado a Coomeva EPS en calidad de beneficiario, con 694 semanas cotizadas, rango salarial tipo 2 y un ingreso base de cotización de grupo familiar de \$1.302.000 pesos.

Señaló que la entidad ha puesto a disposición del accionante los exámenes, medicamentos y procedimientos requeridos, pero que los insumos de aseo personal como los pañales desechables deben ser suministrados por los hijos o familiares del paciente, pues se trata de implementos suntuarios que no mejoran la salud de la persona ni hace parte de una prescripción médica.

Manifestó que autorizar y suministrar este tipo de insumos es “dar un manejo indebido a los recursos que tiene destinado el Estado y las aseguradoras para el suministro de aquellos servicios que si implican un mejoramiento en la salud de los usuarios”.

Así mismo, aseguró que no existe conexidad entre los implementos solicitados y la patología del paciente y que la aplicación diferente de los recursos destinados para el cubrimiento de servicios de salud, constituye un delito castigado en Colombia.

De esta forma, solicitó que no se tutelaran los derechos del accionante y que en caso de un fallo adverso se autorice el recobro por el 100% del costo de los servicios pretendidos por el accionante ante el FOSYGA.

1.3.2. Superintendencia de Salud[21]: El 24 de febrero de 2014, de manera extemporánea, la entidad allegó escrito de contestación a la presente acción de tutela. Solicitó ser desvinculada del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues como organismo encargado de la inspección, vigilancia y control del sector salud no es competente para autorizar o suministrar pañales desechables y demás insumos requeridos como parte del tratamiento integral.

Aseguró que los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, por lo que en principio la EPS no está en la obligación de asumir su cobertura, requiriendo el concepto del Comité Técnico Científico de la entidad.

Por otro lado, argumentó que para el reconocimiento del tratamiento integral, es necesario que las autorizaciones se encuentren sustentadas en órdenes emitidas por el médico tratante, además de hacer alusión a la regulación referente al trámite de autorización y posterior suministro de pañales desechables.

1.3.3. Ministerio de Salud[22]: El 28 de febrero de 2014, estando por fuera del término establecido para dicho fin, el Ministerio de Salud remitió escrito de contestación, solicitando negar el amparo solicitado pues los insumos requeridos se encuentran expresamente excluidos del POS y abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la facultad de recobro ante el FOSYGA para que la EPS utilice los medios legales y administrativos previamente establecidos.

Aseguró que los copagos solo se aplican a los beneficiarios y no al cotizante, pues tienen el objeto de ayudar al financiamiento del sistema. Mientras que las cuotas moderadoras son aplicadas tanto a beneficiarios como a cotizantes pues su objeto es regular la utilización del servicio de salud, por tanto es necesario verificar cuáles servicios se encuentran excluidos del pago de las mismas.

Respecto del tratamiento integral, consideró que la pretensión es bastante genérica y que la acción de tutela no puede estar encaminada a proteger derechos a futuro.

No obstante, solicitó en caso de prosperar la acción, ordenar a la EPS la adecuada prestación del servicio de salud al afiliado, tanto en servicios POS como NO POS.

1.4.1. Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, del 19 de febrero de 2014[23].

Negó por improcedente el amparo deprecado, al considerar que no se acreditó el requisito de subsidiariedad.

Aseguró que se trata de la misma afectación que dio origen a la acción de tutela anterior y que sin importar lo establecido en el condicionamiento del numeral segundo de dicha sentencia, el cambio de talla de S a M no implica que la orden médica haya sido modificada, pues se trata de una consecuencia normal del desarrollo físico del paciente. De esta forma, consideró que tras el incumplimiento de una orden dictada en sede de tutela, la vía

adecuada para su cumplimiento no es una nueva tutela sino el incidente de desacato.

Así mismo, expuso lo establecido por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 sobre el cumplimiento del fallo de tutela y ordenó instruir al accionante sobre los alcances del incidente de desacato y la autoridad ante la que procede, para que adopte la decisión más conveniente respecto a lo reclamado.

C. Demanda de tutela T-4.347.678.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. El señor Guillermo Arturo Vidales interpuso acción de tutela en calidad de agente oficioso de su esposa Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales, quien actualmente cuenta con 58 años de edad y padece carcinoma metastásico de pulmón y columna, es oxigenodependiente y se encuentra totalmente inmóvil[24].

1.2.2. La agenciada se encuentra afiliada como beneficiaria al régimen contributivo en salud, a través de la EPS Sura[25].

1.2.3. Mediante fallo de tutela, el Juez 37 Penal Municipal de Medellín ordenó a la EPS accionada, autorizar el servicio de ambulancia desde el lugar de residencia de la señora Bermúdez de Vidales hasta la IPS Clínica del Poblado de la misma ciudad con el fin de recibir tratamiento con radioterapia. Así mismo, aseguró que en dicha oportunidad no fue solicitado el tratamiento integral requerido por la agenciada.

1.2.4. De igual forma, el accionante manifestó que la EPS accionada, ha dilatado de manera injustificada la entrega de medicamentos y la autorización de procedimientos, exámenes, etc[26].

1.2.5. Solicitó decretar como medida provisional, la autorización del tratamiento integral a la señora Bermúdez de Vidales, y practicar de manera prioritaria los procedimientos de medicina del dolor y neurocirugía[27].

1.2.6. El 19 de diciembre de 2014, mediante declaración rendida por el accionante ante el juez de primera instancia, éste manifestó que la EPS accionada no ha negado los servicios médicos, sino que ha dilatado de manera injustificada el proceso para su autorización; de

igual forma, aseguró ser pensionado con el salario mínimo razón por la cual no cuenta con los recursos económicos necesarios para hacerse cargo de los insumos requeridos por su esposa. Finalmente, solicitó el suministro de pañales desechables marca TENA SLIP talla L[28].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[29].

1.3.1. EPS Sura[30]: Solicitó negar por improcedente la presente acción, por no existir negaciones de la entidad de servicios médicos solicitados por el accionante, de hecho aseguró que ha sido diligente en la autorización de los servicios requeridos por la agenciada.

Aseguró que la señora Bermúdez de Vidales se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 30 de marzo de 2001 y su estado de afiliación se encuentra en “tiene derecho a cobertura integral”, es decir que tiene acceso a los servicios POS y para los no POS la posibilidad de ser estudiados por el Comité Técnico Científico de la entidad.

Finalmente, adjuntó el historial de autorizaciones de los servicios médicos debidamente solicitados por el accionante[31].

1.4. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, del 30 de diciembre de 2013[32].

Concedió el amparo solicitado, ordenando brindar el tratamiento integral, suministro de los insumos requeridos y autorización de los procedimientos y medicamentos. Además exoneró de copagos y cuotas moderadoras, permitiéndole a la accionada realizar el recobro ante el FOSYGA.

Respecto a la solicitud de suministro de pañales desechables, aseguró que los mismos se encuentran excluidos del POS salvo que se trate de una afectación que vulnere o amenace el goce efectivo del derecho a la salud y a la dignidad humana, lo cual ocurre en el presente caso pues de acuerdo a la patología que padece la agenciada, la misma se encuentra en estado de postración, además de no controlar esfínteres. Así mismo, los insumos requeridos no pueden ser reemplazados por otro incluido en el POS, no cuentan con los recursos

económicos para asumirlos, y acreditó la necesidad del suministro.

1.4.2. Impugnación[33].

El 13 de enero de 2014, la EPS accionada allegó escrito de impugnación, solicitando al juez de segunda instancia revocar parcialmente la decisión adoptada en cuanto al suministro de pañales desechables y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Consideró que el juez no tuvo en cuenta que la solicitud de suministro de pañales se realizó vía telefónica, impidiéndole a la entidad tener conocimiento de la misma, así como de la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, debido a que los insumos requeridos, al ser de aseo personal, debían ser asumidos por el accionante o sus familiares y que la finalidad de los copagos es ayudar con la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud.

