

Sentencia T-678/15

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Presupuestos

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

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

El artículo 49 de la Constitución Política de 1991 establece la obligación en cabeza del Estado de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, por ello, le ha encargado la tarea de diseñar, implementar y vigilar la ejecución de las políticas públicas que se requieran para el cumplimiento de este mandato. Por lo anterior, es posible afirmar que la salud en Colombia tiene una doble connotación: por un lado, es un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, es un servicio público esencial que debe ser garantizado por el Estado.

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-
Contenido/PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-
Alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS

Como es bien sabido, los derechos fundamentales de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás, en virtud del artículo 44 de la Constitución Política, al punto que la Carta establece explícitamente el carácter fundamental de los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Del mismo modo, dicho artículo dispone que la sociedad, la familia y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los menores para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En vista de la previsión constitucional mencionada y de las obligaciones

internacionales que ha asumido Colombia en lo que respecta a la protección de los niños y niñas, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que los menores son sujetos de especial protección constitucional, lo cual implica que sus derechos tienen carácter prevalente cuando se encuentren en conflicto con otros intereses. La obligación de proteger los derechos de los niños de manera prevalente aplica del mismo modo al juez constitucional, quien tiene el deber de modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieran los menores, en caso de que se compruebe que en el caso concreto estas operan en contra de los intereses de estos sujetos de especial protección. De allí que sea posible concluir que “en síntesis, los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas”.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Naturaleza jurídica

Dentro del ordenamiento aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud, se ha contemplado las figuras de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación como pagos que deben realizar los usuarios del sistema con el fin de contribuir con su financiación, así como racionalizar el uso de los servicios del mismo. El cobro de este tipo de desembolsos ha sido considerado ajustado a la Constitución por esta Corporación, siempre y cuando no se constituyan en una barrera al acceso fundamental a la salud, por lo que en determinados casos se ha aceptado la posibilidad de eximir a un usuario de esta responsabilidad económica. Al respecto, es necesario mencionar las diferencias que existen entre los dos regímenes contemplados por la Ley 100 de 1993 para efectos de los mencionados pagos. Así, las personas pertenecientes al régimen contributivo tienen el deber de cancelar copagos y cuotas moderadoras, sin que sea posible que se cobren simultáneamente para un mismo servicio. Por su parte, las personas afiliadas a través del régimen subsidiado tienen la carga de contribuir a la financiación del sistema a través de copagos y cuotas de recuperación, pero por el hecho de pertenecer a poblaciones vulnerables o no contar con la suficiente capacidad económica, el Estado subsidia total o parcialmente dicha contribución.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Casos en que procede exoneración

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-No pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios de salud cuando el usuario no está en la capacidad de sufragar su costo

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

COBERTURA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO DE PACIENTES Y ACOMPAÑANTES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reiteración de jurisprudencia

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

JUEZ CONSTITUCIONAL-Facultad oficiosa para esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran derechos fundamentales

Siguiendo con el precedente reiterado por la mencionada T-255 de 2015, el juez de tutela es un garante activo de los derechos fundamentales y, por eso, desde la admisión de la acción constitucional debe procurar, entre otras cosas, (i) interpretar adecuadamente la solicitud de tutela, analizando íntegramente la problemática planteada; (ii) identificar cuáles son los hechos generadores de la afectación y sus posibles responsables; (iii) integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas entidades que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo; (iv) decretar y practicar de oficio las pruebas que resulten necesarias para despejar la incertidumbre fáctica y jurídica que se cierna sobre la verdad real materia de examen; (v) dictar medidas cautelares cuando advierta la necesidad de evitar que la amenaza contra un derecho fundamental se transforme en vulneración o, que habiéndose constatado la existencia de una infracción iusfundamental, ésta se torne más gravosa para la integridad de los bienes constitucionales invocados. Para ello debe ordenar “todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”; (vi) valorar la situación de vulnerabilidad de las personas y considerar sus condiciones materiales de existencia, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política y; (vii) proteger adecuadamente y conforme a los hechos probados en el proceso, aquellos derechos vulnerados o

amenazados, incluso si el accionante no los invocó.

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA Y POLIZA DE SEGUROS-Diferencias

CONTRATO DE SALUD Y MEDICINA PREPAGADA-Preexistencias

CONTRATO DE SALUD Y MEDICINA PREPAGADA-Obligación de realizar exámenes médicos antes de la celebración a fin de determinar las preexistencias

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Orden a EPS autorizar estudio de caso de menor con miras a que se realice cirugía reconstructiva de rostro, si el dictamen es favorable, autorizar y realizar dicha intervención

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Orden a EPS expedir autorizaciones que menor requiera para que sea atendido por un profesional en psicología

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Orden a EPS autorizar servicio de enfermería permanente

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Orden a EPS autorizar servicio de transporte para menor y acompañante adulto, ida y vuelta, desde hogar del accionante hasta instituto para ciegos y sordos

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA QUE SUFRE DE OBESIDAD-Orden a compañía de seguros autorizar procedimiento denominado “Gastrectomía Tipo Sleeve por Laparoscopia” en el marco de la póliza del seguro de salud celebrada con el accionante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE ADULTO MAYOR-Carencia actual de objeto por fallecimiento de accionante

Referencia: Expedientes T-5.046.747, T-5.050.455, T-5.053.956, T-5.055.084, T-5.058.627 y T-5.061.429 (Acumulados)

Acción de tutela interpuesta por Ruby Marina Rodríguez contra Caprecom E.P.S.; Luz Marina Melo de Zapata contra Sanitas E.P.S.; Alba del Socorro Atehortúa contra Nueva E.P.S.; Ángela María Pérez contra Salud Total E.P.S.; Andrés Mauricio Fonseca contra MetLife Compañía de Seguros S.A. y Blanca Cecilia Castillo contra Capital Salud E.P.S.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de 2015.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos dentro de los expedientes: T-5.046.747, por el Juzgado Cuarto de Familia de Barranquilla en única instancia; T-5.050.455, por el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali en primera instancia y el Juzgado 3 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali en segunda instancia; T-5.053.956, por el Juzgado 29 Administrativo Oral del Circuito de Medellín en única instancia; T-5.055.084, por el Juzgado 5 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cali en única instancia; T-5.058.627, por el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá en primera instancia y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad en segunda instancia, y T-5.061.429, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá en primera instancia y el Consejo Superior de la Judicatura en segunda.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes mencionados en la referencia acuden a la acción de tutela con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas y la seguridad social, que consideran desconocidos por las Entidades Promotoras de Salud a las cuales están afiliados, con base en los antecedentes que a continuación se describen:

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1. La señora Ruby Marina Rodríguez Navarro instauró acción de tutela, en representación de su hijo menor Esneider Prenth Rodríguez contra la EPS Caprecom, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y la seguridad social.

2. Señaló que Esneider es un joven de 12 años de edad, que nació con una malformación congénita diagnosticada como “microsomia hemifacial lado izquierdo”, que desde su nacimiento, y hasta la fecha de presentación de la tutela, ha sido de gran impacto y padecimiento psicológico por las malformaciones que ha generado en su cara. Igualmente, relata que desde sus primeros años ha sido sometido a múltiples cirugías en procura de su mejor calidad de vida y apariencia.

3. Indicó que desde el año 2012 Caprecom EPS se ha comprometido a realizarle una cirugía junto con los procedimientos dirigidos a la reconstrucción de rostro del menor, y que, en más de tres ocasiones ha cancelado los pagos exigidos para la realización del procedimiento.

4. En igual sentido, alega que desde el año 2012 el doctor Carlos Prado, cirujano maxilofacial, solicitó a Caprecom EPS la remisión del niño a los niveles de atención 3 y 4, para la práctica de una cirugía de reconstrucción del rostro del menor, por parte de un equipo multidisciplinario compuesto por el cirujano plástico de cabeza, cuello, otorrinolaringología maxilofacial. Adicionalmente, sugirió la realización del procedimiento en el Hospital cancerológico de Bogotá o en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín.

5. Sostiene que lleva más de 3 años gestionando trámites, y reitera que luego de efectuar en 3 ocasiones diferentes los copagos solicitados por la entidad, la EPS no ha realizado la programación de la cirugía. Finalmente, afirma que se encuentra en una situación económica precaria debido al pago de los co-pagos cobrados por la EPS accionada, y que adicionalmente, debe lidiar con la difícil situación de frustración que afronta su hijo por las malformaciones que padece.

6. Por lo anterior, solicita al juez constitucional que ordene a la accionada la realización de la mencionada cirugía, así como la prestación de los tratamientos post-operatorios que su hijo requiera.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

– Órdenes médicas especificando diagnóstico y tratamientos para el menor Esneider Jesús Prent, que incluyen aquellas por las que se solicita autorización para intervenciones quirúrgicas a cargo de un especialista en cirugía plástica.

4. Respuesta de las entidades accionadas

La accionada no emitió respuesta a las pretensiones elevadas por la accionante.

Mediante providencia del siete de mayo de 2015, el Juzgado Cuarto de Familia de Barranquilla decidió negar el amparo solicitado por la señora Ruby Rodríguez Navarro a favor del menor Esneider Prentz Rodríguez, por considerar que si bien el médico tratante ordenó la realización de una cirugía reconstructiva de rostro con un equipo multidisciplinario de especialistas, no se logró acreditar que dicho procedimiento hubiese sido suspendido con ocasión de algún trámite o por falta de disponibilidad presupuestal de CAPRECOM E.P.S. De este modo, el juez no consideró probada la vulneración de los derechos fundamentales alegada.

Dicha decisión no fue impugnada, por lo que no se surtió trámite de segunda instancia.

Del expediente T-5.050.455

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1. La señora Luz Marina Melo de Zapata instauró acción de tutela, como agente oficiosa de su padre el señor Álvaro Melo Solano, en contra de la EPS Sanitas, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la dignidad humana.

2. La agente manifiesta que su padre, de 88 años de edad, padece de “alzheimer”, razón por la cual necesita de una persona que lo acompañe debido a las limitaciones físicas y mentales derivadas de su enfermedad. Dentro de su diagnóstico se señala que padece “severo síndrome cognitivo, motor de rango demencial concomitante con graves alteraciones sensoriales motoras” que le han generado una grave discapacidad. Agrega que es paciente “anticoagulado” con control de medicamento y atención permanente para ir al baño, toma de presión por hipertensión arterial aguda, depresión, poli-neuropatía idiopática, síndrome cordonal posterior y demencia senil.

3. Sostiene que ha acudido a múltiples especialistas de la salud, y que en un derecho de petición dirigido a la EPS Sanitas, el 30 de octubre de 2014, solicitó el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas con base en el concepto de especialistas antes

consultados. Sin embargo, la EPS negó el servicio aduciendo que lo requerido por su padre era un servicio de cuidador, el cual se encuentra excluido del POS y, por consiguiente, del ámbito de protección de las entidades promotoras de salud.

4. La agente alega que los médicos que indicaron los tratamientos no estaban adscrito a la EPS pero que sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado que los conceptos médicos de los profesionales de la salud externos a la EPS son válidos hasta que la EPS demuestre lo contrario.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Copia de documento denominado “Notas de Consulta General”, elaborado por profesionales médicos adscritos a la Fundación Valle del Lilli, en el que se “solicita evaluación por el grupo de medicina domiciliaria con el fin de indicar la mejor asistencia posible que atenúe las complicaciones sistémicas propias” del estado neurológico del señor Melo Solano.
- Copia de fórmula médica elaborada por profesionales adscritos a Medical Group, en la que se recomienda “atención integral (...) con cuidados de enfermería.
- Formato de atención de consulta domiciliaria elaborada por profesionales de la empresa Red Vida, en la que se detallan los síntomas del paciente, así como la recomendación de que sea atendido por un cuidador domiciliario las 24 horas.
- Copia de derecho de petición dirigido a SANITAS E.P.S. por el cual se solicitó a esta entidad la prestación del servicio de enfermería domiciliaria 24 horas a favor del agenciado.
- Copia de la contestación realizada por la E.P.S. al anterior derecho de petición, negando la solicitud por considerar que la figura de cuidador se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud y que, además, la solicitud fue revisada por un Comité Técnico Científico que determinó rechazar la petición por la misma razón.

