

Sentencia T-637/17

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Fallecimiento del actor durante el trámite de la acción de tutela

SUMINISTRO DE INSUMOS, MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN POS-Procedencia excepcional de la tutela

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Idoneidad del mecanismo debe analizarse en cada caso concreto por el juez de tutela

El mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es el medio idóneo para controvertir la decisión de una entidad prestadora del servicio de salud de negar elementos, procedimientos o insumos excluidos del POS, salvo que el usuario se encuentre ante la inminencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la tutela procede de manera excepcional.

DERECHO A LA SALUD-Alcance y contenido

VALIDEZ DEL CONCEPTO EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS practicar valoración médica con el fin de determinar en que cantidad se requieren los elementos no previstos en el plan de beneficios, y si la actora requiere de la prestación del servicio de enfermería en su lugar de residencia

Referencia: Expedientes T-6219749, T-6241235 y T-6261330 (acumulados).

Acciones de tutela presentadas por Jimmi Cuero Montenegro, Alba Merlano de Castillo y el Personero Municipal de Neiva (e.) contra Coosalud ESS, Nueva E.P.S. y Comfamiliar EPS,

respectivamente.

Asunto: Procedencia de la acción de tutela para solicitar insumos y tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, y los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias dictadas en única instancia por el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali (T-6219749), y en segunda instancia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cartagena (T-6241235) y el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (T-6261330) que resolvieron las acciones de tutela promovidas por Jimmi Cuero Montenegro, como agente oficioso de Rosa Cuero Torres, Alba Merlano de Castillo, como agente oficiosa de Sara Ruiz Quesada, y el Personero Municipal de Neiva (e.) en representación de Jhon Jairo Núñez, quien actúa como agente oficioso de Ana Beatriz Núñez, contra Coosalud ESS, Nueva E.P.S. y Comfamiliar EPS, respectivamente.

Los asuntos llegaron a la Corte Constitucional por remisión que efectuaron los mencionados despachos, según lo ordenado por los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. El 11 de julio de 2017, la Sala de Selección de Tutelas número siete de esta Corporación escogió el expediente T-6219749 para su revisión.

Mediante auto del 24 julio de 2017 proferido por esa misma sala de selección, se escogieron los expedientes T-6241235 y T-6261330 y se acumularon para ser fallados conjuntamente en una sola sentencia, por presentar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

Expediente T-6219749

A. Hechos y pretensiones

1. En el escrito de tutela, el agente refirió que a la señora Rosa Cuero Torres se le detectó un tumor cancerígeno en el endocérnix hace tres años. Debido a que éste no fue tratado a tiempo, creció en forma tal que obstruyó los conductos urinarios. Ello trajo como consecuencia que se generaran hemorragias uterinas y complicaciones en los riñones, motivo por el cual la paciente requería de diálisis tres veces a la semana.

1. Afirmó que su madre fue remitida a distintas instituciones de salud en las que se le negó el acceso a insumos requeridos para su tratamiento. Agregó que en varias de esas instituciones le manifestaron que si pagaba una suma determinada de dinero, se le prestarían los servicios que requería. En particular, adujo que en Hospital Carlos Holmes Trujillo solicitaron el pago de \$1,200,000 pesos, en el Hospital Los Chorros, \$362,000 pesos, y en Clínica Nuestra Señora de los Remedios, \$288,000 pesos mensuales para la realización de doce sesiones de hemodiálisis².

1. El agente oficioso afirmó que solicitó a la EPS suministrar ciertos insumos no incluidos en el POS para el traslado y cuidado de su madre, pues no cuenta con recursos suficientes para sufragarlos³.

1. Por lo anterior, solicitó al juez de tutela ordenar a la accionada la entrega de subsidio de transporte y otros insumos no incluidos en el POS (i.e. suplemento vitamínico, pañales y pañitos).

B. Trámite de la acción de tutela y respuesta de las entidades accionadas

Mediante auto del 17 de marzo 2017⁴, el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali avocó el conocimiento de la acción, ordenó vincular al Ministerio de Protección Social – Fondo Nacional de Garantías (FOSYGA) y a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, y notificar a Coosalud ESS, para que se pronunciaran sobre los hechos de la acción de tutela.

Respuesta de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca⁵

Expresó que Coosalud ESS, como entidad aseguradora en salud, debe brindar los servicios de salud que requiera la accionante tales como medicamentos, procedimientos, actividades e intervenciones para el tratamiento integral y oportuno de su enfermedad, los cuales deben estar soportados por una orden médica. Añadió que cuando se trate de servicios o medicamentos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, las EPS o ARS deben asumir estos costos y luego repetir contra el Estado por estos gastos.

Ministerio de Protección Social – Fondo Nacional de Garantías (FOSYGA)⁶

Solicitó que en caso de que prosperara el amparo solicitado, se tuviera en cuenta que de conformidad con la normativa vigente, la financiación de los servicios e insumos solicitados le corresponde asumirla al ente territorial respectivo, sin derecho a solicitud de recobro al FOSYGA.

Coosalud ESS⁷

Se opuso al reclamo y solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela impetrada, por cuanto los insumos solicitados no se encontraban respaldados por una orden médica, y en caso de ser formulados, éstos debían ser asumidos por el núcleo familiar de la demandante.

Mediante sentencia del 31 de marzo de 2017, el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali, negó el amparo, al considerar que la acción de tutela era improcedente. Sostuvo que de las pruebas aportadas, no se evidenció que los médicos tratantes de la actora hubiesen considerado que ella padeciera una condición médica de la cual se pudiera inferir la necesidad de suministrar insumos como pañales, vitaminas y servicios de

transporte. Por tal motivo concluyó que la accionante no se encontraba ante un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la intervención del juez de tutela para conjurarlo. Agregó, que los insumos fueron solicitados a partir de lo que la accionante consideraba que necesitaba y no desde la historia clínica o del dictamen de un médico que lo justificara.

El fallo no fue impugnado por ninguna de las partes.

Expediente T-6241235

A. Hechos y pretensiones

1. La señora Alba Merlano de Castillo, actuando como agente oficioso de su madre Sara Ruiz Quesada, quien está vinculada al sistema general de salud como beneficiaria del régimen contributivo a través de Nueva EPS, interpuso acción de tutela⁹ para que se ampararan los derechos fundamentales de su agenciada a la vida en condiciones dignas y a la salud, en atención a su avanzada edad y a los quebrantos de salud que la aquejan.