1.4.3. Sentencia de Segunda Instancia del Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, del 13 de febrero de 2014[34].

Revocó el numeral 2º de la sentencia proferida por el juez de primera instancia, que ordenó el suministro inmediato de los pañales desechables, y confirmó el resto del fallo.

Consideró que el reconocimiento del tratamiento integral debe ir acompañado de indicaciones que hagan determinable la orden, ya que no es posible dictar órdenes indeterminadas. De esta forma, precisó que el reconocimiento del tratamiento integral se supeditará a las prescripciones médicas.

Aseguró que en el presente caso procede la exoneración de copagos y cuotas moderadoras al tratarse de una enfermedad catastrófica o ruinosa, expresamente contemplada por el artículo 7º del Decreto 30 de 1996.

En cuanto a los pañales desechables, confirmó que los mismos no hacen parte de las pretensiones consignadas en el escrito de tutela, por lo tanto no corresponde al juez de tutela ordenar el suministro cuando no existe prescripción médica que compruebe su pertinencia.

D. Demanda de tutela T-4.362.622:

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El señor Guillermo Medina Díaz actuó en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Invachy de 23 años, quien desde su nacimiento padece parálisis cerebral infantil y retraso mental severo[35].

1.2.2. El agenciado se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud[36].

1.2.3. En virtud de la patología que presenta el agenciado, el Doctor Fernando Echeverry, especialista en ortopedia ordenó el suministro de silla de ruedas y manejo por rehabilitación[37].

1.2.4. Aseguró el accionante que la EPS accionada se ha negado a suministrar la silla de ruedas, los pañales desechables y el manejo por rehabilitación requerido por su hijo[38].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[39].

1.3.1. EPS-S Comfamiliar del Huila[40]: Solicitó declarar improcedente la presente acción teniendo en cuenta que no obra prueba de que el accionante haya solicitado los insumos requeridos ante la entidad, además de que la acción de tutela no fue concebida para el reconocimiento de prestaciones económicas, y porque existen precedentes que reconocen la necesidad de agotar un trámite previo ante la Superintendencia de Salud, antes de recurrir al amparo constitucional.

Consideró que la entidad ha garantizado los servicios ordenados por los médicos tratantes, y que en este caso los servicios son prescritos por un médico particular no adscrito a la red de la entidad.

Aseguró que tanto la silla de ruedas como los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, siendo responsabilidad de la Secretaría Departamental de Salud del Huila su suministro, de acuerdo a la Resolución 5334 de 2008.

1.3.2. Secretaría Departamental de Salud del Huila[41]: Manifestó que el agenciado se encuentra afiliado en estado activo al régimen subsidiado en salud a través de la EPS accionada, por lo tanto dicha entidad se encuentra obligada a garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por el afiliado. Además de realizar un recuento

jurisprudencial donde la Corte Constitucional ha tutelado los derechos de los afiliados y ordenado a las EPS cumplir con sus obligaciones.

De esta manera, solicitó ser exonerado de responsabilidad y en su lugar ordenar a la EPS accionada cumplir con los servicios de salud solicitados por el accionante de manera integral y oportuna.

1.4. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia del Juzgado Único Laboral del Circuito de Pitalito del 29 de octubre de 2013[42].

Concedió el amparo de los derechos a la salud y a la vida digna del agenciado, al considerar que la falta de suministro de la silla de ruedas amenaza la vida digna del mismo, teniendo en cuenta que este insumo se encuentra ordenado por el médico tratante y es afiliado al régimen subsidiado nivel 1, lo que indica su incapacidad de pago.

En cuanto al suministro de pañales desechables, consideró no ser procedente por no haber sido ordenados por un médico adscrito. Adicionalmente, aseguró que no existe prueba de que la entidad accionada haya negado la solicitud de manejo por rehabilitación además de no ser lo suficientemente específica.

Así mismo, autorizó a la EPS para realizar el recobro ante la entidad territorial correspondiente, a la vez que ordenó realizar los trámites necesarios para la autorización y entrega de la silla de ruedas requerida. Finalmente, desvinculó a la Secretaría Departamental de Salud del Huila.

E. Demanda de tutela T-4.364.516:

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El señor Carlos Enrique Montes Díaz actúa como agente oficioso de su madre Nydia Lucía Díaz de Hernández de 85 años de edad, quien se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud[43].

1.2.2. El 4 de marzo de 2013, la agenciada fue diagnosticada con “artrosis degenerativa enf

coronarias ins mitral moderada DM Toure cerebral meningioma daño cornea ida”[44].

1.2.3. Aseguró el accionante que después de una intervención quirúrgica, su madre presenta hemiparesia izquierda con compromiso de control de esfínteres mixto[45].

1.2.4. El 11 de abril de 2013, el especialista manifestó que la agenciada presenta antecedente de amigdalotomía, catarata, valvulotomía, cesáreas, histerectomía, apendicetomía, tumoración trocánter mayor, columna lumbar y por tumoración cráneo-cervical[46].

1.2.5. El 17 de septiembre de 2013 el médico tratante ordenó el uso de pañales desechables de manera permanente, debido a la incontinencia urinaria, secuela del cuadro de lesión cerebral que presentó la agenciada[47].

1.3. Respuesta de la entidad accionada[48].

1.3.1. Nueva EPS S.A.[49]: Solicitó negar la presente acción por falta de vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada.

Consideró que en ningún momento la entidad se ha negado a suministrar los servicios alegados por la agenciada. No obstante, manifestó que los pañales desechables y la crema Lubriderm, son insumos excluidos expresamente del POS, lo que de acuerdo a la normatividad vigente no deben ser suministrados por las EPS ni aprobados por el Comité Técnico Científico, pues son productos de la canasta familiar cuya falta de suministro no compromete la vida del paciente.

Del mismo modo, aseguró que la entidad no tiene conocimiento de orden médica que determine la pertinencia del suministro de los insumos solicitados por el accionante.

1.3.2. Ministerio de Salud y la Protección Social[50]: Consideró que los insumos solicitados se encuentran excluidos expresamente del POS, por lo tanto la orden médica donde se encuentran prescritos debe someterse al concepto del Comité Técnico Científico de la EPS.

Respecto al tratamiento integral, manifestó que es una pretensión muy genérica por lo que se hace necesario que el médico y paciente precise cada una de las prestaciones

requeridas, con el fin de que en cada caso la entidad defina si la misma hace parte del POS. Esto, en el entendido que la acción de tutela no puede pretender proteger derechos a futuro.

Así mismo, aseguró que el juez debe abstenerse de autorizar el recobro ante el FOSYGA, pues de lo contrario vulneraría el principio de legalidad del gasto público.

Así las cosas, solicitó conceder el amparo y ordenar a la EPS accionada garantizar la prestación de los servicios POS y NO POS requeridos por la agenciada.

1.4. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.4.1. Sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali del 18 de octubre de 2013[51].

Negó por improcedente el amparo solicitado, teniendo en cuenta que no existe orden proferida por médico adscrito a la red de la entidad donde prescriba los insumos solicitados. Así mismo, consideró que el interesado debe agotar la vía en procura de obtener la autorización del servicio pues constituye requisito indispensable para determinar la vulneración del derecho.

2. Actuación de la Corte en sede de revisión.

2.1. En cuanto a la acción de tutela T-4.331.558 interpuesta por José Antonio Castillo Landazuri, mediante auto del 22 de julio de 2014, se requirió a Emssanar EPS, con el fin de que remitiera concepto médico emitido por el médico tratante para que explicara de forma detallada el estado de salud de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo, y la necesidad del suministro de pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermería domiciliaria, alimentos y vitaminas.