A través de escrito radicado el 10 de diciembre de 2014, la E.P.S. accionada respondió a la acción interpuesta indicando la diferencia entre “enfermera” y “cuidador”, señalando que estas son categorías excluyentes, por cuanto este último se refiere al trabajo que puede ser

desempeñado por cualquier familiar del paciente y, por tanto, no se encuentra cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.

En ese sentido, dado que se ha probado que el agenciado no requiere los servicios de enfermería sino de cuidador, solicitó al juez desestimar las pretensiones, habida cuenta de que la accionante parece vivir en un barrio de estrato cinco, con lo cual tampoco aparece probada la ausencia de recursos económicos para cubrir las necesidades de su padre.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

El Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, mediante providencia del 18 de diciembre de 2014, resolvió negar la acción de tutela instaurada por la señora Luz Melo de Zapata a favor de su padre, por considerar que la accionada había prestado todos los servicios requeridos por el paciente dentro del ámbito de sus facultades y que, en lo que respecta a la solicitud del servicio de enfermería, no era dable acceder a la pretensión al no existir orden del médico tratante adscrito a la E.P.S. y al haber sido negada la petición por un Comité Técnico Científico. Luego de haber sido apelada por la accionante, la decisión fue conocida en segunda instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, que decidió confirmar la providencia del a quo apoyándose en argumentos similares a los esgrimidos por éste.

Del expediente T-5.053.956

1. La señora Alba del Socorro Atehortúa Arias indica que su madre, Otilia Arias de Atehortúa, tiene 91 años y se encuentra vinculada al régimen contributivo de salud a través de la Nueva EPS. La señora Arias padece de múltiples enfermedades tales como demencia senil, enfermedad de Alzheimer e hipertensión arterial que han tenido como consecuencia, entre otras, la imposibilidad para controlar sus esfínteres.

2. Manifiesta que el médico tratante de su madre le ordenó el uso diario de pañales desechables, dado que la humedad puede generar infecciones urinarias que agravarían aún más la situación de la señora, quien no puede moverse por sí misma. Por lo anterior, la peticionaria solicitó a la E.P.S. que le suministrara los mencionados pañales a la paciente mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2014. La entidad, sin embargo, negó la solicitud argumentando que no existía un concepto emitido por el Comité Técnico Científico

que avalara dicho suministro de insumos.

3. Frente a lo anterior, la accionante argumenta que el derecho de petición presentado tenía por objeto, precisamente, que el caso fuera evaluado por el Comité Técnico Científico, pero al no haber dado una respuesta clara ni afirmativa, la señora Arias no ha podido disponer de los pañales con la regularidad necesaria ya que su familia no cuenta con los recursos para sufragar dicho gasto, por cuanto su único ingreso proviene de la pensión de la misma señora. En vista de lo anterior, la señora Atehortúa interpuso acción de tutela contra la mencionada E.P.S. y la Secretaría de Salud del departamento de Antioquia, con el fin de que sean protegidos los derechos fundamentales de su señora madre y se le ordene a Nueva E.P.S. que suministre los pañales que fueron ordenados por el médico tratante.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Copia de historia clínica de la agenciada con énfasis en los problemas médicos asociados al diagnóstico de demencia senil.
- Copia de la respuesta dada por la E.P.S. accionada a la señora Otilia Arias, negando la solicitud de suministro de pañales desechables en vista de que no se ha realizado el trámite necesario ante el Comité Técnico Científico.

4. Respuesta de las entidades accionadas

La Nueva E.P.S. respondió a las pretensiones indicando que no existe orden del médico tratante que haya prescrito la necesidad de que a la paciente se le suministren pañales desechables y que tampoco existe prueba de que la accionante hubiese agotado la vía administrativa necesaria para solicitar el mencionado suministro. Finalmente, resaltó que, en todo caso, este tipo de elementos de aseo no se encuentran cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud. Por lo anterior, solicitó declarar la no vulneración de derechos fundamentales por parte de la entidad y, por ende, negar el amparo deprecado.

Por su parte, la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia indicó que no era de su competencia la prestación de servicios de salud a la agenciada, en vista de que ésta se encontraba afiliada al régimen contributivo y no al subsidiado. Por esa razón, solicitó ser exonerada de cualquier obligación con respecto a los servicios sanitarios que requiriese la

señora Arias de Atehortúa.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Mediante sentencia del 29 de marzo de 2015, el Juzgado 29 Administrativo Oral del Circuito de Medellín decidió negar las pretensiones solicitadas por considerar que del material probatorio que obra en el expediente no era “posible deducir una situación real de trasgresión de los derechos fundamentales de la accionante para lo cuales solicita su protección, por cuanto no se evidencia una razón objetiva y clara que compruebe una amenaza cierta y contundente en contra de sus derechos”, teniendo en cuenta que los pañales solicitados no habían sido prescritos por el médico tratante de la señora Otilia Arias de Atehortúa ni se había surtido el trámite administrativo correspondiente ante la E.P.S. accionada.

Esta providencia no fue impugnada, por lo cual no surtió trámite de segunda instancia.

Del expediente T-5.055.084

1. La señora Ángela María Pérez López indica que su hijo David González Pérez, de 4 años de edad, está afiliado a Salud Total E. P. S. El menor nació el 4 de abril de 2011 a las 38 semanas de gestación, en un parto expulsivo que le causó una hipoxia perinatal teniendo consecuencias negativas en sus pulmones así como provocándole un retraso psicomotor y de lenguaje. Luego de sucesivas hospitalizaciones por problemas respiratorios, el menor ha seguido presentando alergias y ha requerido de terapias para tratar estas dolencias.

2 Posteriormente, el menor fue diagnosticado con cataratas congénitas bilaterales en su ojo derecho a los 7 meses de edad y, más tarde, desarrolló un glaucoma secundario por lo que se le debió practicar una “iridectomía” que lo dejó ciego del ojo afectado; luego, al cumplir un año, fue intervenido en su ojo izquierdo. Todas las anteriores complicaciones han provocado en el niño una severa pérdida de visión que ha requerido la adquisición de gafas especiales.

3 La accionante manifiesta que al cumplir 2 años de edad, su hijo fue ingresado al programa de rehabilitación que ofrece el Instituto Para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca. Sin embargo, indica que su familia se encuentra en una situación económica difícil, en vista de

que no puede trabajar por dedicarse al cuidado de su hijo, mientras que su marido gana un salario mínimo, además de tener que velar por sus otros dos hijos aparte del menor agenciado. Por lo anterior, solicitó a la E.P.S. que se le prestara el servicio de transporte para poder asistir junto con el menor a las respectivas terapias de rehabilitación en vista de la precariedad del transporte público y de que no cuenta con el dinero para pagar un transporte particular.

4 La E.P.S. Salud Total respondió a su solicitud el 13 de marzo de 2015, negando la petición de transporte argumentando que esta prestación no se encuentra contemplada en el POS. Por ese motivo, la señora Pérez acudió a la acción de tutela en calidad de agente oficiosa de su hijo, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la dignidad y solicitando que se ordene a la mencionada entidad de salud que i) preste el servicio de transporte ida y regreso desde su lugar de residencia hasta el centro de rehabilitación así como a las citas que necesite, ii) la exonere de copagos y tarifas correspondientes a citas y procedimientos médicos y iii) garantice todos los tratamientos y prestaciones que sean ordenadas por los médicos tratantes.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Copia de certificación del Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca, en la que se indica que el menor David González Pérez se encuentra inscrito en el Programa de Rehabilitación de dicha entidad, al que asiste de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 1.00 p.m.
- Certificado de discapacidad del menor González Pérez, expedido por el doctor Manuel Burbano, médico laboral adscrito a Salud Total E.P.S.
- Copia de derecho de petición presentado en febrero de 2015, por el cual la accionante solicita a la E.P.S. la prestación del servicio de transporte ambulatorio.
- Copia de la contestación emitida por la accionada, negando la solicitud por no cumplir con los requisitos legales para acceder a tal servicio.
- Copia de historia clínica del menor, elaborada por profesionales adscritos a la Clínica de la Visión del Valle S.A.S.

- Copias de autorizaciones de consultas paramédicas a favor del agenciado y expedidas por la E.P.S. accionada, con el fin de que le sean prestadas sesiones de terapia ocupacional al menor.

4. Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito del 5 de mayo de 2015, la entidad accionada dio respuesta a las pretensiones indicando que el paciente no tiene orden médica para el servicio de transporte solicitado y ni siquiera ha sido autorizado por la E.P.S. el tratamiento que recibe en la Institución para Ciegos y Sordos del Valle del Cauca. Por lo anterior, la E.P.S. indicó que el servicio prestado por dicha institución es de carácter educativo y no sanitario, de forma que sus costos no pueden ser asumidos por la accionada. Del mismo modo, la E.P.S. aclara que el paciente no tiene orden médica de tratamiento quirúrgico para su patología de base (cataratas).

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

A través de fallo proferido el 05 de mayo de 2015, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali decidió negar el amparo deprecado por considerar que la entidad accionada ha prestado todos los servicios requeridos por el menor. Por otro lado, en lo que respecta a la solicitud de transporte, el juez de primera instancia acogió los argumentos presentados por la E.P.S. en el sentido de que no existe autorización del médico tratante para la prestación de servicios en el Instituto para Ciegos y Sordos ni para el mencionado servicio de traslados. Lo anterior, sumado al hecho de que no se halla prueba de que la accionante no cuente con los recursos necesarios para solventar los gastos que genera los traslados del menor, llevaron al despacho a denegar las pretensiones.

Del expediente T-5.058.627

1. El señor Andrés Mauricio Fonseca Perdomo, de 35 años, se encuentra afiliado a Café Salud E.P.S. y a METLife a través de un convenio con la empresa DHL, para la que trabaja hace ocho años.

2. Luego de ser valorado por un equipo médico interdisciplinar, los profesionales

dictaminaron la necesidad de que al señor Fonseca le sea practicada una cirugía bariátrica con el fin de tratar su sobrepeso. A pesar del dictamen médico, la empresa METLife negó el cubrimiento de los costos de la mencionada cirugía por considerar que su necesidad deriva de una preexistencia no amparada por el contrato de seguro, mientras que la E.P.S manifiesta que el procedimiento no se encuentra en el POS y, por tanto, es necesario que su pertinencia sea evaluada por un Comité Técnico Científico.

3. En concepto del señor Fonseca, ésta última opción no es viable pues implica volver a empezar todo el proceso diagnóstico, lo cual tomaría un tiempo demasiado largo frente a la urgencia con la que se requiere practicar la cirugía. Por lo anterior, el paciente interpuso acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, solicitando al juez constitucional que ordene a las entidades accionadas la realización de la cirugía bariátrica sin más dilaciones.

4. Sustenta su petición en el hecho de que no tiene recursos económicos para costear el procedimiento por su propia cuenta y en que su calidad de vida se deteriora cada vez más, al punto de que padece de apnea de sueño, gastritis crónica o metaplasia intestinal, esofagitis grado B, síndrome metabólico y artrosis de rodillas, entre otras dolencias derivadas del sobrepeso crónico.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Historia Clínica elaborada por profesionales médicos del Hospital Universitario de la Fundación Santa Fe de Bogotá. Detalle de las complicaciones de salud derivadas de sobrepeso crónico. Se resalta su diagnóstico como candidato a cirugía bariátrica.

- Carta de MetLife de 27 de febrero de 2015 por la cual se niega la solicitud de cubrimiento de la cirugía bariátrica solicitada por el accionante.