1. La agente expresó que su madre tiene 92 años y se le han practicado tres intervenciones quirúrgicas de resección de tumores en el cerebro a lo largo de su vida¹⁰. Como consecuencia de lo anterior, en la actualidad la agenciada presenta limitaciones físicas que generan una dependencia importante, pues necesita ayuda para desplegar ciertas acciones cotidianas como comer, bañarse, vestirse, ir al baño, deambular y subir escaleras¹¹.

1. Por lo anterior, sostuvo que la accionante requiere de una serie de insumos no previstos en el POS, tales como una enfermera por ocho horas diarias, pañales desechables y pañitos húmedos, que de acuerdo con lo manifestado por la agente oficiosa, fueron prescritos por el médico tratante y la entidad de salud accionada no ha autorizado¹².

1. La agente agregó que no cuenta con recursos económicos suficientes para asumir los

gastos en que debe incurrir para el sostenimiento de su madre, pues dependen de los ingresos de su hermana que es la única que tiene medios económicos, los cuales debe destinar en su mayoría para el sostenimiento de su propio hogar.

1. Por los hechos antes narrados, solicitó al juez de tutela ordenar a la entidad accionada que: (i) autorice en el término de 48 horas la entrega de los insumos prescritos por el médico tratante; (ii) garantice la entrega permanente de todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos en la cantidad y periodicidad que establezca el médico tratante sin ningún tipo de demora; (iii) provea la atención integral de todas las prestaciones que requiera su madre de manera permanente y oportuna, y (iv) prevenga a la Nueva EPS para que no vuelva a incurrir en las acciones que dieron origen a la interposición de la acción de tutela. Así mismo, pidió que se obligue al FOSYGA reembolsar a la Nueva EPS, los gastos en que debe incurrir en cumplimiento del recurso de amparo.

B. Trámite de la acción de tutela y respuesta de la entidad demandada

Mediante auto del 21 de febrero de 2017¹³, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cartagena avocó conocimiento y ordenó notificar a Nueva EPS para que se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela.

Respuesta de Nueva EPS¹⁴

La entidad se opuso al reclamo de la tutelante y solicitó que se negara la acción de tutela, en razón a que no vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria, pues prestó todos los servicios de salud demandados por la paciente.

En relación con insumos no incluidos en el POS (pañales desechables y pañitos húmedos), sostuvo que se han autorizado todos los elementos que han sido ordenados por los médicos tratantes de la actora que están vinculados con la entidad. Refirió que los elementos que solicita en la acción de tutela, no fueron autorizados debido a que estos fueron prescritos por un médico que no hace parte de la red de prestadores de la entidad. Agregó que de acuerdo con el Decreto 1545 de 1998, estos insumos son considerados como productos de aseo, higiene y limpieza y, por ende, no constituyen un servicio de salud. En particular, respecto de

la solicitud de pañales, afirmó que según el numeral 18 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013¹⁵, este producto está excluido expresamente del Plan Obligatorio de Salud.

Respecto de la prestación del servicio de enfermería, afirmó que mensualmente se genera la autorización de un paquete de atención domiciliaria para pacientes crónicos que incluye el desarrollo de distintos procedimientos y servicios, tales como visitas, evaluaciones requeridas por médicos especialistas, toma y procesamiento de muestras, elementos médico-quirúrgicos y equipos para que sean prestados por la IPS Innovar Salud, quien es el principal prestador dentro de la red de servicios de la EPS.

C. Decisión de primera instancia¹⁶

Mediante sentencia del 7 de marzo de 2017, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cartagena negó el amparo solicitado, debido a que no hay evidencia de que la accionante o su agente hayan elevado una petición ante la entidad accionada en la que solicite la autorización de los servicios e insumos que pretenden obtener a través de la acción de tutela. Sin embargo, el despacho ordenó a la Nueva EPS llevar a cabo una valoración médica por un grupo médico interdisciplinario con el fin de que adoptara, si lo estimaba pertinente, las medidas necesarias para salvaguardar la salud de la actora, toda vez que es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su avanzada edad.

La agente oficiosa de la accionante impugnó el fallo sin manifestar las razones de su inconformidad.

D. Decisión de segunda instancia¹⁷

Por medio de providencia del 30 de marzo de 2017, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cartagena confirmó el fallo impugnado, con base en los mismos argumentos desarrollados por el juez de primera instancia. Agregó que la decisión de declarar improcedente el amparo no se debe a que los servicios e insumos hayan sido prescritos por un médico particular, sino al hecho de que se hubiera acudido directamente a la acción de tutela sin haber solicitado con anterioridad a la EPS la autorización para el suministro de los referidos servicios e insumos.

Expediente T-6261330

A. Hechos y pretensiones

1. El 8 de febrero de 2016, Jhon Jairo Núñez, quien actúa como agente oficioso de su madre Ana Beatriz Núñez, de 74 años de edad, interpuso acción de tutela con la intervención del Personero Municipal de Neiva (e.) contra Comfamiliar EPS, con el fin de que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada¹⁸.

1. El Personero afirmó que la agenciada presenta los siguientes diagnósticos: (i) caquexia; (ii) anemia por deficiencia de hierro; (iii) neumonía no especificada, y (iv) enfermedad obstructiva crónica no especificada. Refirió que como consecuencia de estos padecimientos, la agenciada permanece en su cama, lo cual le genera complicaciones para realizar sus necesidades fisiológicas, lo que dificulta su atención.

1. Refirió además que el señor Núñez presentó una petición ante la entidad demandada en la que solicitó la entrega de pañales y crema antiescaras. Adujo que ésta fue negada debido a que los productos solicitados no hacían parte del POS.

B. Trámite de la acción de tutela y respuesta de la entidad demandada

Vencido el término para contestar, las entidades demandadas guardaron silencio.

C. Decisión de primera instancia¹⁹

Por medio de sentencia del 22 de febrero de 2017, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Neiva concedió el amparo solicitado. El juez consideró que en este caso se acreditó que la accionante no está en capacidad económica para asumir los costos de los pañales y crema antiescaras, pues pertenece al régimen subsidiado en salud. Adicionalmente, sostuvo que debido a la complejidad de las condiciones de salud de la actora, era necesario garantizar su tratamiento integral, oportuno y sin obstáculos. En consecuencia, ordenó a la entidad

accionada prestar todos los servicios, medicamentos, insumos, tratamientos y procedimientos (incluidos y no incluidos en el POS) que requiriera la paciente y que hubiesen sido prescritos por el médico tratante. También, autorizó a Comfamiliar EPS para recobrar ante la Secretaría de Salud de Huila los gastos en que tuviera que incurrir para garantizar las prestaciones que no estuvieran incluidos en el POS.