El 1 de agosto de 2014, Emssanar EPS-S manifestó que ha prestado a cabalidad todos los servicios médicos requeridos por la señora Landazuri de Agudelo. Así mismo, con el fin de verificar las condiciones de salud de la agenciada, emitió autorización de valoración por visita domiciliaria.

Mediante escrito del 11 de agosto de 2014, la entidad accionada informó que en repetidas

oportunidades fue realizada la visita domiciliaria con el fin de constatar el estado de salud de la señora Landazuri de Agudelo, no obstante la médica encargada manifestó que “no dejan realizar consulta refiriendo que no tienen la paciente lista”.

2.2. Así mismo, mediante comunicación telefónica el 3 de julio de 2014, el señor José Antonio Castillo Landazuri, manifestó que debido a la edad avanzada de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo, la misma se encuentra en un estado de postración en el que le es imposible valerse por sí misma y requiere cuidados permanentes.

Aseguró que si bien la agenciada se encuentra acompañada por sus familiares quienes le brindan los cuidados necesarios, estos deben trabajar, lo que no les permite un acompañamiento permanente.

Finalmente, afirmó el accionante que no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de pañales desechables, pañitos, asistencia médica y servicio de enfermería domiciliaria, requeridos por la señora Landazuri de Agudelo.

2.3. Respecto al caso T-4.331.586, a través de auto del 22 de julio de 2014, esta Sala solicitó al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Control de Garantías Constitucionales de Descongestión de Palmira, informar si el señor Yilmar Vásquez Arguelles inició incidente de desacato respecto de la sentencia T-018 de 2012 proferida por dicho despacho, y en caso de ser afirmativa la respuesta aportar los documentos referentes a dicho proceso.

Si bien el Juzgado requerido no emitió respuesta alguna, mediante comunicación telefónica el 23 de julio de 2014 dicho despacho informó que el 26 de febrero de 2014 el señor Yilmar Vásquez Arguelles inició incidente de desacato respecto de la sentencia T-018 de 2012, así mismo afirmó que el 12 de marzo el accionante allegó escrito en el que manifiesta que la entidad accionada ha venido atendiendo al suministro de los pañales requeridos de manera satisfactoria, por lo que solicitó el archivo del incidente. De esta forma, el 23 de abril de 2014 el Juzgado procedió a su archivo.

2.4. Respecto a la acción de tutela T-4.347.678, con el fin de verificar el estado de afiliación de la señora Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales, esta Sala evidenció que la agenciada aparece como “AFILIADO FALLECIDO”. De esta forma, mediante comunicación telefónica el 15 de julio de 2014 a las 2:38 p.m., la señora Sandra Vidales, hija de la

agenciada confirmó que la señora Elisabeth del Socorro falleció el 6 de marzo de 2014 a raíz de su enfermedad.

2.5. En cuanto a la acción interpuesta por el señor Guillermo Medina Díaz en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Ivanchy, en el trámite de verificación del estado de afiliación del mismo, esta Sala encontró que el agenciado figura como “AFILIADO FALLECIDO”. Sin embargo, fue imposible establecer comunicación con el señor Medina Díaz.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[52].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Los accionantes solicitaron la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social, el mínimo vital, la igualdad, la vida digna, la protección especial a las personas de la tercera edad y al libre desarrollo de la personalidad.

2.2. Legitimación activa: El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando su titular no se encuentre en capacidad de actuar en nombre propio y quien actúe manifieste la calidad en la que lo hace. Circunstancias que en las presentes acciones se encuentran acreditadas, como se verá a continuación.

2.2.1. T-4.331.558 demanda interpuesta por el señor José Antonio Castillo Landazuri en calidad de agente oficioso de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo, quien es una persona de 102 años que padece diferentes quebrantos de salud.

2.2.2. T-4.331.586 fue interpuesta por Yilmar Vásquez Arguelles como agente oficioso de su hijo Jaime Alexis Vásquez Azcárate quien por encontrarse en estado de discapacidad no puede actuar en nombre propio.

2.2.3. T-4.347.678 interpuesta por Guillermo Arturo Vidales como agente oficioso de su esposa Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales quien por encontrarse en estado de discapacidad no puede actuar en nombre propio.

2.2.4. T-4.362.622 el señor Guillermo Medina Díaz actúa en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Ivanchy, quien también se encuentra en condición de discapacidad.

2.2.5. T-4.364.516 el señor Carlos Enrique Montes Díaz actúa como agente oficioso de su madre Nydia Lucia Díaz de Hernández de 85 años.

2.4. Inmediatez. Si bien, el artículo 86 Superior, no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en virtud de las particularidades de cada caso en concreto debe existir un período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción[53]. Lo anterior, debido a la finalidad de protección inmediata de derechos fundamentales.

2.4.1. Respecto al caso del señor Castillo Landazuri quien actúa en calidad de agente oficioso de su abuela Ruberta Landazuri de Agudelo, la acción de tutela en contra de Emssanar EPS fue interpuesta el 30 de enero de 2014, ante la necesidad de suministro de pañales desechables y demás utensilios requeridos por la agenciada tras el procedimiento quirúrgico que le fue practicado el 30 de diciembre de 2013. (Exp.T-4.331.558)

2.4.2. En el caso del señor Yilmar Vásquez Arguelles, quien actúa como agente oficioso de su hijo Jaime Alexis Vásquez Azcárate, este interpuso la acción de tutela en contra de Coomeva EPS el 11 de febrero de 2014, en virtud de la negativa de suministro de los pañales desechables requeridos por el accionante en el mes de diciembre de 2013. (Exp.T-4.331.586)

2.4.3. En el caso de la señora Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales, la acción de tutela fue interpuesta por su esposo en calidad de agente oficioso el 18 de diciembre de 2013, en cuanto la entidad accionada ha dilatado de manera injustificada la autorización y suministro de los procedimientos y medicamentos requeridos por la agenciada. En el escrito de tutela, el accionante aporta una serie de órdenes médicas con fecha del mes de diciembre

de 2013, que asegura no haber sido atendidas por la EPS. (Exp.T-4.347.678)

2.4.4. Respecto a la acción interpuesta por el señor Guillermo Medina Díaz en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Ivanchy el 15 de octubre de 2013 en contra de la EPS a la que se encuentra afiliado y la Secretaría Departamental de Salud del Huila, ante la omisión de la entidad de suministrar a favor del agenciado los pañales desechables y la silla de ruedas ordenada por el médico tratante en los meses de julio y septiembre del 2013. (Exp.T-4.362.622)

2.4.5. El señor Carlos Enrique Montes Díaz interpuso acción de tutela el 3 de octubre de 2013 al considerar vulnerados los derechos fundamentales de su madre Nydia Lucía Díaz de Hernández de 85 años de edad, tras la omisión de la EPS de suministrar los pañales desechables, crema para la piel, alimento y crema para pañales requeridos por la agenciada, teniendo en cuenta la orden proferida por el médico tratante el 17 de septiembre del 2013. (Exp. T-4.364.516)

Acorde con lo anterior, la Sala considera que el requisito de inmediatez en todos los casos se encuentra superado.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos eventos en que dicha acción resultará procedente aun cuando exista otra vía, a saber: “(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”[54].

Aun cuando esta Sala en ocasiones anteriores y ante casos semejantes ha analizado el requisito de subsidiaridad a la luz del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, que a través de la Ley 1438 de 2011 agilizó el procedimiento y se

ampliaron las competencias jurisdiccionales de esta entidad; en el caso concreto, se concluirá que no existe otro mecanismo judicial eficaz e idóneo para la protección de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de los accionantes, razón por la cual procede la acción de tutela.