- Copias de diversos resultados de examen diagnósticos.

4. Respuesta de las entidades accionadas

La empresa MetLife respondió a la acción impetrada aclarando, en primer lugar, que ésta es una compañía de seguros y no de medicina prepagada. Por otro lado, indicó que al accionante le fue diagnosticada la enfermedad de obesidad grado II con anterioridad a que

hubiese tomado una póliza de salud con dicha empresa, por lo cual esa condición puede ser considerada como una condición preexistente que no está cubierta por la mencionada póliza, según los términos y condiciones que aparecen en el contrato de seguro suscrito entre la accionada y el señor Fonseca. Finalmente, la empresa aseguró que la obesidad padecida por el accionante no es mórbida y no lo ha puesto en peligro de muerte, por lo que el señor Fonseca dispone de otros tratamientos distintos a la mencionada cirugía. Así las cosas, la empresa accionada solicitó su desvinculación de la acción por considerar que el tratamiento de la enfermedad del accionante depende, en primer lugar, de su cuidado personal y “luego como afiliado al POS, y no del plan médico adicional tomado como beneficio extralegal por su empleador con la Compañía Aseguradora” que, como ya se dijo, excluye el cubrimiento por condiciones preexistentes.

Por su parte, la Fundación Santa Fe de Bogotá, que fue vinculada a la acción por el juez de primera instancia, alegó ausencia de vulneración de derechos fundamentales por el accionar de sus profesionales médicos, en vista de que al peticionario le fueron prestados todos los servicios que requeridos en el marco del contrato de seguros celebrado entre el accionante y MetLife. En ese sentido, el representante de la Fundación señaló que esos servicios sanitarios se prestaron en virtud de un acuerdo de carácter, sin que éstos debieran ser equiparables a los cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud. Finalmente, la Fundación aclaró que hasta el momento de la presentación de la acción, no contaba con convenio vigente para la atención de afiliados a Cafesalud E.P.S.

Cafesalud E.P.S. solicitó ser desvinculada de la acción por considerar que no había vulnerado los derechos del actor, en tanto que este no había acudido a los servicios de la E.P.S. en procura de la autorización del servicio requerido. En ese sentido, al no existir orden del médico tratante adscrito a esa entidad y no tener conocimiento de la condición del peticionario, la E.P.S. considera que no puede ser responsabilizada de la controversia planteada.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

A través de sentencia de primera instancia proferida el 27 de marzo de 2015, el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá decidió amparar el derecho fundamental a la salud del señor Andrés Fonseca, ordenando a MetLife Seguros de Vida S.A. que dentro de las 48

siguientes a la notificación de esa providencia, procediera a autorizar la realización del procedimiento denominado Gasteroctomía Tipo Sleeve por Laparoscopia, solicitado por el accionante. Para llegar a esta resolución, el Juzgado argumentó que no le fueron practicados exámenes al accionante, previos a la celebración del contrato de seguro y, por lo tanto, no se verificó la existencia de preexistencias por lo que “no puede ahora admitirse que a través de la revisión de la historia clínica de manera genérica se excluya la atención del padecimiento del actor”.

Luego de haber sido apelada por la accionada, la decisión fue conocida en segunda instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito que mediante providencia del 12 de mayo de 2015 revocó la sentencia del a quo argumentando que la cirugía solicitada por el accionante era de tipo estético, por lo que estaba excluida explícitamente de la póliza de seguros a través de su cláusula segunda, que de manera expresa indica que MetLife no se compromete a cubrir los gastos derivados de procedimientos estéticos.

Del expediente T-5.061.429

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1. La señora Blanca Cecilia Castillo, actuando como agente oficiosa de su madre Ester Castillo, instauró acción de tutela contra Capital Salud EPS, por considerar que esta entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

2. Señaló que la señora Ester Castillo cuenta con 93 años de edad, y en la actualidad se encuentra en situación de discapacidad por tratarse de una paciente senil, invidente, con cuadro de “osteo-artrosis general degenerativa”.

3. Por sus padecimientos Ester depende totalmente de Blanca Cecilia para realizar sus actividades básicas, con el agravante de no poder controlar sus esfínteres, razón por la que debe utilizar permanentemente pañales.

4. Blanca Cecilia alega que actualmente está enferma, cuenta con 58 años de edad, se encuentra desempleada desde hace más de 10 años, y no recibe ningún tipo de ingreso económico para sufragar los costos que generan la compra permanente de los pañales que necesita Ester.

5. Manifiesta que el 25 de octubre de 2014, el médico Rubén Moya Castellanos emitió fórmula en la que ordenó la utilización de pañales para Ester, en cantidad de 6 unidades diarias, es decir 180 mensuales.

6. Por lo anterior, solicita que se le amparen los derechos a la salud y la vida digna, pues la ausencia de suministro de los pañales prescritos causa quemaduras y llagas en el cuerpo de la agenciada.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

- Historia Clínica de la agenciada elaborada en el Hospital de Usme I Nivel E.S.E, con detalle de su estado de salud y las diferentes condiciones médicas que presenta.

4. Respuesta de las entidades accionadas

Dado que mediante auto admisorio del 12 de diciembre de 2014 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá ordenó continuar con el trámite de la acción y vincular al Hospital de Usme I Nivel E.S.E., a la Secretaría Distrital de Salud, al Fondo Financiero Distrital de Salud y a la Alcaldía Distrital, se recibieron respuestas de algunas de estas entidades aparte de la accionada con el escrito de tutela.

Así, la E.P.S. Capital Salud respondió indicando que había prestado todos los servicios incluidos en el POS-S a la agenciada y manifestó que, dado que los pañales desechables se encuentran excluidos del mencionado Plan Obligatorio, no es deber de la E.P.S. su prestación sino de la Secretaría Distrital de Salud. Por tanto, al considerar que con su accionar no vulneraron ningún derecho fundamental de la señora Ester Castillo, solicitaron su desvinculación de la acción de tutela interpuesta.

Por su parte, el Hospital de Usme contestó diciendo que en la I.P.S se habían prestado todos los servicios requeridos por la señora Castillo y que la entrega de medicamentos y suministros es responsabilidad de la E.P.S. Capital Salud, por lo cual solicita que se declare que el Hospital no vulneró los derechos fundamentales de la agenciada.

Finalmente, la Secretaría Distrital de Gobierno se pronunció argumentando que la necesidad de los pañales no había sido sustentada ante un Comité Técnico Científico lo cual es necesario para la eventual aprobación de un suministro no incluido en el POS, por lo que a

su juicio, no se evidenció vulneración alguna.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Mediante sentencia del 16 de enero de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá decidió conceder en primera instancia el amparo solicitado a favor de la señora Ester Castillo, al considerar que los pañales requeridos resultaban “de vital importancia” para garantizar los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana de la agenciada, dada su situación de salud. Por tanto, ordenó a Capital Salud E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de fallo procediera a autorizar y suministrar los pañales desechables solicitados por la accionante para la señora Castillo; igualmente, autorizó a la E.P.S. para que realizara el respectivo recobro al Fondo Financiero Distrital de Salud.

Ente la impugnación presentada por la E.P.S. accionada, la acción fue conocida en segunda instancia por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en providencia del 15 de abril de 2015 decidió confirmar el amparo pero modificar la orden dada por la primera instancia, indicando que la E.P.S. adquiriría la obligación de autorizar la entrega de pañales y remitir a la señora Castillo a la Secretaría Distrital de Salud para que esta última definiera “la red dispuesta” para hacer entrega de los insumos. Igualmente, se ordenó a ésta Secretaría que llevara a cabo las acciones tendientes a garantizar el suministro de los pañales solicitados por la accionante a favor de su madre.

Debe señalarse que ésta última decisión contó con un salvamento de voto del Consejero Néstor Osuna Patiño, quien consideró que la garantía de los derechos fundamentales de la señora Castillo “no podía condicionarse a la realización previa de trámites administrativos ante una entidad del distrito capital, so pretexto de hacer respetar el carácter residual de la acción de tutela”, teniendo en cuenta que la agenciada contaba con 92 años y graves problemas de salud.

6. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, los expedientes mencionados fueron remitidos a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número ocho, en providencia de 13 de agosto de 2015, decidió seleccionar estos

expedientes y acumularlos por presentar unidad de materia, asignándoselos a la Sala Novena de Revisión. Posteriormente, el Magistrado Sustanciador profirió auto del 15 de septiembre de 2015, en el cual se ordenó la adopción de medidas provisionales en algunos de los casos, tendientes a evitar la eventual configuración de un perjuicio irremediable mientras la Corte procedía a proferir un fallo de fondo. Específicamente, se consideró la situación de los accionantes dentro de los procesos T-5.050.455, T-5.055.084 y T-5.053.956, teniendo en cuenta el especial estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los agenciados.

Así, en el proceso T-5.050.455 se observó que la enfermedad de Alzheimer que padece el señor Melo Solano lo ha dejado en una situación tal, que no puede valerse por sí mismo bajo ninguna circunstancia, por lo cual requiere de asistencia constante. En vista de esta situación, se ordenó prestar el servicio de enfermería las 24 horas como medida provisional mientras se profería el fallo de fondo. Al respecto, la EPS SANITAS informó mediante escrito radicado el 20 de septiembre de 2015 que había emitido el respectivo volante de autorización de servicios de enfermería a favor del señor Álvaro Melo Solano, según lo ordenado por el referido auto.

En tercer lugar, en cuanto al expediente T-5.053.956, se ponderó la delicada situación de salud de la accionada y el hecho de que el suministro de pañales solicitados tendría un impacto favorable en su nivel de vida. Por lo anterior, se ordenó a la accionada que, de manera provisional, procedieran a suministrar los pañales solicitados por la accionante en un término perentorio de cinco días contados desde la notificación de esa providencia. La accionada omitió pronunciarse sobre el cumplimiento de la resolución judicial.

Finalmente, es necesario señalar que el despacho del Magistrado Ponente se comunicó el 11 de septiembre de 2015 con la señora Blanca Cecilia Castillo, accionante dentro del proceso T-5.061.429 y agente oficiosa de la señora Ester Castillo, quien informó que su señora madre había fallecido el 3 de septiembre anterior debido a complicaciones de salud derivadas de su condición médica. Igualmente, aclaró que a la fecha del fallecimiento, su madre seguía sin recibir el suministro de pañales ordenado por la sentencia de tutela de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y fundamento de la decisión

1. Los accionantes fungen como agentes oficiosos de sus familiares, quienes padecen de diversas condiciones de salud para las cuales requieren del suministro de ciertos elementos tales como pañales o de la prestación de servicios de salud y de transporte o acompañamiento de enfermería. En todos los casos, las E.P.S. accionadas se han negado a prestar dichos servicios por no encontrarse incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por no existir orden del médico tratante o por no haberse agotado el trámite administrativo interno para proceder a su autorización.

2. Conforme a estos antecedentes, la Corte deberá determinar, a modo de problema jurídico, si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los agenciados al haberse negado a prestar esos servicios y suministros médicos solicitados por los accionantes, en vista del estado de salud en el que se encuentran sus familiares.

3. Para resolver ésta cuestión, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, se reiterará la jurisprudencia constitucional consolidada sobre la legitimación de los agentes oficiosos para interponer acciones de tutela. A continuación, se hará referencia a las reglas desarrolladas por esta Corporación acerca del derecho a la salud y la posibilidad de prestación de servicios No Pos. Finalmente, se hará el estudio de fondo de los casos concretos.

Legitimación para interponer la acción de tutela a nombre de terceros. Reiteración de jurisprudencia.

4. A pesar de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales que se caracteriza por su informalidad, la ley y la jurisprudencia han definido unos requisitos de procedibilidad mínimos tendientes a salvaguardar la eficacia de la acción y la legalidad del procedimiento. Uno de estos requisitos se refiere a la legitimación para actuar de las partes, ya sea del extremo activo (accionante) o del pasivo (accionado).