D. Impugnación del fallo²⁰

Comfamiliar EPS impugnó el fallo al considerar que con fundamento en la Resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, la Secretaría de Salud de Huila es la directamente responsable de suministrar al usuario lo no contemplado en el POS. Respecto de la orden de brindar tratamiento integral, expresó que ésta es improcedente pues versa sobre servicios que no han sido determinados por los médicos. Por tanto, no es dable que el juez de tutela ampare derechos con base en hechos futuros e inciertos.

E. Decisión de segunda instancia²¹

En sentencia del 18 de abril de 2017, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva revocó el fallo de primera instancia. Sostuvo que al revisar la historia clínica de la actora no se logró demostrar la necesidad de los insumos solicitados en el recurso de amparo. De una parte, porque no hay evidencia de orden médica alguna que los prescriba, ni tampoco soporte probatorio que demuestre que la accionante no puede controlar sus esfínteres. Respecto de tratamiento integral ordenado, consideró que no es posible conceder esta pretensión, en razón a que no hay prueba de que la entidad accionada le haya negado la prestación de servicios de salud.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Corresponde a la Corte analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de las acciones de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

1. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, los demandantes, actuando por medio de agente oficioso, promovieron por separado acción de tutela contra Coosalud ESS, Nueva EPS y Comfamiliar EPS, tras considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de sus agenciados. Ello en razón a que las entidades accionadas negaron la autorización de suministro de insumos no incluidos en el POS.

1. Los jueces de instancia negaron el amparo, al considerar que este era improcedente. De un lado, debido a que no se comprobó la necesidad de suministrar insumos como pañales, vitaminas y servicios de transporte, y de otro, porque no había evidencia de que la accionante o su agente hubiesen elevado una solicitud ante la entidad accionada respecto de la autorización de los servicios e insumos que pretendían obtener a través de la acción de tutela.

Problemas jurídicos

4. Las situaciones fácticas planteadas exigen a la Sala determinar si procede la tutela para (i) controvertir la decisión de las entidades prestadores del servicio de salud de no autorizar la práctica y/o suministro de procedimientos, elementos o insumos excluidos del POS y (ii) brindar atención integral a personas mayores que presentan serios quebrantos de salud, los cuales afectan en tal grado su autonomía que exigen el uso de insumos particulares, diferentes a los medicamentos y procedimientos médico asistenciales.

En caso de ser procedente(s) la(s) tutela(s) de la referencia, será preciso analizar el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente interrogante:

¿Una entidad prestadora del servicio de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas cuando no autoriza la práctica o suministro de procedimientos, elementos o insumos excluidos del POS a personas que presentan graves quebrantos de salud?

Cuestión preliminar. Análisis de la carencia actual de objeto por daño consumado en el expediente T-6219749

1. La Corte ha sostenido en reiteradas ocasiones que el fenómeno de la carencia actual de objeto se presenta cuando sobrevienen circunstancias que ocasionarían que la orden del juez de tutela no tenga efecto alguno respecto de la solicitud de amparo. La carencia actual de objeto se puede dar por diferentes motivos, a saber, (i) el hecho superado, (ii) el daño consumado y (iii) cualquier otra circunstancia que permita concluir que la orden del juez de tutela sobre la solicitud de amparo sea inútil²².

1. De una parte, esta Corporación ha señalado que la carencia actual de objeto por hecho superado se presenta cuando desaparecen los actos que amenazan la vulneración de un derecho fundamental:

“Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”²³

Por lo tanto, cuando se presenta esta situación, la orden del juez de tutela no surte ningún efecto debido a que no existe ninguna amenaza o perjuicio a evitar, situación que desvirtúa el objeto esencial para el que la acción de tutela fue creada²⁴. Por lo anterior, cuando se presenta esta hipótesis, el juez debe abstenerse de impartir orden alguna y declarar la “carencia actual de objeto”. Así mismo, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991²⁵, el juez de tutela podrá prevenir a la entidad accionada sobre la obligación de proteger el derecho en próximas ocasiones, pues el hecho superado implica la aceptación de la transgresión de los derechos fundamentales del accionante, pero que dicha vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela.

1. De otra parte, la carencia actual de objeto también se puede presentar como daño consumado, el cual “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”²⁶ En estos eventos, la Corte ha afirmado que es perentorio que el juez de tutela se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en el recurso de amparo pues, a diferencia del hecho superado, en estos casos la vulneración nunca cesó y ello llevó a la ocurrencia del daño²⁷.

1. En adición a lo anterior, también existen casos en los que opera la carencia actual de objeto, pero ésta no necesariamente tiene que estar enmarcada dentro de los supuestos antes mencionados, pues existen casos en los que este fenómeno se configura en razón a que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cesó por cualquier otra causa²⁸. Así, cuando esto ocurre, la Corte ha dicho que“(…) no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir [la] Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia”²⁹.

1. En el expediente T-6219749, con el fin de contar con mayores elementos de juicio, el despacho de la Magistrada sustanciadora realizó una consulta de la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-30 el 28 de agosto de 2017 para determinar el estado actual de afiliación al Sistema General de Salud de la señora Rosa Cuero Torres. Dicha consulta arrojó como resultado que la actora aparecía con la anotación de “afiliado fallecido”. Para corroborar el hecho del fallecimiento de la demandante, por medio de llamada telefónica realizada el 28 de agosto de 2017³¹, el señor Jimmi Cuero Montenegro, agente oficioso de Rosa Cuero Torres, informó al Despacho de la Magistrada sustanciadora que la accionante falleció a mediados de ese mes.

Como quiera que la accionante falleció durante el trámite de selección de la acción de tutela, la Sala procederá a declarar la carencia actual de objeto por daño consumado. Sin embargo, al analizar el fondo del asunto, la Corte se pronunciara sobre la vulneración de los derechos

fundamentales de la actora, pues el hecho de su fallecimiento no impide que la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de revisión, analice el caso con el fin de establecer si el amparo ha debido ser concedido o negado.

Examen de procedencia de las acciones de tutela

* Legitimación por activa

1. Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

1. La actuación de los personeros municipales en defensa de los derechos fundamentales, se encuentra consagrada además en la Ley 136 de 1994, cuyo artículo 178 establece entre las funciones de esos servidores públicos la de “interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión.”³².

Así la intervención del personero municipal queda condicionada a (i) la indefensión de la persona o el grupo de personas afectadas, o (ii) la solicitud de mediación que aquellas le hagan. Sin embargo, como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, esa petición no puede equipararse a un poder para actuar y no tiene ningún requisito formal³³. Basta la simple petición en ese sentido, que bien puede ser verbal o escrita³⁴, para que el personero quede legitimado para acudir al juez para el resguardo de los derechos fundamentales de los

afectados.