Lo anterior, porque no se ha podido verificar la idoneidad del mecanismo jurisdiccional, toda vez que no se ha reglamentado el procedimiento preferente y sumario que consagra esta última ley en su artículo 126, y en el caso de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, no es del todo clara la competencia de la Superintendencia para resolver estos conflictos.

Por lo tanto, en desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política, el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, por lo cual, como en el caso concreto no se logró comprobar la idoneidad del mecanismo judicial previsto en la Ley 1438 de 2011, esta Sala opta por realizar el mandato de efectividad del derecho fundamental a la salud de varios un menor de edad y varias personas en situación de vulnerabilidad por su estado de salud.

2.5.1. En el caso de Jaime Alexis Vásquez Azcárate, la acción de tutela resulta improcedente pues la presente acción se fundamenta en el incumplimiento de la orden proferida por el juez de tutela en pronunciamiento anterior, razón por la cual el mecanismo idóneo para proteger los derechos del agenciado resulta ser el incidente de desacato.

En dicha oportunidad el accionante solicitó el amparo de los derechos de su hijo, quien se encuentra en situación de discapacidad tras la negativa de la EPS accionada de suministrar los pañales desechables requeridos por el agenciado; al confirmar la vulneración el juez ordenó el suministro de dicho insumo, advirtiéndole a la entidad de no incurrir en omisiones de esta índole en el futuro, pues constituye una clara vulneración a los derechos fundamentales del actor.

Teniendo en cuenta la información suministrada telefónicamente por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Control de Garantías Constitucionales de Descongestión de Palmira, despacho que tuvo conocimiento de la acción de tutela interpuesta por el accionante hace 2 años; el accionante inició incidente de desacato de la referida providencia el 26 de febrero de 2014, así mismo manifestó que presentó escrito el 12 de marzo de 2014 a través del

cual el actor aseguró que la entidad ha venido suministrado los pañales requeridos, además de solicitar el archivo del trámite. De esta forma, el 23 de abril de 2014, el referido despacho procedió a archivar el incidente.

Así las cosas, este medio resultó ser tan idóneo y eficaz que el accionante hizo uso del mismo, siendo acogida su pretensión.

2.5.2. En los otros casos (i) Ruberta Landazuri de Agudelo[55], (ii) Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales[56] (iii) Duverney Medina Ivanchy[57] y (iv) Nydia Lucía Díaz de Hernández[58]; la acción de tutela resulta procedente por tratarse de sujetos de especial protección constitucional.

3. Problema jurídico.

Le corresponde a la Sala determinar si:

3.1. ¿Las entidades promotoras de salud accionadas vulneran los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital, igualdad, vida digna, protección especial a las personas de la tercera edad y al libre desarrollo de la personalidad de los pacientes, al negarse a suministrar insumos médicos que requieren con necesidad y por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud, tratándose de personas de especial protección constitucional?

3.2. Por otro lado, de acuerdo al precedente fijado por esta Corporación en reiteradas oportunidades respecto al suministro de pañales desechables para personas que lo requieran con urgencia, es necesario establecer si a la luz de dicha jurisprudencia pacífica y reiterada, los jueces de instancia en el caso concreto asumieron la carga argumentativa razonable y suficiente para apartarse del precedente constitucional, para efectos de que, tal como lo consagró la sentencia T-752 de 2012, se falle de fondo los casos sometidos a revisión o, se dejen sin efectos por no seguir el precedente constitucional.

4. Carencia actual de objeto por daño consumado.

El fenómeno de la carencia actual de objeto se presenta cuando “la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío[59].” Particularmente, se presenta en dos eventos: el hecho superado y

el daño consumado.

En el primero, la carencia actual de objeto surge cuando se satisface completamente la pretensión de la tutela entre el momento de interposición de la acción y el momento del fallo. Mientras que en el segundo evento, tiene lugar cuando la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales alegados ya ha generado el perjuicio que se buscaba evitar mediante la acción de tutela. De acuerdo a la finalidad preventiva más no indemnizatoria de la acción de tutela, en dichos eventos cualquier orden judicial resultaría inocua, pues no sería posible impedir la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la carencia actual de objeto por hecho superado o daño consumado no impide al juez de tutela pronunciarse de fondo sobre el caso bajo estudio, salvo que se trate del acaecimiento de un daño consumado previo a la presentación de la acción de tutela, caso en el cual resultaría improcedente[60].

4.1. Caso concreto del expediente T-4.347.678 caso de Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales.

Si bien, el juez de primera instancia negó la medida provisional al considerar que no existía negación por parte de la EPS accionada que pusiera en riesgo la vida de la agenciada, procedió a conceder el amparo de los derechos fundamentales de la señora Bermúdez, ordenando a la entidad brindar el tratamiento integral a la afiliada, lo que implica la autorización y suministro de los procedimientos, medicamentos y pañales desechables requeridos por la agenciada, al igual que la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

No obstante, dicha decisión fue impugnada por la entidad y posteriormente revocada de manera parcial por el juez de segunda instancia, quien consideró que la solicitud de pañales desechables no hizo parte de las pretensiones consignadas en el escrito de tutela, además de no contar con prescripción médica que ordenara su suministro.

De acuerdo al precedente sentado por esta Corporación, esta Sala procederá a dejar sin efectos la providencia proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Función de

Conocimiento de Medellín del 13 de febrero de 2014 por desconocimiento del aquel sin justificación alguna, en el entendido de que la señora Bermúdez de Vidales cumplió los requisitos establecidos por la jurisprudencia para el suministro de pañales desechables por parte de la EPS a la que encuentra afiliada, incluso sin orden médica que lo prescriba, pues se trata de una persona cuyo estado de postración no le permite controlar esfínteres, ni valerse por sí misma. De igual forma, manifestó no contar con los recursos económicos suficientes para asumir dichos gastos, situación que en ningún momento fue controvertida por la entidad accionada.

Sin embargo, durante el presente trámite de revisión, esta Sala advirtió el fallecimiento de la agenciada, razón por la cual será declarada la carencia actual de objeto por daño consumado, sin lugar a proferir órdenes adicionales, pues las mismas resultarían inocuas.

4.2. Caso concreto del expediente T-4.362.622 caso de Duverney Medina Invachy.

Guillermo Medina Díaz, en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Invachy quien desde su nacimiento fue diagnosticado con parálisis cerebral infantil y severo retraso mental interpuso acción de tutela en contra de la EPS-S Comfamiliar así como la Secretaría Departamental de Salud del Huila por la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna al negar el suministro de la silla de ruedas, los pañales desechables y el manejo por rehabilitación requeridos por el agenciado.

En esta oportunidad, el juez de instancia concedió el amparo de los derechos invocados por el actor ordenando a la entidad accionada suministrar la silla de ruedas previamente ordenada por el médico tratante, pero negó el suministro de los pañales desechables, bajo el argumento de no existir orden proferida por un médico adscrito a la red de la entidad que los prescriba.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial establecido por esta Corte en materia de suministro de pañales desechables y la condición de discapacidad del señor Medina Invachy, quien no controla esfínteres, requiere de un tercero para realizar cualquier actividad, además de la falta de recursos económicos para asumir dichos insumos, situación que se entiende acreditada en este caso, al no haber sido controvertida por la entidad y estando el actor afiliado al régimen subsidiado en salud, esta Sala procederá a dejar sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Pitalito del 29 de

octubre de 2013, por apartarse del precedente sin justificación.

No obstante, no habrá lugar a proferir orden alguna, debido a que durante el presente trámite de revisión, esta Sala advirtió el fallecimiento del señor Duverney Medina Invachy, razón por la cual procederá a declarar la carencia actual de objeto por daño consumado.

5. Vulneración del derecho a la salud.

La Constitución Política consagra el derecho a la salud en el artículo 49 estableciendo que: “la atención de la 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”.