5. En lo que respecta al requisito de legitimación por activa, la jurisprudencia de esta Corte ha sido consistente en afirmar que éste queda cumplido en cualquiera de dos supuestos: primero, cuando la persona acuda directamente a la jurisdicciones a efectos de

buscar la protección de sus propios derechos fundamentales o, segundo, cuando una persona se encuentra facultada para actuar en nombre de un tercero y buscar la protección de los derechos de este último.

6. Dado que el primer supuesto no implica dificultades en su interpretación, ha sido el segundo caso el que ha necesitado de cierto desarrollo para definir su alcance. Así, se ha entendido que existen tres figuras que permiten la interposición de la acción de tutela en representación de los intereses de un tercero:

otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; y (iii) la representación legal, que es la potestad otorgada a una persona, ya sea por la ley, en el caso de los padres que ostentan la patria potestad con respecto a sus hijos menores de edad, o a través de una orden judicial, en el caso de los guardadores sobre las personas que han sido declaradas como interdictas y encargadas a su custodia, para ejecutar acciones en nombre de otra"[1].

7. Con respecto a la agencia oficiosa, esta Corporación ha reconocido que su existencia encuentra justificación en el hecho de que permite materializar el principios de eficacia de los derechos fundamentales, en tanto que flexibiliza el acceso a los mecanismos de garantía de los mismos; el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las exigencias formales y el principio de solidaridad, pues promueve el que las personas asuman activamente la defensa de los derechos fundamentales de quienes no pueden hacerse valer por sí mismos[2]. En todo caso, la aplicación de esta figura requiere que el agente oficioso haga explícito que actúa como tal y que se demuestre que el agenciado no se encuentra en condiciones de promover la acción por sí mismo.

El derecho fundamental a la salud y su protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

8. El artículo 49 de la Constitución Política de 1991 establece la obligación en cabeza del Estado de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, por ello, le ha encargado la tarea de diseñar, implementar y vigilar la ejecución de las políticas públicas que se requieran para el cumplimiento de este mandato. Por lo anterior, es posible afirmar que la salud en Colombia tiene una doble connotación: por un lado, es un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, es un servicio público

esencial que debe ser garantizado por el Estado.

9. En su dimensión de servicio público, la salud en Colombia tiene un desarrollo legal, que actualmente se encuentra en la Ley 100 de 1993 y sus normas concordantes y se rige por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad contenidos en el artículo 49 de la Constitución y por los de integralidad, unidad y participación, contemplados en la legislación mencionada. Como ya se dijo, la garantía de esos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio de salud está en cabeza del Estado, por tratarse de un servicio de carácter esencial para la eficacia de los demás derechos fundamentales, especialmente, los derechos a la vida y a la dignidad.

10. Por otro lado, en lo que respecta a la salud entendida como derecho fundamental, esta Corte ha definido en reiterada jurisprudencia las características que debe tener el servicio público de salud, para que esté acorde con las exigencias que implica garantizar el derecho fundamental a la salud. Así, se contempla la necesidad de que el servicio tenga un carácter integral[3] y, por tanto, incluya los procedimientos necesarios para la prevención, el eventual diagnóstico de las enfermedades, su tratamiento y la rehabilitación o restablecimiento de la salud, con el fin de eliminar la enfermedad en la medida de lo posible y mitigar los efectos negativos que pudieran quedar de ésta. Este principio de integralidad, que busca garantizar el máximo nivel posible de salud del paciente, fue descrito de la siguiente manera en la Sentencia T - 760 de 2008[4], que reúne los pronunciamientos anteriores al respecto:

“Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno

restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud’.” (Negrillas fuera del original)

11. La integralidad implica, igualmente, la eventual prestación de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), que deben ser proveídos por la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentra afiliado el paciente si se cumplen las reglas fijadas por esta misma Corte y que incluyen la verificación de que los tratamientos prescritos por fuera del POS sean indispensables para garantizar la vida del afiliado, que se trate de un tratamiento que no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentra en el POS o que éste último no tenga la misma efectividad que el excluido, que la orden del tratamiento provenga de un médico tratante adscrito a la EPS del paciente y que el enfermo acredite que no puede sufragar por sus propios medios el tratamiento ordenado que no se encuentra cubierto por el POS[5].

Garantía del derecho fundamental a la salud en sujetos de especial protección constitucional. El caso de los niños y niñas. Reiteración de jurisprudencia.

12. Como es bien sabido, los derechos fundamentales de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás, en virtud del artículo 44 de la Constitución Política, al punto que la Carta establece explícitamente el carácter fundamental de los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Del mismo modo, dicho artículo dispone que la sociedad, la familia y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los menores para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En vista de la previsión constitucional mencionada y de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en lo que respecta a la protección de los niños y niñas, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que los menores son sujetos de especial protección constitucional, lo cual implica que sus derechos tienen carácter prevalente cuando se encuentren en conflicto con otros intereses.

13. La obligación de proteger los derechos de los niños de manera prevalente aplica del mismo modo al juez constitucional, quien tiene el deber de modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieran los menores, en caso de

que se compruebe que en el caso concreto estas operan en contra de los intereses de estos sujetos de especial protección. De allí que sea posible concluir que “en síntesis, los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas”[6].

Posibilidad de ordenar exoneración de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación.
Reiteración de jurisprudencia.

14. Dentro del ordenamiento aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud, se ha contemplado las figuras de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación como pagos que deben realizar los usuarios del sistema con el fin de contribuir con su financiación, así como racionalizar el uso de los servicios del mismo. El cobro de este tipo de desembolsos ha sido considerado ajustado a la Constitución por esta Corporación, siempre y cuando no se constituyan en una barrera al acceso fundamental a la salud, por lo que en determinados casos se ha aceptado la posibilidad de eximir a un usuario de esta responsabilidad económica.

15. Al respecto, es necesario mencionar las diferencias que existen entre los dos regímenes contemplados por la Ley 100 de 1993 para efectos de los mencionados pagos. Así, las personas pertenecientes al régimen contributivo tienen el deber de cancelar copagos[7] y cuotas moderadoras[8], sin que sea posible que se cobren simultáneamente para un mismo servicio. Por su parte, las personas afiliadas a través del régimen subsidiado tienen la carga de contribuir a la financiación del sistema a través de copagos y cuotas de recuperación, pero por el hecho de pertenecer a poblaciones vulnerables o no contar con la suficiente capacidad económica, el Estado subsidia total o parcialmente dicha contribución.

16. De este modo, a partir de la expedición del Acuerdo 365 de 2007 se entienden excluidos de la cancelación de copagos a las personas que además de estar en el régimen subsidiado de salud, se encuentran en poblaciones i) pertenecientes al SISBEN I; ii) infantil abandonada; iii) indigente; iv) en condiciones de desplazamiento forzado; v) indígena; vi) desmovilizada; vii) de la tercera edad que se encuentran en ancianatos o en instituciones de asistencia social; viii) rural migratoria; y ix) ROM. Igualmente, a partir de la

jurisprudencia de esta Corte, se ha entendido que están excluidos del pago de cuotas de recuperación “i) la población indígena e indigente (artículo 18 del Decreto 2357 de 1995[9]); ii) las madres gestantes y el niño menor de un año (artículos 43 y 50 de la Constitución Política); y iii) las personas vinculadas o no aseguradas al sistema de salud que padecen una enfermedad de interés público.”[10]

17. Aparte de estas exclusiones legales y en consonancia con el antedicho principio según el cual estos pagos no pueden constituir barreras para acceder a los servicios de salud, esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que se ordene por vía de la acción de tutela la exoneración del pago de las referidas contribuciones en casos concretos en los cuales se reúnan al menos las siguientes dos condiciones: “[1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio.”[11]

Del suministro de medicamentos y la prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud y su autorización por vía de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

18. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que, en principio, sólo es procedente solicitar por vía de acción de tutela el suministro y la prestación de servicios que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) de forma que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que cumplan los siguientes requisitos: “(i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud[12]”.

19. Con todo, esta Corporación ha aceptado la posibilidad de que se soliciten tratamientos o

suministros que no se encuentran contenidos en el POS (incluso por vía de la acción de tutela), siempre y cuando se pruebe lo siguiente: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[13]

20. Así las cosas, si bien es admisible el establecimiento de un régimen de limitaciones y excepciones en materia de salud por razones de sostenibilidad financiera, la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que en los supuestos mencionados en el párrafo anterior debe operar el principio de solidaridad y, en consecuencia, el Estado adquiere el deber de cubrir los gastos necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud a través de los servicios prestados por las Entidades Prestadoras de Salud[14].

La cobertura del servicio de transporte y alojamiento de pacientes y acompañantes en el sistema de seguridad social en salud. Reiteración de jurisprudencia.

21. En múltiples ocasiones, esta Sala ha reiterado la jurisprudencia y las normas concernientes a la posibilidad de que el sistema de seguridad social en salud cubra los costos del servicio de transporte y alojamiento de pacientes y sus acompañantes. En ese sentido, se recuerda que la Sentencia T-760 de 2008 señaló que

“Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”[15].

Del mismo modo, la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013 del Ministerio de Salud

“Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”, regula en los artículos 124 y 125 los aspectos relativos al transporte o traslado de pacientes de los regímenes contributivo y subsidiado, en relación con los procedimientos cubiertos por el POS.

22. Así, el artículo 124 de dicha Resolución, establece que “El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos: Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles. Entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia. El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe”.

23. A su turno, el artículo 125 se refiere al “Transporte del paciente ambulatorio”. Al respecto establece que “El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. || PARÁGRAFO. Las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial”.

24. De lo anterior, se puede concluir que el servicio de transporte está incluido en el POS, en los supuestos descritos en la Resolución 5521 de 2013. Sin embargo, a estos casos se deben incluir aquellos eventos contemplados por la jurisprudencia constitucional y que se

refieren a las ocasiones en las que se verifique que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”[16]

25. Finalmente, al decir del precedente de esta Sala, “la Corte ha prescrito que la tutela del derecho a la salud para garantizar el pago del traslado y estadía del usuario con un acompañante es procedente siempre que: “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”[17]. De esta manera, “cuando se verifican los requisitos mencionados, el juez constitucional debe ordenar el desplazamiento medicalizado o el pago total del valor de transporte y estadía para acceder a servicios médicos que no revistan el carácter de urgencias médicas[18].

La orden de autorización de procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (No-POS) y la prueba de la incapacidad económica. Reiteración de jurisprudencia.

26. En la reciente sentencia T-255 de 2015, esta Sala de Revisión consideró pertinente incluir ciertas consideraciones en torno a la importancia que tiene la prueba de incapacidad económica para la autorización de servicios no incluidos en el POS. Dado que este es un factor de capital importancia a la hora de decidir sobre casos como los que se analizan en esta sentencia, la Sala considera pertinente reiterar esta argumentación.

27. De este modo, cabe recordar que el segundo requisito para proceder al reconocimiento de un tratamiento no – POS se refiere a que “(iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie”. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que este requisito no implica necesariamente que el afectado tenga la obligación de probar su incapacidad económica, habida cuenta de que las EPS tienen información sobre la situación económica de la persona y pueden determinar razonablemente si tiene o no posibilidad de costear el tratamiento.

28. En ese sentido, es claro que las EPS tienen la carga de evaluar la posibilidad de pago de

las personas cuando solicitan un tratamiento no -POS por la vía administrativa. En caso de que estos sean requeridos a través de una acción de tutela, si bien debe presumirse la buena fe de los ciudadanos a la hora de hacer aseveraciones sobre su incapacidad de pago, la EPS puede desvirtuar dicha presunción a través de la presentación de información que demuestre la solvencia del peticionario[19].