1. Para asumir la agencia de derechos fundamentales, los personeros municipales “no necesitan estar personalmente interesados en el caso, ni tampoco exhibir un poder conferido por la persona afectada. Su función no es la de representar intereses particulares en virtud de mandato judicial -como el que se confiere a un abogado litigante- sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia”³⁵. Este objetivo conlleva a que los personeros no solo estén facultados, sino obligados a representar a los afectados judicialmente, en sede de tutela, cuando estén en condición de vulnerabilidad extrema³⁶.

1. La legitimación por activa de los personeros municipales ha sido reconocida ampliamente, de manera uniforme y reiterada por la jurisprudencia constitucional, con fundamento en la habilitación referida y en las funciones constitucionales que la personería tiene asignadas para la defensa local de los derechos fundamentales³⁷.

1. No obstante lo anterior, la formulación de la acción de tutela por parte del personero municipal exige de dicho funcionario (i) la individualización o determinación de las personas perjudicadas y (ii) la argumentación en torno a la forma en que se ven particularmente comprometidos sus derechos fundamentales. Ambos requisitos apuntan al establecimiento concreto de la amenaza que se ciñe sobre la o las personas que, en su criterio está o están afectadas. El incumplimiento del deber de identificar e individualizar a las personas afectadas por la amenaza a los derechos fundamentales que se denuncia, conlleva la improcedencia del reclamo constitucional³⁸.

Dicha individualización consiste en aportar elementos suficientes para concluir quién o quiénes son representados por la gestión de la personería y sobre quiénes se concede o se niega el amparo. En relación con ello se ha enfatizado que ese requisito, si bien es trascendental para el trámite constitucional, no puede obstaculizar la labor de las

personerías. Es suficiente que aporten elementos que sean aptos para determinar a los sujetos involucrados en el trámite de la acción de tutela³⁹.

1. En relación con la procedencia de una acción de tutela interpuesta por un agente oficioso, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, “se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante.”⁴⁰

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado unos presupuestos, necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, estos son: a) la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad y b) la circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas para interponer la acción, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma.⁴¹

1. En los casos objeto de revisión, se acredita que Alba Merlano de Castillo -expediente T-6241235- está legitimada para actuar como agente oficiosa de Sara Ruiz Quesada, en razón a que la edad y el estado de salud de su agenciada impide que ejerza directamente la acción de tutela.

Adicionalmente, al analizar las circunstancias fácticas del expediente T-6261330, se advierte que el Personero de Neiva interpuso la acción con base en la solicitud verbal que le hiciera Jhon Jairo Núñez, quien, a su turno, actúa como agente oficioso de su madre Ana Beatriz Nuñez. Dado el estado de salud y la avanzada edad de la señora, la Sala estima que el Personero de Neiva tiene legitimación para actuar en el proceso y el hijo está plenamente facultado para agenciar los derechos de su progenitora.

* Legitimación por pasiva

1. La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.⁴²

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares. En los casos objeto de estudio se advierte que las entidades accionadas son entidades prestadoras del servicio público de salud, motivo por el cual están legitimadas por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991⁴³.

* Subsidiariedad e inmediatez⁴⁴

1. Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. De una parte, el requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica⁴⁵.

1. En el caso bajo estudio, la Sala encuentra que en todos los casos se cumple el requisito de inmediatez, en la medida en que las acciones de tutela se interpusieron dentro de un plazo razonable. En particular, se advierte que (i) en el expediente T-6241235, transcurrieron trece días desde que se formularon los insumos no POS hasta la presentación del recurso de amparo; (ii) en el expediente T-6261330 la acción de tutela se interpuso nueve días después de que fuera negada la solicitud de los elementos excluidos del plan obligatorio.

1. Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable⁴⁶. En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

i. A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁴⁷, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal⁴⁸.

i. Si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que éste se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones⁴⁹.

1. En vista de que en este caso se controvierte la autorización de entrega de elementos o insumos excluidos del POS, es preciso analizar si el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es un medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

1. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007⁵⁰, cuando se presenten discrepancias entre usuarios y entidades prestadores de salud originadas en solicitudes dirigidas a obtener el suministro de procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del POS, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 -artículo 126⁵¹- amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó la resolución de controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema y (iii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. La normativa mencionada modificó el trámite del mecanismo y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario.

1. Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de dichas atribuciones. En particular, la sentencia C-119 de 2008⁵² estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, “(...) en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues

la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente.” (Negrillas fuera del texto).

De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo.

1. Tras la modificación del procedimiento que realizó la Ley 1438 de 2011 y la ampliación de las competencias a cargo de la Superintendencia de Salud, este Tribunal exaltó, además de la prevalencia, la idoneidad del mecanismo.

En particular, en la sentencia T-825 de 201253, la Corte estudió las acciones formuladas en representación de menores de edad que padecían autismo, en las que los accionantes pretendían que se ordenara el tratamiento en instituciones especializadas, y señaló:

“El procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011 para tramitar este tipo de conflictos resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores Luis Miguel Gómez y Julián Romero Gaona: (i) por su carácter informal, sumario, principal y preferente; (ii) porque le otorga a la Superintendencia, entre otras, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del trámite que se surta; (iii) y por la celeridad del proceso previsto, de diez días, para resolver de fondo sobre el problema planteado”.

Así mismo, la sentencia T-914 de 201254, estudió la acción de tutela formulada con el propósito de que la entidad promotora de salud asegurara el transporte de un niño (que padecía parálisis cerebral espástica), hasta el lugar donde recibía las terapias, el cual era un servicio que no estaba cubierto por el POS. En aquella decisión se destacó la competencia a cargo de la Superintendencia de Salud para la solución de ese tipo de controversias y se dijo “(...) que el procedimiento que introdujo la Ley 1438 de 2011 para el trámite de estas

cuestiones, es lo suficientemente eficaz y expedito para lograr la efectiva protección de los derechos del peticionario dado su carácter informal, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del mismo y la agilidad que contempla”.

Así pues, esta Corporación ha establecido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es la vía ordinaria, principal y prevalente para el restablecimiento de los derechos y la solución de las controversias que surgen respecto del aseguramiento y prestación de los servicios en el sistema de seguridad social en salud.

No obstante, en múltiples oportunidades⁵⁵ la Corte ha tenido por cumplido el requisito de subsidiariedad, a pesar de que no se haya acudido preliminarmente a la vía judicial ordinaria, cuando ha advertido en el caso concreto la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los derechos, que el mecanismo ordinario no resulta idóneo y por ende la tutela procede como medio principal de protección.