La noción de salud tiene una doble connotación, como servicio público y como derecho, siendo ambos enfoques dependientes el uno del otro. El servicio público de salud constituye la estrategia estatal encaminada a la realización del derecho subjetivo. Por lo cual, la salud como servicio público está a cargo del Estado y éste es quien tiene la obligación de organizar, dirigir, reglamentar y establecer las políticas públicas tendientes a que las personas privadas y las entidades estatales de los diferentes órdenes, presten el servicio para que el derecho sea progresivamente realizable.

De acuerdo con la Constitución Política y la Ley 100 de 1993 la prestación del servicio de salud debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El carácter de universalidad, señala que el derecho a la salud es accesible a todas las personas sin ningún tipo de distinción, el carácter de eficacia implica que la prestación del servicio de salud debe hacerse de acuerdo a un manejo adecuado de recursos.

En el mismo sentido, los artículos 2, 153 y 156 de la mencionada ley, consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros: la prestación del servicio de calidad, de forma continua, integral y garantizando la libertad de escogencia.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha determinado el alcance del principio de integralidad, en la sentencia T-574 de 2010, así:

“(…) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de

diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento”.[61]

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.[62]

6. Presupuestos jurisprudenciales para acceder a los servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El Acuerdo 029 de 2011 “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, prevé en el artículo 49, las exclusiones del plan de beneficios.

La jurisprudencia constitucional ha fijado ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, como son: (i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, (ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, (iv) la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida

digna e integridad del paciente[63].

En este sentido, el juez constitucional puede aplicar directamente la Constitución Política y ordenar el suministro de una prestación médica excluida expresamente del POS, cuando se verifica:

- “a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;
- c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;
- d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico”[64].

El numeral 14 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, excluye tanto del régimen subsidiado como del contributivo, los pañales desechables pues según la clasificación dada por el INVIMA, son elementos de aseo. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho énfasis en que, en principio no es obligación de las entidades promotoras de salud suministrar dichos insumos, salvo que la ausencia de autorización de los pañales amenace o vulnere el goce efectivo del derecho a la salud y la dignidad humana.

Así las cosas, en jurisprudencia reiterada y pacífica proferida por varias Salas de Revisión, la Corte ha reiterado que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro. Tal como lo expuso la sentencia T-760 de 2008 “una entidad de salud viola el derecho a la salud si se niega a suministrar un servicio que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el mismo se requiera con necesidad”.[65]

De esta forma, tratándose de los pañales desechables, esta Corporación ha establecido que existen situaciones concretas bajo las cuales una entidad promotora de salud debe garantizar el suministro de los mismos a sus usuarios, para efectos de garantizar el goce efectivo de su derecho a la salud y la vida en condiciones de dignidad, pues si bien se trata de servicios excluidos del POS, las especiales circunstancias de ciertos pacientes, cuya vida

en condiciones de dignidad depende de la autorización de dicho insumo, ha sido protegido por la jurisprudencia constitucional.

La sentencia T-752 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión, recogió la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en la que se protegió el derecho a la salud y a la vida digna, ordenando el suministro de pañales desechables, cuando se cumple con los siguientes presupuestos:

“(i) las personas que requerían el servicio sufrían de enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro) (i) que les afectaron el control sobre sus esfínteres, (ii) los hicieron dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) finalmente, que en los casos considerados, los usuarios no tenían la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular”.

La mencionada sentencia, recopiló los fallos de tutela proferidos por esta Corporación desde 1999, resumiendo los presupuestos fácticos de aquellos casos, concluyendo que el elemento común era la persona de especial protección –en su mayoría de la tercera edad y menores de edad- con diferentes diagnósticos médicos que los hacía depender del apoyo de un tercero para alimentarse, vestirse, movilizarse y realizar sus necesidades fisiológicas; después de hacer un recuento de la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación frente al tema de pañales desechables, consideró que los jueces de tutela estaban imponiendo una barrera adicional a la prestación del servicio de salud y por ende al goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna al apartarse del precedente fijado por la Corte Constitucional, sin alegar una justificación legal, argumentada en cada caso concreto, del por qué el juez constitucional y las EPS siguen negándose a autorizar servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud que los usuarios requieren con necesidad.

Por lo tanto, la Sala Primera de Revisión decidió no resolver de fondo los 18 casos concretos, sino que dejó sin efectos las sentencias de tutela objeto de revisión al no aplicar el precedente fijado por el órgano de cierre sobre el alcance del goce efectivo del derecho a la salud, ni haber justificado de forma razonable ni suficiente las razones por las cuales se

apartaron del mismo, para que en su lugar volvieran a proferir un fallo en los casos objeto de revisión, teniendo en cuenta las normas constitucionales, el precedente de la Corte Constitucional y el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En virtud de lo anterior, esta Sala seguirá los planteamientos realizados en la mencionada sentencia -T-752 de 2012-, ya aplicada por esta sala en la sentencia T-152 de 2014, pues en los dos casos que se estudian en esta oportunidad, la situación fáctica es semejante y en virtud del artículo 13 de la Constitución, las autoridades judiciales deben resolver casos iguales, aplicando reglas iguales. No sin antes hacer unas breves consideraciones sobre la obligatoriedad del precedente constitucional.

7. Obligatoriedad del precedente. Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional.

Tal como se mencionó anteriormente, en aplicación del principio de igualdad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las autoridades judiciales están obligadas a resolver casos iguales, aplicando las mismas reglas jurídicas, a menos que el operador judicial justifique de manera razonable y suficiente, los motivos por los cuales se aparta del precedente.

En la sentencia T-123 de 1995, la Corte señaló que es violatorio del principio de igualdad, cuando un juez constitucional resuelve de manera diferente a una situación anterior semejante o se aparta de la jurisprudencia vigente reiterada por los órganos judiciales de rango superior, en un caso sometido a su consideración.

Así mismo, la sentencia C-133 de 1993 que revisó la constitucionalidad de varias disposiciones normativas del Decreto 2067 de 1991, específicamente el artículo 23 que consagraba el valor de la doctrina constitucional con carácter obligatorio. La Corte declaró inexecutable la palabra “obligatorio”, con fundamento en que es la propia Corte a quien corresponde precisar los efectos de sus sentencias a la luz del artículo 243 de la Constitución. En segundo lugar, porque la misma Carta reconoció determinadas categorías a las fuentes formales del derecho, con carácter principal a la ley y la jurisprudencia y la doctrina como criterios auxiliares de la administración de justicia. En tercer lugar, por el carácter erga omnes de los fallos de constitucionalidad de esta Corporación, lo cual implica el deber de todas las autoridades y los particulares de aplicarlas o reproducirlas

nuevamente. Por último, al determinar que la cosa juzgada constitucional corresponde a la parte resolutive de las sentencias y la parte motiva que guarda relación con el sentido con la decisión adoptada -ratio decidendi; mientras que las consideraciones consagradas en la parte motiva, son de carácter auxiliar.

Posteriormente, en la sentencia C-083 de 1995, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en el fallo, esta Corporación diferenció entre los conceptos de jurisprudencia y doctrina constitucional. La doctrina constitucional es una fuente de integración del derecho en los casos en que exista lagunas normativas y sólo será obligatoria cuando, después una aplicación analógica del derecho, el vacío legal persista, caso en el cual, se autoriza la aplicación directa de normas de rango constitucional.

Por su parte, en la sentencia T-698 de 2004, en el cual la Corte estudió el caso de una mujer que consideró vulnerado su derecho a la igualdad por parte de un juez laboral que no decidió su caso como lo había hecho en una situación anterior, esta Corporación entendió que es válido constitucionalmente que los jueces se aparten en sus fallos de decisiones anteriores proferidas por ellos mismos o por jueces de la misma jerarquía o la línea fijada por un juez superior, siempre y cuando el juez cumpla la carga de:

“i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, -cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la Constitución.”