29. Las reglas referidas a este asunto fueron reunidas en la Sentencia T-683 de 2003[20] de la siguiente manera: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

30. A lo anterior se suma una regla especial, según la cual si se trata de una persona afiliada al régimen subsidiado de salud, es posible presumir la falta de capacidad económica, en vista de que uno de los requisitos para acceder a dicho sistema es, precisamente, la escasez de recursos que se determina a través de una encuesta comprehensiva, que verifica las condiciones de vida y permite establecer la situación económica y social del afiliado.

31. Finalmente, es necesario señalar que el estudio sobre la capacidad económica no se agota en la verificación de los ingresos netos. Al decir de la Sentencia T-017 de 2013[21], “el juez constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió.” Tal tesis fue desarrollada ampliamente en la sentencia T-760 de 2008, que reiteró la necesidad de determinar esa capacidad económica en cada caso concreto, en función del concepto de carga soportable. Al respecto, el fallo recordó que el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, “siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”. También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo[22]”.

32. Lo anterior tiene estrecha relación con los poderes probatorios con los que cuenta el juez de tutela y con el deber de proceder oficiosamente en caso de que el expediente carezca de un material probatorio suficiente para producir un fallo de fondo. Así, siguiendo con el precedente reiterado por la mencionada T-255 de 2015, el juez de tutela es un garante activo de los derechos fundamentales y, por eso, desde la admisión de la acción constitucional debe procurar, entre otras cosas,

“(i) interpretar adecuadamente la solicitud de tutela, analizando íntegramente la problemática planteada; (ii) identificar cuáles son los hechos generadores de la afectación y sus posibles responsables; (iii) integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas entidades que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo; (iv) decretar y practicar de oficio las pruebas que resulten necesarias para despejar la incertidumbre fáctica y jurídica que se cierna sobre la verdad real materia de examen; (v) dictar medidas cautelares cuando advierta la necesidad de evitar que la amenaza contra un derecho fundamental se transforme en vulneración o, que habiéndose constatado la existencia de una infracción iusfundamental, ésta se torne más gravosa para la integridad de los bienes constitucionales invocados. Para ello debe ordenar “todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del

solicitante”[23]; (vi) valorar la situación de vulnerabilidad de las personas y considerar sus condiciones materiales de existencia, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política y; (vii) proteger adecuadamente y conforme a los hechos probados en el proceso, aquellos derechos vulnerados o amenazados, incluso si el accionante no los invocó”[24].

Diferencias entre contrato de seguro en salud y de medicina prepagada. Posibilidad de negar servicios por constituir preexistencias. Obligación de realizar exámenes médicos previos a la celebración de estos contratos. Reiteración de jurisprudencia.

33. De acuerdo con el Decreto 806 de 1998, los contratos de medicina prepagada y las pólizas de seguro de salud son Planes Adicionales de Salud (PAS) que contienen una serie de beneficios adicionales a los proveídos por el POS. Estos contratos, que se rigen por el derecho privado, se celebran de manera voluntaria entre una persona natural y otro particular autorizado que no se financia con recursos del Sistema General.

34. Según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1570 de 1993, los contratos de medicina prepagada son “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente Decreto, para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.” Del mismo modo, el Decreto 1468 de 1994 indica que estos contratos deben regirse por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, sin que pueda perderse de vista que involucren la captación de recursos del público y la prestación de un servicio público que garantiza derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la salud por lo que la intervención y vigilancia del Estado es imperativa.

35. Por su parte, el contrato de seguro en salud se rige, de manera general, por las normas contenidas en el Libro V del Código de Comercio y también encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad privada. Por esto mismo, en contraste con los contratos de medicina prepagada, las pólizas no implican la prestación de servicios de salud sino que se refieren al aseguramiento de un riesgo que, en caso de concretarse, da lugar al reembolso de la suma de dinero correspondiente.

36. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha creado criterios de interpretación de estos

tipos de contratos, en vista de que constituyen una vía para garantizar la prestación de servicios de salud y, por ende, la protección de derechos fundamentales, de tal manera que el contrato de seguro en salud puede asimilarse con el contrato de medicina prepagada para efectos de la protección de derechos fundamentales, al tener el mismo objeto. De este modo, algunas reglas aplicables a los contratos de un tipo son igualmente predicables del otro[25], especialmente en lo que respecta al tratamiento que debe darse a las preexistencias, las exclusiones y la obligación de realizar exámenes médicos previos a la celebración del contrato[26].

37. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido la necesidad de que los contratos de seguro en salud y de medicina prepagada contemplen las exclusiones de manera clara y explícita: “Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, pues la compañía tiene la obligación de determinar, por medio de los exámenes previos a la suscripción del contrato, “cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario”[27]. Para determinar estas preexistencias o exclusiones es necesario que la empresa de medicina prepagada o la prestadora del seguro, realicen un examen médico a la persona contratante, de manera previa a la celebración del contrato.

38. Así, al decir de la reciente sentencia T-430 de 2015, “de acuerdo a lo anterior, es imperativo que la entidad, independientemente del servicio que preste, realice un examen médico que busca (i) detectar los padecimientos de salud que constituyan preexistencias; (ii) determinar su exclusión expresa de la cobertura del contrato; y, (iii) permitir que el usuario decida si bajo estas condiciones, es decir, la exclusión de las preexistencias del contrato, persiste su intención de celebrar el convenio. Sobre este deber en cabeza de las entidades aseguradoras, la Corte refirió las siguientes reglas: (i) que la carga de la prueba en materia de preexistencias radicaba en cabeza de la aseguradora y no del tomador del seguro y, en segundo lugar, (ii) que las aseguradoras no podían alegar preexistencias si, teniendo las posibilidades para hacerlo, no solicitaban exámenes médicos a sus usuarios al momento de celebrar el contrato”.

39. De tal forma, la empresa de seguros no está legitimada para negar el cubrimiento de un servicio de salud bajo el argumento de que el examen médico previo a la celebración del contrato no se realizó o que éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades

del asegurado. Igualmente, según fue establecido por esta Corporación en sentencias como la T-118 de 2000[28], las empresas de seguro que celebren contratos colectivos derivados de paquetes promocionales o de convenios con empresas para el cubrimiento de sus trabajadores, no están exentas del deber de realizar los exámenes médicos previos ni de detallar los tratamientos que se encuentran excluidos de la póliza.

Del estudio de los casos concretos.

Expediente T-5046747

40. Como se recordará, con esta acción se pretende la protección de los derechos fundamentales del menor Esneider Prenth Rodríguez, que a la fecha de la presentación de la acción contaba con 12 años. El menor padece de Microsomía Hemifacial del lado izquierdo, lo que le ha ocasionado una deformidad en su cara que ha tenido graves efectos para su salud psicológica, en tanto que debe soportar de la burla de sus compañeros y soportar las limitaciones físicas que su situación conlleva. Su señora madre, en calidad de agente oficiosa, indica que desde el año 2012 se han realizado los trámites para que la EPS CAPRECOM autorice la realización de una cirugía reconstructiva para el menor, pero esta no se ha efectuado a la fecha a pesar de que la familia ya ha cancelado los copagos requeridos en tres ocasiones. Por tanto, solicita que se ordene a la accionada la realización de la mencionada cirugía así como que asuma el tratamiento psicológico que pueda requerir el menor.

41. En primer lugar, la Sala encuentra que la acción interpuesta cumple con los requisitos de procedibilidad. En efecto, la accionante es la representante legal del menor de edad para quien se busca la protección constitucional al ser su madre, con lo cual se encuentra legitimada para actuar en favor de sus intereses. Por otro lado, se encuentra acreditado el requisito de inmediatez, ya que la acción se impetró mientras ocurría la omisión de la EPS que presuntamente vulnera los derechos fundamentales del menor, pues aún no se había practicado la cirugía requerida. Finalmente, es claro que el menor y su madre no cuentan con otra acción judicial ordinaria dentro de la que puedan ventilarse las pretensiones alegadas; por tanto, se encuentra cumplido el principio de subsidiariedad.

42. En cuanto al fondo del asunto, esta Sala observa que efectivamente existe una orden médica del 13 de julio de 2012[29], en la cual el doctor José Claros, cirujano maxilofacial,

solicita que se autorice la cirugía de distracción osteogénica. Posteriormente, al menor le fueron realizadas las evaluaciones prequirúrgicas tales como la consulta con un profesional en anestesiología hasta que finalmente la EPS expidió autorización de servicios el 04 de enero de 2013[30], dando vía libre al procedimiento que, sin embargo, no se realizó. Al paciente se le siguieron realizando exámenes, hasta que en abril de 2014 el doctor Carlos Prado, cirujano maxilofacial, solicitó a la EPS que remitiera al paciente a una institución con atención de tercer y cuarto nivel para que fuera tratado, a la vez que recomendó la valoración del menor por parte de un “equipo multidisciplinario con cirujano plástico, de cabeza y cuello, otorrinolaringólogo y cirujano maxilofacial”[31]. Sin embargo, según lo informado por la accionante, esta orden no ha sido autorizada por la accionada.

43. De lo narrado anteriormente, esta Sala encuentra lo siguiente: i). la accionante y su hijo han acudido a la red de atención de la EPS a la que se encuentran afiliados, de forma que no han acudido a médicos particulares y, por tanto, las órdenes de atención han provenido de sus médicos tratantes; ii) la accionante ha cancelado las cuotas moderadoras y los copagos requeridos para la atención que se le ha prestado a su hijo; iii) si bien no se observa una falla sistemática en la prestación del servicio de salud, no obra en el expediente justificación por parte de la EPS que explique por qué no ha sido acatada la orden del cirujano Carlos Prado, a pesar de que ha pasado más de un año luego de haberse expedido; iv) los procedimientos quirúrgicos y las valoraciones ordenadas por los médicos se encuentran dentro del POS.

44. Ante el silencio de la accionada dentro del proceso de tutela, la Corte advierte que este es un caso en el cual la EPS ha omitido prestar servicios que no requieren de procedimiento especial para ser autorizados, en vista de que ya se encuentran incluidos en el Plan de Salud. Por lo anterior, se advierte la necesidad de revertir la equivocada posición del juez de instancia según la cual la tutela es improcedente porque la accionante no probó que la cirugía solicitada “le haya sido suspendida [al menor] con ocasión a algún trámite o disponibilidad presupuestal por parte de la EPS Caprecom”, conclusión a la que llega sin realizar el más mínimo examen probatorio y sin tener en cuenta que la accionada ni siquiera se pronunció dentro del proceso.

45. Por el contrario, lo que se tiene es que se han emitido órdenes desde el año 2012 con la finalidad de tratar la condición médica que presenta el menor Esneider Prentz, sin que

hasta la fecha estas se hubiesen materializado en su totalidad. Al respecto, cabe hacer referencia al reconocimiento que ha hecho esta Corporación de los distintos perjuicios que se producen en las personas que no reciben la prestación oportuna de los servicios de salud que requieren, más aun teniendo en cuenta que el agenciado es un sujeto de especial protección constitucional. Al decir de la sentencia T- 1030 de 2010,

“Estas barreras atrasan la prestación del servicio, aumentan el sufrimiento de las personas y muchas veces tiene consecuencias graves en la salud de los usuarios, como las siguientes: a) Prolongación del sufrimiento, que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento; b) Complicaciones médicas del estado de Salud, esto se debe a que la persona ha tenido que esperar mucho tiempo para recibir la atención efectiva, lo cual se refleja en el estado de salud debido a que la condición médica empeora; c) Daño permanente, cuando ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y hasta el momento en que recibe la atención efectiva, empeorando el estado de salud y por lo tanto generándole una consecuencia permanente o de largo plazo; d) Discapacidad permanente, se da cuando el tiempo transcurrido es tal entre el momento que el paciente solicita la atención y hasta cuando la recibe, que la persona se vuelve discapacitada; e) Muerte, esta es la peor de las consecuencias, y se puede dar cuando la falta de atención pronta y efectiva se tarda tanto que reduce las posibilidades de sobrevivir o cuando el paciente necesita de manera urgente ser atendido y por alguna circunstancia el servicio es negado”[32].