1. La Sala observa que en todos los casos objeto de estudio existe una controversia en torno a la entrega de insumos no contemplados en el POS que podría ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con la competencia asignada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. No obstante lo anterior, si bien en principio el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud es un medio idóneo, se advierte que en los expedientes T-6241235 y T-6261330, las accionantes son mujeres mayores de 70 años que padecen delicados quebrantos de salud.

En esa medida, dada la gravedad de las enfermedades que las aquejan, en estos casos se acredita que las accionantes se encuentran ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable a causa de la dificultad para acceder a los insumos dirigidos a llevar una vida en condiciones dignas. Por consiguiente, la Sala considera que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud no resulta eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos de las señoras Rosa Cuero Torres, Sara Ruiz Quesada y Ana Beatriz Nuñez. En consecuencia, ante la inminencia de que las agenciadas sufran un perjuicio irremediable la tutela es procedente.

1. En síntesis, la tutela es procedente en los expedientes T-6241235 y T-6261330, por cuanto se cumplen los presupuestos para analizar el fondo del asunto. Por consiguiente, en caso de que se amparen los derechos de las agenciadas, las órdenes adoptadas tendrán un carácter definitivo. En consideración a lo anterior, la Corte procederá a efectuar el análisis de fondo sobre los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia⁵⁶

1. El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

En numerosas oportunidades⁵⁷ y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. En cuanto a ésta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que éste derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial⁵⁸ y legislativo⁵⁹, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la sentencia T-760 de 2008 se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

1. En aras de garantizar el derecho a la salud, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e

irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado⁶⁰.

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015⁶¹, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención, controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos, asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia, y adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores⁶².

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos⁶³.

La jurisprudencia constitucional⁶⁴ ha reconocido que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al

dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

1. En cuanto a los elementos del derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

i. Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población⁶⁵;

i. Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida⁶⁶;

i. Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información. ⁶⁷

i. Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios⁶⁸.

1. Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad⁶⁹.

En particular, para efectos de la resolución de los casos concretos la Sala ahondará en dos de ellos, ya que resultan relevantes. Así, en lo que respecta al derecho a la salud, este Tribunal ha dicho que el principio pro homine permite la interpretación de las normas que rigen el tema de salud en el sentido más favorable a la protección de los derechos de las personas. En esa medida, como se dijo en la sentencia C-313 de 2014⁷⁰, al realizar el control de constitucionalidad sobre la Ley Estatutaria de Salud, la aplicación este principio dependerá del análisis que se haga de las particularidades del asunto en cada caso concreto y de lo que en él resulte más favorable para la protección del derecho.

Circunstancias en las que el concepto proferido por un médico particular vincula a la entidad prestadora del servicio de salud, obligándola a acatarlo, modificarlo o desvirtuarlo con base en criterios científicos. Reiteración de jurisprudencia.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la “persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”.⁷¹ También ha dicho que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva⁷².

1. En este orden de ideas, para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado. Como se ha dicho, esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

Concretamente, en la sentencia T-760 de 2008⁷³, se puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- i. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica;
- ii. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio;
- iii. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión;
- iv. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.⁷⁴

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto⁷⁵. Tal resultado también puede darse como resultado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

8. Así, la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:

- i. Existe un concepto de un médico particular;
- ii. Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud;
- iii. La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo.

Estas reglas jurisprudenciales han sido aplicadas por esta Corporación en múltiples oportunidades. Por ejemplo, en las sentencias T-435 de 2010,⁷⁶ T-178 de 2011,⁷⁷ T-872 de 2011⁷⁸, T-025 de 2013, T-374 de 2013⁷⁹ y T-686 de 2013⁸⁰ las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a los actores les negaron determinados procedimientos médicos, (exámenes diagnósticos, medicamentos, tratamientos, procedimientos, entre otros) argumentando que no habían sido ordenados por un profesional adscrito a la entidad. La Corte, en todos ellos, reiteró las reglas arriba mencionadas y como consecuencia tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de los interesados.

La acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

1. En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS, esta Corporación ha precisado⁸¹ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

1. Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del

sistema de seguridad social se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el POS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del POS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

1. Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del POS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la sentencia T-017 de 201382, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del POS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

1. Para facilitar la labor de los jueces, la sentencia T-760 de 200883, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del

POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza además que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el POS, no implica per se la modificación del Plan Obligatorio de Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que se tenga un goce efectivo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del POS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

1. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el POS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece⁸⁴.

1. La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera subregla, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad propio de Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte⁸⁵, sino que su protección exige además asegurar una calidad

de vida en condiciones dignas y justas, según lo reglamentado en la Carta Política.

1. En torno a la segunda subregla, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte⁸⁶ que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS⁸⁷.

1. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

i. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

i. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se

pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, en la sentencia T-899 de 200288, se tutelaron los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

1. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA-, sólo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, en la ya citada sentencia T-760 de 2008, se señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”.

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

1. Mediante la Resolución 3951 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció

un nuevo procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Sin embargo, en esta ocasión no se hará el análisis de las disposiciones contenidas en este acto administrativo, pues las acciones de tutela en los casos objeto de estudio se presentaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida resolución. En efecto, mientras las acciones de tutela fueron presentadas el 16 de marzo (Expediente T-6219749), el 20 de febrero (Expediente T-6241235) y el 8 de febrero de 2017 (Expediente T-6261330), la referida Resolución entró en vigor a partir del 1º de abril de este mismo año⁸⁹.

Por lo tanto, en esta providencia solo se hará referencia a la normas vigentes sobre la materia para el momento en que se interpusieron los recursos de amparo.

Alcance del principio de solidaridad frente a sujetos que merecen especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

1. En virtud de los artículos 5º, 42 y 95 -numeral segundo- Superiores, toda persona está obligada a obrar conforme al principio de solidaridad social, el cual ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “(...) un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.”⁹⁰

De lo anterior se desprende que el principio de solidaridad implica una mayor carga y exigibilidad en las conductas que deben desplegar tanto el Estado, como la sociedad, para proteger a aquellos que por su condición, no lo pueden hacer independientemente. En este contexto, la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, está llamada a cumplir dicho deber en concurrencia con el Estado.

1. En materia de salud, la Corte ha determinado que la responsabilidad de proteger y garantizar este derecho, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado⁹¹. En este sentido, el vínculo familiar se encuentra unido

por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulando emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar⁹²; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento.

En ese orden de ideas, por lo general es la familia quien se encuentra en mejores condiciones para mantener y promover la recuperación y el cuidado del paciente, pues es este el entorno social y afectivo en el cual encuentra mayor comodidad y apoyo por sus familiares.

Cabe aclarar que lo anterior no excluye las responsabilidades a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud puesto que, aun cuando la familia debe asumir la responsabilidad por el enfermo, son las entidades prestadoras de salud las que tienen a su cargo el servicio público de salud y la obligación de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran.