La Sala concluyó que cumplir con dicha carga argumentativa, permite al juez que en la aplicación e interpretación del derecho en casos fácticamente semejantes, se supere la barrera que el derecho a la igualdad impone a quienes administran justicia. En dicho caso, la Corte decidió amparar el derecho a la igualdad, pues comprobó que el juez ordinario no

justificó por qué se apartaba de su mismo precedente y de la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que el fundamento legal de ambos casos era el mismo, la entidad demanda era la misma y las dos personas se dedicaban a las mismas labores.

8. Naturaleza jurídica de los copagos y eventos donde procede su exoneración.

El Acuerdo 260 de 2004 estableció la diferencia entre las cuotas moderadoras y los copagos, considerando que las primeras “tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso”, mientras que los segundos “son los aportes en dinero que corresponden a una parte del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”. Así mismo, determinó que las cuotas moderadoras serán aplicadas a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios, diferente a los copagos que serán predicados única y exclusivamente respecto de los afiliados beneficiarios.

Teniendo en cuenta los preceptos constitucionales, el mismo Acuerdo en su artículo 5 consagró la equidad, la información al usuario, la aplicación general y la no simultaneidad como principios básicos para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos, que deberán ser respetados por las entidades promotoras de salud en todo momento.

En cuanto al régimen contributivo, tanto las cuotas moderadoras como los copagos serán aplicadas de acuerdo al ingreso base de cotización del afiliado cotizante[66], mientras que el valor anual por concepto de copagos será determinado para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes[67].

Particularmente, el artículo 11 del citado Acuerdo, consagra la obligación por parte de los afiliados al régimen subsidiado en salud de contribuir con la financiación del sistema, es decir asumir el valor del copago por la prestación de los servicios de salud requeridos, los cuales serán establecidos de acuerdo a las categorías o niveles del Sisben al que pertenezcan. Así, para la población incluida en el nivel 1 del Sisben el copago máximo es del 5% del valor de la cuenta sin que exceda una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente, a diferencia del nivel 2 del Sisben para quienes el valor del copago será del 10% del valor de la cuenta sin que en ningún evento exceda la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. Finalmente, la población indigente debidamente verificada y las

comunidades indígenas recibirán atención gratuita sin lugar a cobro de copagos.

Al respecto, esta Corporación ha sido enfática en que “en el momento de la prestación de los servicios de salud, las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del Legislador, de acuerdo con la cual ‘en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los mas pobres’[68]”, pues de ningún modo la falta de recursos económicos puede constituir un obstáculo para el acceso a los servicios de salud, en el entendido que todas las personas tienen derecho a “acceder al sistema sin ningún tipo de discriminación”[69].

Así las cosas, a través de la Ley 1122 de 2007, el Legislador consagró que “no habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados al régimen subsidiado en salud que hacen parte del nivel 1 del Sisben”. Regla, que fue extendida por el Acuerdo 0365 de 2007 del CNSSS a sectores especialmente protegidos de la población, como la población infantil abandonada, la indigente, la desplazada, indígena, desmovilizada, de la tercera edad y la población rural y migratoria[70].

En virtud de los anteriores planteamientos y principios, esta Corporación mediante sentencia T-1055 de 2010 decidió exonerar de copagos a una persona afiliada al régimen subsidiado en salud nivel 2 del Sisben, teniendo en cuenta que “la actora no tiene capacidad de pago suficiente para sufragar lo que le cobran por concepto de copagos de los servicios que le prestan, afirmación que se sustenta en el hecho de que ella se encuentra en el nivel 2 del Sisben y que afirma que no tiene ingresos propios”.

9. Caso concreto en los expedientes T-4.331.558 caso de Ruberta Landazuri de Agudelo y T-4.364.516 caso de Nydia Lucia Díaz de Hernández.

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte fijó el precedente constitucional respecto al derecho a la salud, estudiando los problemas del Sistema de Salud y la negligencia de las entidades prestadoras de servicios en cumplir el deber constitucional y legal de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Uno de los problemas identificados tenía que ver con la cantidad de acciones de tutela interpuestas porque las EPS se niegan a autorizar servicios médicos incluidos o excluidos del POS y que los pacientes requerían con necesidad.

En el mismo sentido, desde el año 1999 diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han concedido el amparo del derecho a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, de sujetos de especial protección constitucional afiliados tanto al régimen contributivo como al subsidiado, a quienes las entidades promotoras de salud les negaba el suministro de los pañales desechables y demás insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, que los pacientes requerían con necesidad. En los casos estudiados y que fueron transcritos en las consideraciones de esta sentencia, se trataba de personas que presentan las siguientes características: (i) sufren enfermedades congénitas, accidentales o que como consecuencia de su avanzada edad requerían con necesidad los pañales desechables, (ii) no controlan esfínteres, (iii) requieren del apoyo permanente de un tercero para realizar las actividades diarias y básicas y, (iv) son usuarios del sistema que afirman no tener capacidad económica, ni sus familiares, para costear los pañales desechables de manera particular.

Respecto a este último requisito, es necesario recordar que, tal como lo consagró la sentencia T-760 de 2008, el juez de tutela puede determinar si el usuario tiene o no capacidad económica de diferentes formas. Así, cuando el actor aduce no tener recursos suficientes para acceder a los servicios que requiere con necesidad, se trata de una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y, de acuerdo al artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, son prueba suficiente de la incapacidad de pago cuando la entidad accionada no se pronuncia en contrario y lo prueba. Lo anterior, en virtud del principio de informalidad de la acción de tutela, que caracteriza este mecanismo constitucional. Además, el juez de tutela puede solicitar de oficio informes y ordenar la práctica de pruebas, a fin de establecer la falta de capacidad económica de los accionantes.

En este orden de ideas, dado que los jueces de tutela están imponiendo una barrera adicional al goce efectivo del derecho a la salud, pues desconocen el precedente constitucional según el cual, (i) el derecho a la salud es fundamental en todos los casos, (ii) todo usuario del Sistema de Salud tiene derecho a acceder a los servicios médicos que requiera con necesidad que estén incluidos en el POS o, que estando excluidos se cumpla con los requisitos jurisprudenciales establecidos para inaplicar el plan de beneficios[71], (iii) de acuerdo al artículo 153 y 187 de la Ley 100 de 1993, los usuarios del Sistema de Salud que no tienen recursos económicos para sufragar los servicios médicos, pueden acceder a estos en virtud del principio de solidaridad.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que los jueces de tutela deben asumir una carga argumentativa mínima para apartarse del precedente constitucional, la Sala no dará trámite a la revisión de los expedientes que se estudian en esta oportunidad. Por lo cual se ordenará dejar sin efectos las sentencias de tutela objeto de revisión pues no fue aplicado el precedente fijado por esta Corporación como órgano de cierre en lo atinente al alcance del derecho a la salud, ni se apartaron del precedente justificando de forma razonable y suficiente su decisión. En este orden de ideas, los jueces de tutela deberán proferir nuevamente los fallos de tutela en los casos de la referencia.

Sin embargo, como los accionantes son sujetos de especial protección, la Sala ordenará como medida provisional, que la EPS accionada suministre los servicios de salud requeridos y solicitados mediante las presentes acciones de tutela debiendo seguir las instrucciones de los especialistas en lo referente a la cantidad, calidad y periodicidad de los mismos. Lo anterior, para efectos de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud mientras se realiza nuevamente el trámite correspondiente.