46. Así las cosas, para evitar la prolongación del sufrimiento físico y psicológico del menor Esneider Prentz y proteger su derecho fundamental a la salud integral, la Sala revocará la decisión de instancia y ordenará a CAPRECOM que, en un plazo perentorio, proceda a autorizar el estudio del caso del referido menor por parte de un grupo multidisciplinario de especialistas con miras a que se realice una cirugía reconstructiva de su rostro. Igualmente, se ordenará a la EPS autorizar las citas que el menor requiera con un profesional en psicología, con el objetivo de cumplir con el principio de integralidad en la garantía del derecho fundamental a la salud. Finalmente, se ordenará la compulsión de copias a la Superintendencia Nacional de Salud, para que investigue las eventualidades e irregularidades que se hayan presentado en este caso, dentro del marco de sus competencias.

47. Como se relató en los antecedentes, en este caso la señora Luz Marina Melo solicita la protección de los derechos fundamentales de su señor padre, quien cuenta con 87 años de edad y sufre de graves limitaciones físicas derivadas de la enfermedad de Alzheimer y la demencia senil que lo aquejan. Igualmente, requiere de atención permanente y constante ayuda para desplazarse, así como control de medicamentos y ayuda para la realización de sus necesidades básicas. Indica igualmente que el señor Álvaro Melo vive únicamente con su cónyuge quien padece de cáncer terminal de páncreas, por lo que no se encuentra en condición de prestar los cuidados necesarios al agenciado. Por tanto, solicita que se ordene a la EPS Sanitas la prestación de un servicio de enfermería las 24 horas que asista al agenciado. Por su parte, la EPS afirma que el paciente no requiere de un servicio de enfermería, sino que basta con que sea atendido por un cuidador, figura que no se encuentra contemplada en el POS.

48. La Sala encuentra reunidos los requisitos de procedibilidad, en tanto que el señor Álvaro Melo se encuentra en un estado de salud que le impide proceder por sí mismo a la defensa de sus derechos, con lo cual la presencia de un agente oficioso se encuentra justificada. Por otro lado, los hechos que llevaron a la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados son actuales se encuentran surtiendo efectos y, finalmente, el agenciado no cuenta con otros medios de defensa judicial que le permitan una vía para solicitar las pretensiones incoadas.

49. En cuanto al fondo del asunto, la Sala debe señalar que, en principio, el servicio de cuidador domiciliario no se encuentra contemplado en el POS, por un lado, y el de enfermería sólo se encuentra cubierto en casos en los cuales el paciente deba recibir cuidados de tipo hospitalario en su hogar. En ese sentido, esta Corte ha sido enfática en afirmar que el cuidado de una persona que padezca de una condición de salud incapacitante debe ser asumido en principio por la familia del paciente siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: “(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la

familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”[33]

50. Así las cosas, se procederá a verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos con el fin de determinar si es o no procedente conceder la pretensión deprecada. En lo que respecta al primer criterio, resulta claro, tanto del relato hecho por la accionante como de los documentos y la historia clínica que se adjunta a la acción, que el agenciado padece de una enfermedad incapacitante que le impide realizar las mínimas tareas necesarias para su supervivencia. Por tanto, es notorio que el señor Álvaro Melo requiere de una persona se encargue de brindarle asistencia permanente para el desenvolvimiento de sus actividades cotidianas.

51. Sin embargo, el segundo requisito no se cumple, en tanto que el señor Melo vive sólo con su esposa, quien se encuentra afectada por una enfermedad terminal para la que requiere su propio tratamiento. Por tanto, es claro que la señora no puede dedicarse al cuidado del agenciado dado que por su situación, no cuenta con la capacidad física de hacerlo por lo que la ayuda que requiere el señor Melo es una carga desproporcionada para la única persona que vive con él. En tercer lugar, la accionante no refiere que a la familia se le hubiese prestado la capacitación necesaria para el manejo de la persona dependiente ni se verifica un seguimiento continuo por parte de la EPS accionada, aunque en este punto la Corte reconoce la buena disposición que ha mostrado esta entidad para el cumplimiento de la medida provisional decretada por el Magistrado Ponente.

52. Finalmente, debe observarse que COLSANITAS EPS manifiesta en sus escritos de defensa que la familia del agenciado parece tener capacidad económica para costear los gastos que implica un servicio de enfermería para el señor Melo, en vista de que viven en un barrio de “estrato 5” en la ciudad de Cali. A pesar de esta afirmación, a lo largo del expediente no se tiene ninguna otra referencia a la situación económica del accionante y ninguno de los jueces de instancia realizó labor probatoria alguna con el fin de determinar si el agenciado o su familia cuentan o no con los recursos para pagar el servicio que requieren. Dado que la sostenibilidad económica del sistema es un principio que debe ser

tenido en cuenta a la hora de decidir en casos como éste, la Sala tomará una decisión que pretende encontrar un equilibrio entre la necesidad de proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional como el señor Melo y la obligación de velar por que la estabilidad financiera de los servicios de salud.

53. Como ya se dijo, el señor Melo no cuenta con el soporte familiar suficiente para realizar sus actividades cotidianas ni para llevar una vida en condiciones dignas, por lo que no es posible pensar en negar completamente la protección constitucional al agenciado. Sin embargo, en vista de la falta de certeza acerca de la situación económica de su familia, la Sala procederá a ordenar que se preste el servicio solicitado pero condicionará su continuidad a que la agente oficiosa allegue pruebas de incapacidad económica al juez de primera instancia. Del mismo modo, este último deberá hacer uso de sus poderes probatorios para que, dentro del seguimiento propio al cumplimiento de las órdenes proferidas, se compruebe que la familia del agenciado no posee los recursos para cubrir por su propia cuenta el servicio de enfermería. Por supuesto, la accionada podrá intervenir dentro de este proceso de comprobación, pero no podrá suspender o retirar el servicio hasta tanto no exista una autorización del juez en ese sentido, sustentada únicamente en la capacidad económica de la familia del señor Melo.

54. Así, se ordenará a Sanitas EPS que proceda a continuar prestando el servicio de enfermería permanente a favor del agenciado y que adelante jornadas de capacitación para los familiares cercanos (entre ellos a la accionante), con el fin de que participen del proceso terapéutico. Del mismo modo, se advertirá a la accionante que esta orden no podrá entenderse en perjuicio de los deberes que le asisten como familiar de la persona dependiente y que deberá cumplir en la medida de sus capacidades. Finalmente, se ordenará a la accionante que presente al juzgado de primera instancia pruebas que demuestren la incapacidad económica de su familia para cubrir por su propia cuenta el servicio mencionado y a dicho funcionario que proceda a recaudar las pruebas que considere necesarias para llegar a ese convencimiento. De encontrar que la familia tiene los recursos suficientes sin afectar su mínimo vital, el juez de instancia quedará autorizado para permitir el retiro del servicio de enfermería ordenado.

Expediente T-5.053.956

55. La señor Otilia Arias de Atehortúa padece de múltiples enfermedades derivadas de su avanzada edad (cuenta con 91 años), es totalmente dependiente de sus familiares, no controla esfínteres y se encuentra en silla de ruedas desde hace casi 10 años. Por lo anterior, su hija decidió solicitar a la Nueva EPS que le proporcionaran un suministro de pañales desechables, teniendo en cuenta que no poseen los recursos necesarios para cubrir los gastos derivados de los cuidados que requiere la señor Otilia Arias, sobre todo teniendo en cuenta que la familia también debe cubrir las necesidades de otro de sus hijos quien padece discapacidad mental. Ante la negativa de la EPS, la agente oficiosa acudió a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional ordenara a la accionada la prestación del mencionado suministro.

56. Sobre la procedibilidad de la acción, debe decirse que en el caso es procedente el uso de un agente oficioso en vista de que la señora Otilia Arias se encuentra en un estado de salud que le impide interponer la acción por sí misma. Por otro lado, los hechos que llevaron a la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados son actuales se encuentran surtiendo efectos y, finalmente, se cumple el requisito de subsidiariedad en tanto que la agenciada no cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar las pretensiones incoadas.

57. Para resolver de fondo, debe tenerse en cuenta que la Juez Administrativo Oral del Circuito de Medellín negó la acción en primera instancia pues, en su concepto, no existía orden del médico tratante solicitando la autorización del suministro de pañales, por lo cual no podía valorar si la agenciada “en realidad requiere los pañales”. En este punto, la Sala debe apartarse enérgicamente de la valoración hecha por la señora Juez quien no realizó un examen integral del material probatorio allegado junto con el escrito de tutela. En efecto, en la copia de la Historia Clínica de la señora Arias de Atehortúa se puede observar claramente que en repetidas ocasiones se señala que la agenciada “no controla esfínteres” y que “requiere de pañal desechable para uso 24 horas”.

58. En ese sentido, si bien no existe orden expresa del médico tratante, resulta obvio que la señora Arias requiere de los materiales solicitados. Al respecto, esta Corte ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “cuando se trata del suministro de elementos de aseo como los pañales o las cremas y toallas que por lo general también son requeridas por las personas que padecen de problemas de incontinencia o imposibilidad para controlar sus

esfínteres, es posible que el juez constitucional, en razón a que no se trata de elementos de carácter médico, determine lo necesario que estos resultan sin que sea indispensable acudir a criterios médicos o científicos, pues para ello basta que se estime diáfana la necesidad de este suministro para la paciente, quien en este caso se encuentra en un estado de postración y de dependencia absoluta como producto de las diversas patologías que la afectan”[34].

59. De este modo, aunque es cierto que los pañales son un elemento excluido del POS, “se tiene que la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que los pañales, por este mismo motivo, esto es, por tratarse de un suministro de aseo, no cuentan con ninguna clase de sustituto que se encuentre cubierto por el sistema de salud y que contribuya al efectivo goce de una vida en condiciones dignas del paciente”[35], de forma que los requisitos para acceder a servicios No – Pos que ya se mencionaron en la parte considerativa de esta providencia se encuentran satisfechos.

60. A lo anterior se suma el hecho no desvirtuado de que la familia de la accionante no cuenta con los recursos suficientes para proveer este elemento sanitario a la paciente, pues afirman que la persona que cuida a la agenciada no puede laborar precisamente por dedicarse al cuidado de la señora Otilia Arias y que los gastos derivados de dicho cuidado son cubiertos por la escasa pensión de la agenciada y parte de los ingresos de sus otros hijos que deben repartirse entre las necesidades de sus propias familias, lo requerido por su señora madre y lo que necesita otro de sus hermanos quien sufre discapacidad mental. Por lo tanto, para la Sala resulta necesario revocar la decisión de instancia y amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora Otilia Arias, ordenando a la accionada que proceda a prestar el suministro de pañales diarios solicitado.

Expediente T-5.055.084

61. En este caso, la accionante es madre de un menor de 4 años que padece de cataratas congénitas, glaucoma secundario y problemas de oxigenación en la sangre[36]. El niño se encuentra asistiendo a un programa de rehabilitación en el Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca, por lo que su madre solicita que por vía de la acción de tutela se ordene a la EPS Salud Total que asuma el costo del transporte hasta dicho Instituto, en vista de que no cuenta con los recursos económicos suficientes pues no trabaja, su marido gana

el salario mínimo y debe velar por sus otros dos hijos (uno de los cuales también es discapacitado).

62. Ante las pretensiones de la actora, Salud Total respondió indicando que el servicio de transporte solicitado no cumple con los requisitos de ley necesarios para su autorización, sumando a esto el hecho de que el paciente no tiene orden médica para asistir a la atención en el Instituto para Ciegos y Sordos. Por lo anterior, la EPS concluye que éste es un servicio educativo y no de salud, por lo que sus costos no pueden ser asumidos por ella.