1. En conclusión, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique que se desconozca la responsabilidad de la sociedad y del Estado en la recuperación y el cuidado del paciente.

Análisis de los casos concretos

Expediente T-6219749

1. El agente oficioso interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su agenciada, los cuales estimó vulnerados en razón a que solicitó a la EPS suministrar ciertos insumos no incluidos en el POS para el traslado y cuidado de su madre, pues no cuenta con recursos suficientes para sufragarlos.

1. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) para el momento de la presentación de la acción de tutela, la actora tenía 46 años de edad; (ii) requería de tres sesiones de diálisis a la semana debido a que no le fue tratado oportunamente un tumor cancerígeno en el endocervix, lo cual le causó hemorragias uterinas y complicaciones en los riñones; (iii) como resultado de la consulta de la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-93 realizada el 28 de agosto de 2017, se estableció que la accionante murió; (iv) mediante llamada telefónica realizada el 28 de agosto de 2017, el agente oficioso informó al Despacho de la Magistrada sustanciadora que la accionante falleció a mediados de ese mes⁹⁴.

En este caso, aunque no hay evidencia de que Coosalud E.S.E hubiera negado servicios de salud, ni que su actuar hubiese causado la muerte de la accionante, su silencio frente a las solicitudes de entrega de subsidio de transporte y de otros insumos no incluidos en el POS (i.e. suplemento vitamínico, pañales y pañitos) demuestran un trato denigrante e indigno a una paciente cuyo estado de salud demandaba una atención compatible con la eficacia de sus derechos fundamentales.

La entidad demandada afirmó en su escrito de contestación que la acción de tutela debía ser desestimada por el juez de instancia porque los insumos solicitados no fueron prescritos por el médico tratante. Para la Corte, estas afirmaciones demuestran que la entidad no realizó un mínimo despliegue de actividades con el fin de establecer si la paciente en efecto requería los insumos y prestaciones solicitadas; omisiones que definitivamente contribuyeron a que la actora falleciera en condiciones indignas.

1. En vista que en este caso no hay otro camino que la declaratoria de la carencia actual de objeto por daño consumado, esta Corporación no puede proferir órdenes tendientes a la protección de los derechos de la accionante. Sin embargo, con el fin de evitar que con posterioridad otros usuarios del sistema de salud puedan verse involucrados en circunstancias similares, la Sala estima pertinente compulsar copias del expediente T-6219749 a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue la conducta de Coosalud E.S.E. en este caso.

1. La agente oficiosa presentó el recurso de amparo debido a que consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su madre ante la negativa de las accionadas de suministrar una serie de insumos y medios de apoyo requeridos para su cuidado (i.e. una enfermera por ocho horas diarias, pañales desechables y pañitos húmedos), pues se trata de un persona de avanzada edad que presenta delicados quebrantos de salud.

1. Con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) se trata de una persona de 92 años de edad, que padece quebrantos de salud; (ii) se le han practicado tres intervenciones quirúrgicas de resección de tumores en el cerebro a lo largo de su vida; (iii) en la actualidad la agenciada presenta limitaciones físicas que generan una dependencia importante, pues necesita ayuda para desplegar ciertas acciones cotidianas como comer, bañarse, vestirse, ir al baño, caminar y subir escaleras; (iv) los insumos y medios de apoyo requeridos para su cuidado fueron prescritos por un médico particular, y (v) la agente afirmó que no cuenta con recursos económicos suficientes para asumir los gastos en que debe incurrir para el sostenimiento de su madre, hecho que no fue desvirtuado por ninguna de las entidades demandadas.

1. La Corte estima que en este caso se cumplen todas las subreglas previstas en la jurisprudencia para el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS. En primer lugar, la actora se encuentra en una circunstancia de postración que genera una dependencia casi absoluta, lo cual permite inferir que la carencia de los insumos solicitados le impide vivir en condiciones dignas. En segundo lugar, los servicios solicitados no se encuentran incluidos en el plan de beneficios, y en esa medida no pueden ser sustituidos por ningún otro.

En tercer lugar, a pesar de que los servicios solicitados fueron prescritos por un médico

particular, como se mencionó con anterioridad, ello no es una condición para que se niegue su validez, pues según las reglas establecidas por la Corte sobre este asunto, en el presente caso se advierte que (i) existe un concepto de un médico particular; (ii) que el galeno es un profesional que hace parte del Sistema de Salud, y (iii) la entidad accionada no desvirtuó su concepto con base en razones científicas.

Por último, respecto de la capacidad económica de la accionante, en este caso se advierte que la actora afirmó que ni ella ni su núcleo familiar pueden asumir el costo de las prestaciones solicitadas, hecho que no fue desvirtuado por las entidades demandadas.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que en este caso se cumplieron todos los requisitos fijados por la jurisprudencia para que proceda el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS, y en esa medida, la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales de la actora porque a pesar de la existencia de un concepto médico particular, el padecimiento y la edad de la actora son hechos notorios que dan cuenta de la necesidad de ciertos insumos con el fin de que pueda llevar su vida en condiciones dignas. Sin embargo, esta Corporación considera que no puede invadir las competencias propias de los profesionales de la salud al ordenar la entrega de los insumos solicitados en las cuantías específicas requeridas por el agente oficioso, en razón a que los profesionales médicos son quienes tienen la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la cantidad de los referidos elementos.

1. Respecto de la prestación del servicio de apoyo especializado de la enfermera, es preciso recordar que de acuerdo con la Resolución 6408 de 201695, proferida por el Ministerio de Salud, el servicio de atención domiciliaria se define como una “[m]odalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”. Ello resulta de suma importancia para determinar el alcance de la prestación solicitada, pues la enfermera, en tanto profesional de la salud, no debería asumir la carga de realizar actividades que, en virtud del principio de solidaridad, le corresponde asumir a los familiares. En esa medida, para determinar la necesidad de la prestación de éste servicio, es preciso verificar que las actividades o labores

que se desplieguen se hagan en función de brindar una solución a los problemas de salud del paciente.

En este orden de ideas, se concederá el amparo, pero se ordenará una valoración médica para: (i) establecer en qué cantidad se requieren los elementos no previstos en el plan de beneficios, y (ii) verificar si la actora requiere de la prestación del servicio de enfermería en los términos de la Resolución 6408 de 2016.

Expediente T-6261330

1. En el presente caso Jhon Jairo Núñez, quien actúa como agente oficioso de su madre Ana Beatriz Núñez, interpuso acción de tutela a través del Personero Municipal de Neiva (e.) contra Comfamiliar EPS, con el fin de que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su agenciada, en razón a que la entidad negó la entrega de pañales y crema antiescaras debido a que los productos solicitados no hacían parte del POS.