En cuanto a la exoneración de copagos solicitada por el accionante José Antonio Castillo Landazuri a favor de su abuela Ruberta Landazuri de Agudelo, encuentra esta Sala que la agenciada pertenece al nivel 2 del Sisben lo que en principio correspondería al cobro máximo de 10% del valor de la cuenta por concepto de copagos sin que por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, teniendo en cuenta que la señora Landazuri de Agudelo es una persona de 102 años que goza de especial protección constitucional y que además manifiesta su precaria situación económica, por no contar con ingresos propios; el cobro de copagos se convierte en una barrera de acceso al servicio de salud, que amenaza sus derechos fundamentales, por lo que se acogerá esta pretensión.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis de los casos.

1.1. T-4.331.558 El señor José Antonio Castillo Landazuri en calidad de agente oficioso de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo de 102 años, interpuso acción de tutela en contra de Emssanar EPS por considerar vulnerados sus derechos a la salud en conexidad con el derecho a la vida, ante la negativa de suministrar y autorizar a favor de la agenciada los

pañales desechables, pañitos, visitas médicas, servicio de enfermera domiciliaria, alimentos y vitaminas bajo el argumento de ser servicios no POS, además de no existir orden médica que los prescriba. De esta forma, solicitó el suministro de los insumos mencionados además de la exoneración en el pago de cuotas moderadoras y copagos.

Teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia, la Sala dejará sin efectos la sentencia de tutela objeto de revisión, al no aplicar el precedente fijado por esta Corporación como órgano de cierre, en lo referente al goce efectivo del derecho fundamental a la salud de las personas que sufren enfermedades congénitas, accidentales, de avanzada edad, sujetos de especial protección constitucional, que requieren con necesidad de insumos médicos, como pañales desechables, pañitos, asistencia médica y servicio de enfermería domiciliario, pues requieren del apoyo permanente de un tercero para realizar actividades diarias básicas y afirman no tener capacidad económica para sufragar por sus propios medios el costo de los mismos. Adicionalmente, no se apartó del precedente, justificando de forma razonable y suficiente su decisión, razón por la cual, el juez de instancia deberá proferir nuevamente un fallo de tutela en el caso de la referencia. Finalmente, se exonera de copagos a la agenciada Ruberta Landazuri de Agudelo, teniendo en cuenta su avanzada edad y falta de capacidad económica.

1.2. T-4.331.586 El señor Yilmar Vásquez Arguelles interpuso acción de tutela en contra de Coomeva E.P.S. por la vulneración de los derechos fundamentales de su hijo Jaime Alexis Vásquez Azcárate, quien se encuentra en condición de discapacidad, teniendo en cuenta la negativa de la entidad de autorizar el suministro de los pañales desechables talla M requeridos por el agenciado, argumentando que la orden proferida en sede de tutela hacía referencia al suministro de dichos insumos talla S.

Teniendo en cuenta que dicho fallo de tutela además de ordenar el suministro de los pañales desechables talla S, también exhortó a la entidad accionada de no incurrir en dichas omisiones a futuro pues estas constituyen una clara vulneración a los derechos fundamentales del afiliado, el juez que conoció la presente acción de tutela decidió negar por improcedente el amparo deprecado, al considerar que una nueva acción no constituía la vía adecuada para la protección de los derechos del agenciado, sino el incidente de desacato de la orden previamente establecida.

De acuerdo a la documentación remitida por el despacho encargado de tramitar la acción de tutela interpuesta por el accionante hace 2 años donde solicitaba el suministro de pañales desechables talla S, se prueba que el actor inició incidente de desacato, posteriormente archivado tras solicitud allegada por el señor Vásquez Arguelles debido a que la entidad ha venido suministrando los insumos requeridos. De esta forma, se evidencia la idoneidad y eficacia del incidente de desacato, que efectivamente fue iniciado por el accionante.

1.3. T-4.347.678 El señor Guillermo Arturo Vidales interpuso acción de tutela como agente oficioso de su esposa Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales, quien padece carcinoma metastásico de pulmón y columna, es oxígeno dependiente y se encuentra totalmente inmóvil, en contra de la EPS Sura, por dilatar de manera injustificada la autorización y suministro de los procedimientos y medicamentos requeridos por la agenciada para el tratamiento de su patología, lo que a juicio de la actora vulnera los derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana e igualdad de la señora Bermúdez de Vidales. Esta Sala procederá a dejar sin efectos las decisiones objeto de revisión por desconocimiento del precedente jurisprudencial, además de declarar la carencia actual de objeto por daño consumado, pues la agenciada falleció durante el trámite de revisión.

1.4. T-4.362.622 Guillermo Medina Díaz, en calidad de agente oficioso de su hijo Duverney Medina Invachy quien desde su nacimiento fue diagnosticado con parálisis cerebral infantil y severo retraso mental, en contra de la EPS-S Comfamiliar así como la Secretaría Departamental de Salud del Huila por la vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna al negarse a suministrar la silla de ruedas, los pañales desechables y el manejo por rehabilitación requeridos por el agenciado. Esta Sala procederá a dejar sin efectos las decisiones objeto de revisión por desconocimiento del precedente jurisprudencial, además de declarar la carencia actual de objeto por daño consumado, pues el agenciado falleció durante el trámite de revisión.

1.5. T-4.364.516 El señor Carlos Enrique Montes Díaz como agente oficioso de Nydia Lucía Díaz de Hernández interpuso acción de tutela en contra de Nueva EPS por la vulneración de sus derechos a la salud, vida digna, igualdad, protección especial a las personas de la tercera edad y al libre desarrollo de la personalidad, al negar el suministro de los pañales desechables, crema para la piel, alimento y crema para pañales requeridos por la

agenciada.

Teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia, la Sala dejará sin efectos la providencia de tutela objeto de revisión, al no aplicar el precedente fijado por esta Corporación como órgano de cierre, en lo referente al goce efectivo del derecho fundamental a la salud de las personas que sufren enfermedades congénitas, accidentales, de avanzada edad, sujetos de especial protección constitucional, que requieren con necesidad de insumos médicos, como los pañales desechables, crema para la piel, alimento y crema para pañales requeridos, pues requieren del apoyo permanente de un tercero para realizar actividades diarias básicas y afirman no tener capacidad económica para sufragar por sus propios medios el costo de los mismos. Adicionalmente, no se apartó del precedente, justificando de forma razonable y suficiente su decisión, razón por la cual, el juez de instancia deberá proferir nuevamente un fallo de tutela en el caso de la referencia.

2. Razón de la decisión.

2.1. Se configura un daño consumado cuando la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales ya ha causado el perjuicio que se pretende evitar con la acción de tutela. Lo anterior no constituye un impedimento para el juez de tutela de pronunciarse de fondo sobre el caso bajo estudio.

2.2. Se dejará sin efectos las sentencias de tutela objeto de revisión cuando las autoridades judiciales no aplican el precedente fijado por esta Corporación como órgano de cierre sobre el alcance del derecho a la salud, ni justifican de forma razonable y suficiente los motivos por los cuales se apartan del precedente fijado.

2.3. En ningún caso, los pagos moderadores pueden convertirse en barreras de acceso al servicio de salud para la población más pobre, de esta forma, las EPS no pueden negarse a prestar el servicio de salud requerido por el afiliado, argumentando la falta de pago de cuotas moderadoras o copagos.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del

pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali del 13 de febrero de 2014, que negó el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela instaurada por el señor José Antonio Castillo Landazuri, actuando como agente oficioso de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo contra la Emssanar EPS (Exp. T-4.331.558).

1.1. ORDENAR al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo dentro del proceso de tutela iniciado por el señor José Antonio Castillo Landazuri, actuando como agente oficioso de la señora Ruberta Landazuri de Agudelo, contra Emssanar EPS, atendiendo a las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

1.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Emssanar EPS que en el término de veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Ruberta Landazuri de Agudelo los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, pañitos, visitas médicas y servicio de enfermería domiciliaria). Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, momento a partir del cual se estará sujeto a lo que el juez de instancia decida, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

1.3. EXONERAR a la señora Ruberta Landazuri de Agudelo de los copagos que Emssanar EPS pueda cobrarle por concepto del tratamiento de su enfermedad, al haberse acreditado la falta de capacidad económica del accionante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia dictada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, del 19 de febrero de 2014 que negó por improcedente el amparo solicitado por el señor Yilmar Vásquez Arguelles como agente oficioso de Jaime Alexis Vásquez Azcarate (Exp. T-4.331.586).

TERCERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un daño consumado,

frente a la solicitud de amparo instaurada por el señor Guillermo Arturo Vidales, en los términos expuestos en esta sentencia. DEJAR SIN EFECTO la providencia dictada por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín del 13 de febrero de 2014 que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín del 30 de diciembre de 2013 que concedió el amparo solicitado por el señor Guillermo Arturo Vidales como agente oficioso de Elisabeth del Socorro Bermúdez de Vidales. (Exp. T-4.347.678).

CUARTO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un daño consumado, frente a la solicitud de amparo instaurada por el señor Guillermo Medina Díaz, en los términos expuestos en esta sentencia. DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Pitalito del 29 de octubre de 2013, que concedió el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela instaurada por el señor Guillermo Medina Díaz, actuando como agente oficioso del señor Duverney Medina Invachy. (Exp. T-4.362.622).

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali del 18 de octubre de 2013, que negó por improcedente el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Enrique Montes Díaz, actuando como agente oficioso de la señora Nydia Lucia Díaz de Hernández. (Exp. T-4.364.516).

5.1. ORDENAR al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la comunicación de esta providencia, vuelva a proferir fallo dentro del proceso de tutela iniciado por el señor Carlos Enrique Montes Díaz, actuando como agente oficioso de la señora Nydia Lucia Díaz de Hernández, contra Nueva EPS, atendiendo las reglas constitucionales reiteradas en esta providencia.

5.2. ORDENAR PROVISIONALMENTE a Nueva EPS que en el término de veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora Nydia Lucía Díaz de Hernández los servicios solicitados mediante la presente acción (pañales desechables, crema corporal, suplemento alimenticio y crema antipañalitis). Esta orden estará vigente hasta que el juez de la causa profiera nuevo fallo, momento a partir del cual se estará sujeto a lo que el juez de instancia decida, teniendo en cuenta las

consideraciones de esta providencia.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Acción de tutela presentada el 30 de enero de 2014 (Folios 1 a 8).

[2] Acción de tutela presentada el 11 de febrero de 2014 (Folios 2 a 27).

[3] Acción de tutela presentada el 18 de diciembre de 2013 (Folios 1-10).

[4] Acción de tutela presentada el 15 de octubre de 2013 (Folios 1-11).

[5] Acción de tutela presentada el 3 de octubre de 2013 (Folios 1-15):

[6] Se puede evidenciar en la historia clínica aportada por el accionante. (Folio 2 a 4).

[7] Así lo manifestó el accionante en el escrito de tutela e historia clínica.

[8] Folio 2 a 4.

[9] Tal como lo manifestó el accionante en el escrito de tutela.

[10] Mediante auto del 5 de febrero de 2014 el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali admitió la acción de tutela, notificó a Emssanar EPS y requirió al accionante para que allegara pruebas.

[11] Folio 15 a 55.

[12] Folios 57 a 59.

[13] Folios 3 y 35.

[14] Tal como lo manifestó el accionante en el escrito de tutela.

[15] Folio 7 a 25.

[16] Folio 4.

[17] Folio 5.

[19] Mediante auto del 12 de febrero de 2014, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, admitió la presente acción, y procedió a vincular al Ministerio de Salud y a la Superintendencia de Salud. (Folio 28).

[20] Folio 35 a 41.

[21] Folio 51 a 54.

[22] Folio 55 a 59.

[23] Folios 42 a 44.

[24] Así lo manifestó el accionante en el escrito de tutela, igualmente en los folios 7-10.

[25] Folios 7-10.

[26] El accionante adjunta una serie de ordenes medicas que asegura no haber sido autorizadas por la EPS Sura. Folios 3-10.

[27] Escrito de tutela (folios 1-10).

[28] Folio 13.

[29] Mediante auto del 18 de diciembre de 2013, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, admitió la presente acción, y negó la medida provisional solicitada debido a que no se cumplen las exigencias del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 al no encontrarse negación por parte de la EPS que ponga en riesgo la vida del paciente.

[30] Folio 15-35.

[31] Folios 27-35.

[32] Folios 37-47.

[33] Folio 50.

[34] Folios 54-58.

[35] Folio 4-6.

[36] Así lo manifiesta el accionante en el escrito de tutela. De igual forma, es confirmado por la entidad accionada en su contestación. Folio 19.

[37] Folio 4.

[38] Escrito de tutela. Folio 1-11.

[39] Mediante auto del 16 de octubre de 2013 el Juzgado Único Laboral del Circuito de Pitalito admitió la acción de tutela, solicitó a las accionadas informar si el servicio de salud ha sido suministrado de forma periódica al agenciado, y en caso de ser negativa la respuesta, indicar la justificación. Así mismo, informar cual ha sido el motivo por el cual no se ha autorizado o a sido negado el suministro de la silla de ruedas y adjuntar copia de los trámites que han sido adelantados sobre el particular.

[40] Folios 19-29.

[41] Folio 30-37.

[42] Folios 39-57.

[43] Folio 10.

[44] Folio 11-12.

[46] Escrito de tutela. Folios 1-15.

[47] Folio 14.

[48] Mediante auto del 4 de octubre de 2013, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali admitió la acción de tutela, vinculando al Ministerio de Salud y al FOSYGA.

[49] Folio 20-24 con fecha 17 de octubre de 2013.

[50] Folio 35-40 con fecha 28 de octubre de 2013.

[51] Folio 25-31.

[52] En Auto del quince (15) de mayo de 2014 la Sala de Selección de tutela No. 5 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión y acumulación de los expedientes T- 4.331.586 y T-4.331.558 al presentar unidad de materia y procedió a su reparto. De igual forma, en Auto del veintinueve (29) de mayo de 2014 la Sala de Selección de tutela No. 5 de la Corte Constitucional, dispuso la acumulación de los expedientes T- 4.347.678, T-4.362.622 y T-4.364.516 a dicho trámite de revisión.

[53] Sentencia T-584 de 2011.

[54] Sentencia T-185 de 2007.

[55] Es una persona de 102 años que goza de especial protección constitucional y que además manifiesta su precaria situación económica, por no contar con ingresos propios.

[56] Es una persona en condición de discapacidad.

[57] Es una persona en condición de discapacidad.

[58] Es una persona de 85 años de edad.

[59] Sentencia T-200 de 2013.

[60] Sentencia T-083 de 2010.

[61] Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-122 de 2001, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-1059 de 2006, T-830 de 2006, T-062 de 2006, T-760 de 2008, T-053 de 2009, T-574 de 2010 entre otras.

[62] Sentencia T-179 de 2000, T-988 de 2003, T- 568 de 2007, T-604 de 2008 T-136 de 2004, T-518 de 2006, T-657 de 2008, T-760 de 2008 entre otras.

[63] Sentencia T-523 de 2011.

[64] Sentencia T-970 de 2010.

[65] Numeral 4.4.3.2.2. del apartado 4.4.3 de la sentencia T-760 de 2008.

[66] Acuerdo 260 de 2004, artículo 4.

[67] Acuerdo 260 de 2004, artículo 9.

[68] Sentencia T-150 de 2012.

[69] Ley 100 de 1993, artículos 187 y 188. Sentencia T-811 de 2006.

[70] Sentencia T-236^a de 2013.

[71] “a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;

b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;

d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico”. (Sentencia T-970 de 2010, entre otras).