64. De este modo, la Corte observa que el trabajo del Instituto de Ciegos y Sordos del Valle del Cauca no se reduce a proporcionar educación a menores en condición de discapacidad (como lo argumenta la EPS), sino que proporciona un conjunto de servicios de salud, rehabilitación y acompañamiento del entorno familiar para estos menores, que les permiten desenvolverse de mejor manera en su vida cotidiana[37]. Esto se enmarca dentro de la categoría general de trabajos de rehabilitación por lo que, en ese sentido, la labor del Instituto incide directamente en la salud física y psicológica de las personas que reciben sus servicios. En ese sentido, interrumpir la labor que se ha venido realizando en dicho Instituto a favor del menor David González podría implicar un retroceso en sus capacidades, ya de por sí reducidas por su condición médica.

65. A lo anterior debe sumarse la afirmación no refutada por la EPS, según la cual la familia de la accionante se encuentra en una situación económica apremiante que le impide cubrir los costos de traslado del menor hasta el mencionado Instituto, habida cuenta de que se trata de un niño de aproximadamente cinco años, con graves problemas visuales y respiratorios para quien el transporte público resulta riesgoso. Así, la Sala encuentra que se cumplen los requisitos definidos por la jurisprudencia para la autorización de un servicio de transporte no cubierto por el POS, en tanto que i) el paciente es un niño de cuatro años y, por tanto, depende absolutamente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado.

66. Por tanto, se ordenará que la Salud Total EPS preste el servicio de transporte solicitado para el menor y un acompañante adulto, ida y vuelta, desde el hogar de la accionante hasta

el Instituto, siempre y cuando se mantenga la situación de precariedad económica que le impide acceder al transporte por su propia cuenta. En caso de que la accionada advierta que la peticionaria cuenta con los recursos propios suficientes para realizar los traslados, podrá dejar de prestar el servicio sólo con autorización previa del Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento o el despacho que haga sus veces, que será el encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas en esta sentencia.

67. Por otro lado, la Sala observa que la accionante solicitó la exoneración de copagos y cualquier tipo de cobro relacionado con los servicios médicos que le preste la EPS accionada. Sin embargo, esta pretensión no resulta procedente al no encontrarse acreditados los presupuestos definidos por la ley y la jurisprudencia para tal efecto: en primer lugar, el menor agenciado y su familia no pertenecen a ninguno de los grupos poblaciones para quienes se ha dispuesto la exención de cobros; en segundo lugar, a pesar de lo apremiante que pueda ser la situación económica de la familia del menor, esta cuenta con los ingresos del padre, que le permiten cubrir las cuotas mínimas que requiere el servicio de salud. Con todo, la Corte advertirá a la accionada que si la accionante tiene problemas para hacer los correspondientes pagos antes de que sean prestados los servicios, la EPS deberá brindar oportunidades y formas de pago, exigiendo garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para que el menor acceda a los mencionados servicios.

Expediente T-5.058.627

68. El señor Andrés Mauricio Fonseca Perdomo solicita, a través de la acción constitucional de amparo, que se le ordené a la empresa MetLife (con quien tiene un contrato de seguro adquirido a través de su empleador gracias a un programa de vinculación masiva), que autorice la realización de una cirugía bariátrica para el tratamiento de su obesidad, enfermedad que le ha producido graves padecimientos de salud tales como apnea de sueño, gastritis y esofaguitis, entre otras. Indica, además, que no cuenta con los recursos necesarios para cubrir la operación dado que su sueldo escasamente le alcanza para cubrir las necesidades de su familia. La empresa accionada, por su parte, argumenta que el señor Fonseca había sido diagnosticado con obesidad grado II con anterioridad a la suscripción de la póliza de seguro y que, por tanto, su tratamiento está excluido de la misma en virtud

de la cláusula de exclusión de preexistencias que contiene dicho contrato, por lo cual se niega a prestar el servicio solicitado. Igualmente, indicó que el tratamiento de la dolencia del paciente corresponde, en primer lugar, de su cuidado personal y, en segundo lugar, de la atención que pueda prestarle la EPS a la que se encuentra afiliado.

69. Luego de estudiar los fallos de instancia, la Sala encuentra ajustado a derecho el dictado por el Juez Setenta y Uno Civil Municipal quien actuando en primera instancia, tuteló los derechos fundamentales incoados por el peticionario. En efecto, esta Corte considera que:

69.1 Si bien en principio la acción de tutela es improcedente en controversias sobre asuntos contractuales privados (tales como el contrato de seguro), la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el recurso de amparo puede impetrarse para resolver este tipo de conflictos en casos en los cuales se encuentre en entredicho la garantía de derechos fundamentales, por el hecho de que la empresa de seguros se encuentra prestando un servicio público y/o por la notoria asimetría entre las partes[38].

69.2 Contrario a lo sostenido por la accionada en su contestación y en el recurso de apelación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el contrato de seguro en salud sí puede asimilarse con el contrato de medicina prepagada para efectos de la protección de derechos fundamentales, al tener el mismo objeto. De este modo, las reglas aplicables a los contratos de un tipo son igualmente predicables del otro[39], como fue señalado en su momento por el juez de primera instancia y como ha sido señalado en apartados anteriores de esta providencia.

69.3 Al respecto, la Sala debe hacer referencia al recurso de apelación presentado por MetLife, en el cual se cita una pieza de doctrina para argumentar por qué las empresas no tienen la obligación de realizar exámenes médicos, frente a lo cual es necesario recordar que la doctrina es sólo un criterio auxiliar de interpretación y no tiene el carácter obligatorio que sí ostenta la Constitución y el precedente jurisprudencial que haya fijado la Corte Constitucional.

70. En el caso concreto, se observa que el señor Fonseca, en el formulario de afiliación, (29 de octubre de 2010), no aparece que al accionante se le hubiese practicado ningún tipo de examen previo a la celebración del contrato ni se tiene que la obesidad o la cirugía

bariátrica tipo sleeve hubiesen sido contempladas de manera explícita como exclusiones dentro del contrato de seguro.

71. En efecto, como lo relata la accionada en su recurso de apelación, “la Compañía Aseguradora prescindió de la elaboración del examen médico al asegurado”. Por otro lado, la póliza establece lo siguiente:

“Son servicios o eventos no cubiertos los siguientes:

8. El tratamiento médico o quirúrgico de enfermedades preexistentes (...) En todo caso se considera preexistencia toda lesión, condición o enfermedad que aparezca como antecedente en la historia clínica del usuario, sin importar si ha sido declarada o no, o si ha sido detectada o no, en el examen médico de ingreso si éste se hubiere realizado (...).”

A juicio de la Sala, este tipo de cláusula resulta absolutamente general y ambigua, en tanto que no detalla de manera explícita los tratamientos y enfermedades que se consideran excluidas de la póliza, en contravención con la jurisprudencia precitada.

72. Por otro lado, no es de recibo el argumento según el cual el paciente incurrió en mala fe al no haber declarado explícitamente que padecía de obesidad dado que en el formulario de ingreso[40] ésta no constaba entre las enfermedades que se pedía declarar. En segundo lugar, para el momento de elaboración de la póliza (2010) el peticionario no había presentado los síntomas derivados de la obesidad grave que sí presentó posteriormente (2014, según la historia clínica[41]); tercero, dado que el accionante ha convivido con exceso de peso toda su vida, no podía esperarse que esto pudiese ser considerado por él como una “dolencia” que debía ser declarada, sobre todo si hasta el momento no había presentado síntomas. Por el contrario, la existencia de la enfermedad habría podido comprobarse con el examen médico previo que no fue realizado, lo cual evidencia que no puede exigírseles a los usuarios que den cuenta de su estado de salud con el grado de detalle que sólo un profesional médico podría proporcionar.

73. Del mismo modo, es necesario señalar el error en el que incurrió el fallador de segunda instancia quien luego de reiterar la jurisprudencia ya reseñada, concluye de manera paradójica que no es posible acceder a ordenar la realización de la cirugía bariátrica pues, a su juicio, “está excluida de cobertura, de manera expresa”, para lo cual cita la “condición

segunda” de la póliza, según la cual se encuentran excluidos los “tratamientos y/o procedimientos quirúrgicos, médicos, ortopédicos o de cualquier índole cuya finalidad sea estética, de embellecimiento, rejuvenecimiento y/o complicaciones derivadas de este tipo de tratamientos ya sean médicos o paramédicos”. Y se dice que dicha conclusión es paradójica porque a pesar de reconocer que la obesidad del actor no podía considerarse como una preexistencia a la luz de la jurisprudencia aplicable, decide negar la pretensión argumentando que la cirugía bariátrica es de tipo cosmético, ignorando de plano todos los dictámenes médicos que obran en el expediente según los cuales se debe considerar la realización de dicha intervención para evitar complicaciones derivadas de la obesidad que se encuentran deteriorando gravemente la calidad de vida del accionante y no por razones meramente estéticas.

74. Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia y dejará en firme la orden proferida por el a quo, en el sentido de ordenar a MetLife Colombia Seguros de Vida S.A. que, en el marco de la póliza de seguro de salud celebrada con el accionante, proceda a realizar el trámite respectivo para que al señor Andrés Mauricio Fonseca Perdomo le sea practicado el procedimiento denominado “Gastrectomía Tipo Sleeve por Laparoscopia”, según dictamen de los profesionales médicos adscritos al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá.

Expediente T-5.061.429

75. En cuanto a este caso, debe señalarse que la señora Ester Castillo, para quien se pedía la protección constitucional, falleció el 3 de septiembre de 2015 según fue informado por su hija, la señora Blanca Castillo. Por tanto, en esta ocasión la Corte deberá aplicar la jurisprudencia concerniente a la carencia actual de objeto entendiendo que se ha configurado un escenario en el cual la orden que pudiera llegar a proferirse no tendría ningún efecto por la inexistencia de la persona que se vería beneficiada con la misma. Sin embargo, lo anterior no obsta para que la Corte pueda realizar un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de vulneración de derechos fundamentales y la corrección de decisiones judiciales de instancia, dado que esta Corporación en sede de revisión tiene el deber de fijar las reglas de interpretación de las normas y principios constitucionales.

76. De este modo, si bien en el presente caso no es posible tutelar los derechos

fundamentales de la señora Ester Castillo, la Sala debe resaltar que al momento de su fallecimiento la EPS accionada no había recibido el suministro de pañales que había sido ordenado por los jueces de instancia, por lo cual puede afirmarse que la situación de vulneración de sus derechos fundamentales se mantuvo aun después de haber resultado beneficiada por el amparo constitucional. Por lo anterior, la Sala estima pertinente poner este caso en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud para que determine la viabilidad de imponer algún tipo de sanción a la EPS accionada, en el marco de sus competencias.

77. Por otro lado, como se señaló anteriormente, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura profirió sentencia de segunda instancia que modificando la orden del a quo e indicando que Capital Salud E.P.S. debía proporcionar los pañales transitoriamente y remitir a la señora Ester Castillo a la Secretaría de Salud de Bogotá, con el fin de que esta última asumiera de manera definitiva la prestación. Al respecto, la Sala comparte el sentido del salvamento de voto emitido por el Consejero Néstor Osuna a dicha providencia, en el cual hace énfasis en que las condiciones de salud de la agenciada eran tan graves que no podía habersele impuesto la carga de realizar trámites administrativos adicionales “so pretexto de hacer respetar el carácter residual de la acción de tutela”. En consecuencia, la Sala prevendrá al Consejo Superior para que, en adelante, profiera las órdenes teniendo en consideración la situación particular de los agenciados y su capacidad de cumplir las cargas que eventualmente se considere necesario que asuman, en pos de la garantía de sus derechos fundamentales.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Cuarto de Familia de Barranquilla dentro del expediente T-5.046.747 y, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales del menor Esneider Prentth Rodríguez.