1. En este caso la Corte encuentra probados los siguientes hechos: (i) la agenciada tiene 74 años de edad; (ii) presenta distintos diagnósticos, a saber, caquexia, anemia por deficiencia de hierro; neumonía no especificada, y enfermedad obstructiva crónica no especificada; (iii) como consecuencia de estos padecimientos, se encuentra postrada en cama, lo cual le genera complicaciones para realizar sus actividades por sí sola.

1. Al analizar los presupuestos fijados por esta Corporación para determinar si procede el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS, se advierte que en este caso todos se cumplieron, pues (i) la actora presenta un delicado estado de salud que genera una dependencia importante; (ii) en atención a sus padecimientos, requiere de una serie de insumos no incluidos en el POS que si bien no hacen parte del tratamiento, son necesarios para su pervivencia en condiciones dignas; (iii) los referidos insumos no fueron autorizados por la entidad accionada debido a que no existe un concepto médico que justifique su entrega, y (iv) existen indicios de que la situación socio-económica de la actora

es precaria, pues pertenece al régimen subsidiado en salud y la entidad accionada no demostró (ni se pronunció siquiera) que ella y su núcleo familiar estuvieran en condiciones de solvencia que les permitiera sufragar los insumos solicitados.

Por lo tanto, en el mismo sentido que en caso precedente, la Sala considera que las actuaciones desplegadas por Comfamiliar EPS Huila vulneraron los derechos fundamentales de la actora porque a pesar de la ausencia de un concepto médico, el padecimiento de la actora es un hecho notorio que da cuenta de la necesidad de ciertos insumos con el fin de que pueda llevar su vida en condiciones dignas. Sin embargo, aunque se concederá el amparo se ordenará una valoración médica para establecer en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los referidos elementos reclamados.

Conclusiones y decisión a adoptar

1. Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones:

- El mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es el medio idóneo para controvertir la decisión de una entidad prestadora del servicio de salud de negar elementos, procedimientos o insumos excluidos del POS, salvo que el usuario se encuentre ante la inminencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la tutela procede de manera excepcional.
- El derecho a la salud puede tener un espectro de protección más amplio cuando se trate del suministro de medicamentos, tratamientos e insumos no incluidos en el POS, cuando de las circunstancias fácticas se advierta notoriamente que éstos son necesarios para garantizar la vida en condiciones de dignidad.
- Se presenta un daño consumado cuando el accionante fallece durante el trámite de la acción de tutela, lo cual implica que el juez constitucional no pueda dictar órdenes de protección pues el sujeto titular de los derechos ha muerto. No obstante, en estos casos el juez de tutela tiene el deber de pronunciarse sobre la vulneración de los derechos invocados en el recurso de amparo.

1. Con fundamento en estas consideraciones, en el expediente T-6219749, la Sala revocará la sentencia del 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por daño consumado y compulsará copias del expediente a la Superintendencia de Salud para que investigue la conducta de Coosalud E.S.E. en este caso.

1. En los expedientes T-6241235 y T-6261330 se revocarán las sentencias del 30 de marzo y del 18 de abril de 2017, proferidas por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cartagena y el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, respectivamente, por cuanto las circunstancias fácticas de estos casos permiten a la Sala determinar que los servicios e insumos solicitados por los agentes oficiosos son necesarios para que las agenciadas lleven su vida en condiciones dignas. En su lugar, la Sala ordenará a Nueva EPS y Comfamiliar EPS Huila realizar una valoración médica a las tutelantes con el objetivo de establecer en qué cuantía y con qué periodicidad se requieren los referidos insumos y servicios. Una vez establecida la cuantía y periodicidad, deberán de inmediato autorizar y suministrar los insumos, que como resultado de la valoración médica sean ordenados por el profesional de la salud, a través de la IPS que elija de su listado de prestadores de servicios de salud, para el cumplimiento de esta orden.

1. Adicionalmente, en el expediente T-6241235, al realizar una valoración médica, también se deberá verificar si la actora requiere de la prestación del servicio de enfermería en los términos de la Resolución 6408 de 2016, esto es, la prestación de un servicio en el lugar de residencia de la actora tendiente a brindar una solución a los problemas de salud del paciente.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 31 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali, dentro del expediente T-6219749, que negó el amparo, al considerar que la acción de tutela era improcedente. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por existencia de un daño consumado.

SEGUNDO.- COMPULSAR COPIAS del expediente T-6219749 y de la presente sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue la conducta de Coosalud E.S.E. Para el efecto, la Secretaría General de la Corte realizará los desgloses y anotaciones respectivas.

CUARTO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, practique una valoración médica a la señora Sara Ruiz Quesada para determinar (i) en qué cantidad se requieren los elementos no previstos en el plan de beneficios, y (ii) si la actora requiere de la prestación del servicio de enfermería en los términos de la Resolución 6408 de 2016, esto es, la prestación de un servicio en el lugar de residencia de la actora tendiente a brindar una solución a los problemas de salud del paciente.

QUINTO.- ORDENAR a la Nueva EPS que suministre, de manera inmediata, los insumos que como resultado de la valoración médica sean ordenados por el profesional de la salud que realice la referida valoración, a través de la IPS que elija de su listado de prestadores de servicios de salud.

SEXTO.- REVOCAR la sentencia del 18 de abril de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, dentro del expediente T-6261330, mediante la cual se negó el amparo solicitado por Jhon Jairo Núñez, quien actúa como agente oficioso de su madre Ana Beatriz Núñez. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Comfamiliar Huila EPS que en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, practique una valoración médica a la señora Ana Beatriz Núñez para determinar en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los pañales y crema anti escaras solicitados.

OCTAVO.- ORDENAR a Comfamiliar Huila EPS que suministre, de manera inmediata, los insumos que como resultado de la valoración médica sean ordenados por el profesional de la salud que realice la referida valoración, a través de la IPS que elija de su listado de prestadores de servicios de salud.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 La acción de tutela fue radicada el 16 de marzo 2017. Cuaderno I, folios 1-4.

2 Ibídem.

3 Ibídem.

4 Cuaderno I, folio 26.

5 Cuaderno I, folios 31-32.

6 Cuaderno I, folios 34-35.

7 Cuaderno I, folios 36-43.

8 Fallo de única instancia proferido por el Juzgado 28 Penal Municipal Con Funciones de Garantías de Cali. Cuaderno I, folios 44-46.

10 Escrito de tutela. Cuaderno I, folios 1-22.

11 Formato de valoración de dependencia de la Clínica Universitaria San Juan de Dios. Cuaderno I, folio 13.

12 Escrito de tutela. Cuaderno I, folios 1-22.

13 Folio 24.

14 Contestación de la entidad accionada. Cuaderno I, folios 41-48.

15 Proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

16 Cuaderno II, folios 4-8.

17 Cuaderno II, folios 4-8.

18 La acción de tutela se presentó el 8 de febrero de 2017.

19 Sentencia de primera instancia. Cuaderno I, folios 27-31.

20 Escrito de impugnación. Cuaderno I, folios 34-37.

21 Fallo de segunda instancia. Cuaderno I, folios 5-11.

22 Cfr. Sentencia T-703 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

23 Sentencia T-096 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

24 Cfr. Sentencia T-323 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Artículo 24. Prevención a la autoridad. Si al concederse la tutela hubieren cesado los

efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

26 Sentencia T-170 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

27 Ibíd.

28 Sentencia T-309 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

29 Ver Sentencia T-972 de 2000, en la cual se presentaba carencia actual de objeto por fallecimiento del actor, incluso antes de que se hubiera proferido sentencia en el proceso que cursaba ante la jurisdicción ordinaria.

30 Constancia de consulta realizada en el portal <http://www.fosyga.gov.co/>. Cuaderno Corte Constitucional, folio 13.

31 Constancia de llamada telefónica realizada el 28 de agosto de 2017. Cuaderno Corte Constitucional, folio 14.

33 Sentencia T-460 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

34 Sentencia T-867 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 Sentencia T-331 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

36 Sentencia T-150A de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

37 Sentencia C-431 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. “si bien dichos funcionarios no son delegados directos ni agentes de la Procuraduría General de la Nación, sí tienen a su cargo el desempeño de las funciones propias del Ministerio Público a nivel municipal, lo cual se hace evidente en las normas legales que, dando estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales sobre la materia, reglamentan la institución de la personería”

38 Al respecto ver sentencias T-078 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-789 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

39 Sentencia T-137 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. “la instauración de una acción de tutela no puede exigir un excesivo rigor formalista, pues a través de ella no se busca el establecimiento de una “litis”, sino que su objetivo principal es la protección eficaz y oportuna de derechos fundamentales. Por tal razón, la Corte ha precisado que en estos procesos prima el principio de informalidad, según el cual los obstáculos de trámite no se pueden interponer en la búsqueda de soluciones reales y efectivas.”

40 T-044 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

41 Ver sentencias T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-372 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-968 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

42 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

43 Decreto 2591 de 1991. Artículo 42: “Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.”

44 Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ya ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la existencia de otro mecanismo judicial y el perjuicio irremediable se tomará como modelos de reiteración los fijados por la Magistrada sustanciadora en las sentencias T -704 de 2015, T-736 de 2015, T-593 de 2015, T-185 de 2016, T-102 de 2017, T-488 de 2017 y en el Auto 132 de 2015.

45 Ver Sentencias T-730 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 678 de 2006 M.P. Clara Inés

Vargas Hernández; T-610 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

46 Ver Sentencias T-948 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-325 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

47 Para determinar la existencia de un perjuicio irremediable que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes características: (i) Que el perjuicio sea inminente, es decir que no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) Que las medidas que se requieren para evitar la configuración del perjuicio, sean urgentes; (iii) Que el perjuicio que se cause sea grave, lo que implica un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iv) Que la acción de tutela sea impostergable, es decir que de aplazarse, se corra el riesgo de que esta sea ineficaz por inoportuna. Ver sentencias T-702 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-494 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-232 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-527 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

48 Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

49 Sentencias T-662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

50 Ley 1122 de 2007. Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. “Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia

demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

51 Ley 1438 de 2011. Artículo 126. “Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

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

52 En la sentencia C-119 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se estudió una demanda formulada contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por la presunta afectación del derecho del debido proceso, pues según el demandante las atribuciones de la Superintendencia de Salud comportaban la usurpación de facultades constitucionales

exclusivas de los jueces de tutela.

53 M.P. Mauricio González Cuervo.

54 M.P. Mauricio González Cuervo.

55 Ver sentencias C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-234 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

56 La Sala tomará como parámetro de referencia lo consignado en las sentencias T-562 de 2014, T-925 de 2014 T-955 de 2014 y T-098 de 2016, en lo relacionado con las características generales del derecho a la salud.

57 Ver, entre otras, las sentencias T-760 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-126 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-593 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

58 Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

59 Ver Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

60 Ley 1751 de 2015. Artículo 2º.

61 Cfr. Ley 1751 de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 5.

62 Ver sentencia T-760 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

63 Ibíd.

64 Ver, entre otras, sentencias T-737 de 2013. M. P. Alberto Rojas Ríos; C-313 de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-754 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

65 Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; T-234 de 2013. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-384 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; y T-361 de

2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

66 Ver, entre otras, sentencias T-468 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-563 de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo; y T-318 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

67 Ver, entre otras sentencias T-447 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa; T-076 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-455 de 2015. M. P. M. P. Myriam Ávila Roldán.

68 Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; T-745 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-200 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos; y T-519 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

69 Ver, ente otras, sentencias T-612 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-499 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos; y T-126 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

70 Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

71 Cfr. sentencias T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), apartado 4.4.2., y en sentencia T-320 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en esta última, respecto del concepto del médico tratante señaló: “[c]omo se indica, el servicio que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, al ser la persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente. Según la Corte, el médico tratante es aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de la prestación; por ende, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto.”

72 Cfr. T-025 de 2013 (M.P. María Victoria Calle)

73 Ídem.

74 Cfr. T-1138 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-662 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil entre otras.

76 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

77 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

78 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

79 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

80 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

81 Ver, entre otras, sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

82 Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

83 Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

84 Ver sentencias T-099 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-899 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-975 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1024 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-180 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 955 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

85 Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; T-155 de marzo 2 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de diciembre 12 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

86 T-873 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

87 Ante este problema, la sentencia precisó que “lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación”.

88 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

89 Por medio del artículo 17 de la Resolución 532 del 28 de febrero de 2017, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se modificó el artículo 93 de Resolución 3951 de

2016, en el sentido de que la entrada en vigencia de éste ultimo acto administrativo sería a partir del 1º de abril de 2017.

90 Sentencia C-503 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

91 Corte Constitucional. T-507 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

92 Corte Constitucional. T-867 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

93 Constancia de consulta realizada en el portal <http://www.fosyga.gov.co/>. Cuaderno Corte Constitucional, folio 13.

94 Constancia de llamada telefónica realizada el 28 de agosto de 2017. Cuaderno Corte Constitucional, folio 14.

95 Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).