SEGUNDO: ORDENAR a CAPRECOM E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a expedir las autorizaciones necesarias para que un grupo multidisciplinario de especialistas estudie el caso del menor Prenth Rodriguez con miras a que se realice una cirugía reconstructiva de su rostro.

TERCERO: ORDENAR a CAPRECOM E.P.S. que, una vez obtenido el dictamen médico favorable a la realización de la mencionada cirugía, proceda a autorizar y a realizar dicha intervención en un término no mayor a un mes calendario desde el momento en que se conozca el mencionado dictamen.

CUARTO: ORDENAR a CAPRECOM E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a expedir las autorizaciones que el menor Esneider Prenth Rodríguez requiera para que sea atendido por un profesional en psicología.

QUINTO: Por Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que proceda a estudiar la eventual responsabilidad de la accionada por el retraso en la prestación de servicios de salud al menor Esneider Prenth Rodríguez, dentro del ámbito de sus competencias.

Expediente T-5.050.455

SEXTO: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali en primera instancia y el Juzgado 3 Penal de Circuito con Función de Conocimiento de Cali en segunda instancia, dentro del expediente T-5.050.455. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales del señor Álvaro Melo Solano.

SÉPTIMO: ORDENAR a Colsanitas E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar el servicio de enfermería permanente (24 horas) a favor del señor Melo Solano. Igualmente, deberá adelantar jornadas de capacitación para los familiares cercanos (entre ellos la accionante), con el fin de que participen del proceso terapéutico del paciente.

OCTAVO: ORDENAR a la señora Luz Marina Melo de Zapata que allegue al Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali o a quien haga sus veces las

pruebas suficientes que demuestren incapacidad económica suya y de su familia para cubrir los gastos derivados del servicio de enfermería para su padre.

NOVENO: ORDENAR al Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali o a quien haga sus veces que, en el marco del seguimiento al cumplimiento de las órdenes proferidas en esta sentencia, proceda a recaudar las pruebas tendientes a verificar la incapacidad económica de la accionante y su familia para cubrir el costo del servicio de enfermería requerido por el señor Álvaro Melo. En caso de que no se llegue a probar dicha incapacidad económica, el mencionado Juzgado podrá autorizar a la EPS a suspender la prestación del servicio, sólo por la mencionada razón.

DÉCIMO: ADVERTIR a la señora Luz Marina Melo de Zapata que las anteriores órdenes no podrán entenderse en perjuicio de los deberes que le asisten como familiar de su señor padre, tales como asistir a las capacitaciones ordenadas, los cuales deberá cumplir en la medida de sus capacidades.

Expediente T-5.053.956

UNDÉCIMO: REVOCAR la sentencia proferida de única instancia proferida por el Juzgado 29 Administrativo Oral del Circuito de Medellín dentro del expediente T-5.053.956 y, en consecuencia, CONCEDER el amparo solicitado a favor de la señora Otilia Arias de Atehortúa.

DÉCIMO SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar el suministro diario de pañales a favor de la señora Otilia Arias de Atehortúa, en las cantidades y en la talla que señalen los accionantes. La E.P.S quedará autorizada a realizar una visita domiciliaria con el fin de verificar la cantidad necesaria de pañales que la señora Arias de Atehortúa requiere diariamente y a ajustar el suministro en consecuencia.

Expediente T-5.055.084

DÉCIMO TERCERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 5 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cali en única instancia dentro del expediente T-5.055.084. En consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del menor David

González Pérez.

DÉCIMO CUARTO: ORDENAR a Salud Total E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a autorizar el servicio de transporte solicitado para el menor y un acompañante adulto, ida y vuelta, desde el hogar de la accionante hasta el Instituto para Ciegos y Sordos del Valle del Cauca. Dicho servicio deberá prestarse, siempre y cuando se mantenga la situación de precariedad económica que le impide acceder al transporte por su propia cuenta y siempre que el menor se mantenga recibiendo terapias de rehabilitación en el mencionado Instituto.

DÉCIMO QUINTO: ADVERTIR a Salud Total EPS que sólo podrá suspender la prestación del servicio ordenado en el numeral décimo cuarto con autorización

previa del Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento o el despacho que haga sus veces, que será el encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de la orden proferida en dicho numeral.

DÉCIMO SEXTO: PREVENIR a la accionada que la falta de pago de copagos y cuotas moderadoras no puede convertirse en obstáculo para que el menor acceda a los servicios médicos que necesite, situación ante la cual la EPS deberá brindar oportunidades y formas de pago, exigiendo garantías adecuadas.

Expediente T-5.058.627

DÉCIMO SÉPTIMO: REVOCAR las sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad en segunda instancia dentro del expediente T-5.058.627 y, por ende, CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá en primera instancia que CONCEDIÓ las pretensiones impetradas por el señor Andrés Mauricio Fonseca Perdomo.

DÉCIMO OCTAVO: ORDENAR a MetLife Compañía de Seguros S.A. que dé cumplimiento al numeral segundo de la providencia proferida por el Juzgado Setenta y Uno Municipal de Bogotá. En consecuencia, deberá proceder a expedir la autorización respectiva para que al señor Andrés Mauricio Fonseca Perdomo le sea practicado el procedimiento denominado “Gastrectomía Tipo Sleeve por Laparoscopia”, en el marco de la póliza de seguro de salud

celebrada con el accionante y según dictamen de los profesionales médicos adscritos al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá. Dichas autorizaciones deberán expedirse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo.

Expediente T-5.061.429

DÉCIMO NOVENO: DECLARAR IMPROCEDENTE por carencia actual de objeto la acción de tutela impetrada a favor de la señora Ester Castillo, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

VIGÉSIMO: Por Secretaría General de esta Corporación, REMITIR copia del presente fallo y del expediente correspondiente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el marco de sus competencias, realice las acciones que estime convenientes a fin de establecer la razón por la que Capital Salud E.P.S. omitió cumplir las sentencias de tutela de instancia.

VIGÉSIMO PRIMERO: PREVENIR a la Sala Jurisdiccional de la Judicatura para que, en adelante, profiera las órdenes teniendo en consideración la situación particular de los agenciados y su capacidad de cumplir las cargas que eventualmente se considere necesario que asuman, a favor de la garantía de sus derechos fundamentales.

Órdenes generales

VIGÉSIMO SEGUNDO: ADVERTIR que el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia corresponde a los distintos jueces de primera instancia. Sin embargo, esta Corte, a través de su Sala Novena de Revisión o la que se disponga para el caso, se reserva la posibilidad de asumir el seguimiento a dicho cumplimiento de considerarlo necesario.

VIGÉSIMO TERCERO: OFICIAR, a través de la Secretaría General de esta Corporación, a la Defensoría del Pueblo y a la Superintendencia Nacional de Salud para que realicen un seguimiento al cumplimiento de las órdenes adoptadas en esta providencia, dentro del marco de sus competencias.

VIGÉSIMO CUARTO: LÍBRENSE por Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de

que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica.

[2] Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[3] La noción de integralidad del servicio de salud se encuentra, entre otras fuentes, en pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como la Observación General No. 14 de 2000. En el mismo sentido, ver Sentencias T - 179 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-1059 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-062 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-730 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-536 de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, T-421 de 2007, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[4] M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido, ver Sentencia T - 179 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[5] Al respecto, ver Sentencias T-500 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; SU - 819 de 1999 M.P.: Álvaro Tafur Galvis; T-523 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda y T - 321 de

2012, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[6] Sentencia T-206 de 2013, M.P.: Jorge Iván Palacio.

[7] Por “copagos” debe entenderse como los aportes que tienen el propósito de financiar el sistema de salud y únicamente deben ser sufragados por los beneficiarios del sistema. Deben cancelarse por recibir los servicios contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004.

[8] Las cuotas moderadoras pretenden regular el uso del servicio de salud y estimular su buen uso, valores que deben ser cancelados por cotizantes y beneficiarios en forma indistinta como producto de recibir los servicios establecidos en el artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004.

[9] Modificado por el Decreto 4877 de 2007.

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

[11] Corte Constitucional. Sentencia T-296 de 2006. Reiterado en las sentencias: T-725 de 2010, T-924 de 2011, T-388 de 2012, T-500 de 2013, T-105 de 2014, T-619 de 2014 y T-131 de 2015, entre otras.

[12] Sentencia T-613 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt. Al respecto, ver la ya citada T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

[13] T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda). Sin embargo, como lo señala la Sentencia T-255 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas): “en relación con la exigencia de suscripción de la orden médica por el galeno de la EPS, la jurisprudencia reciente de esta Corte flexibilizó dicha carga. Al respecto la sentencia T-374 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio) señaló: “La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el médico tratante es la persona idónea para determinar un tratamiento en salud. Además, por regla general, ha considerado que el concepto relevante frente a los tratamientos es el establecido por el galeno que se encuentra adscrito a la EPS encargada de garantizar los servicios de cada persona. || Sin embargo, se han establecido ciertas excepciones. En efecto, el concepto del médico tratante que no se encuentra adscrito a la EPS debe ser tenido en cuenta por dicha entidad siempre que se presenten ciertas circunstancias, entre estas se destacan: || “(i) En los

casos en los que se valoró inadecuadamente a la persona. (ii) Cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que indica mala prestación del servicio. (iii) Cuando en el pasado la EPS ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante. (iv) Siempre que la EPS no se oponga y guarde silencio después de tener conocimiento del concepto del médico externo”[13]. || En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-889 de 2010, en la que resolvió un caso en el que a la peticionaria le fue negado el procedimiento ordenado por un médico tratante no adscrito a su EPS, al que acudió después de haberse sometido a múltiples dietas sin resultado alguno: “(...) el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto”.”

[14] Ver Sentencias T-662 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y la ya citada T-131 de 2015.

[15] Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] Sentencias T-745 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-365 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-587 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-022 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-481 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-173 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[17] Sentencias T-246 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-481 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[18] Sentencia T-481 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En estos casos, sin importar la capacidad económica del paciente, la EPS está obligada a cubrir el costo del traslado.

[19] Ver Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

[20] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

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

[23] Auto 035 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto).

[24] Sentencia T-255 de 2015. Sobre este aspecto se pueden consultar las providencias T-065 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-194 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-235 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-710 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-344 de 2011 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-327 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). También se pueden consultar las providencias T-502 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-288 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), A-203 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda), T-1020 de 2004 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-693 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-227 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), A-234 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-308 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-150 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-483 de 2008, entre otras.

[25] Ver, por ejemplo, Sentencias T-171 de 2003 o T-152 de 2006.

[26] Así por ejemplo, hablando de las pólizas de seguro para gastos de salud, la Corte ha indicado que: “para la Corte es evidente que la oposición de preexistencias no contempladas previamente o la elusión de la responsabilidad de la compañía en este tipo de contratos, aunque no se traduzcan en la obligatoriedad de que ésta preste servicios clínicos, médicos o quirúrgicos, puede llevar a efectos similares a los que se ocasionan en contratos de medicina prepagada cuando no cubren lo que se han comprometido a cubrir, con el consiguiente perjuicio para la salud de los contratantes, y aun con riesgo para derechos fundamentales en conexión con ella.” Sentencia T-118 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández. Citada en la Sentencia T-430 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[27] Sentencia T-184 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[28] M.P. José Gregorio Hernández.

[29] Cuaderno 1. Folio 54. Expediente.

[30] Cuaderno 1. Folio 50. Expediente.

[31] Cuaderno 1. Folio 03. Expediente.

[32] Sentencia T-1030 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

[33] Sentencia T-154 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero. En el mismo sentido, Sentencia T-131 de 2015, M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

[34] Sentencia T-131 de 2015, M.P. Martha Victoria SÁCHICA.

[35] Ibíd.

[36] En este punto, la Sala encuentra que la accionante se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela, al ser madre del menor y, por tanto, representante legal del mismo.

[37] Cfr. folios 14, 16 y 17 del Cuaderno 1 del Expediente. En el mismo sentido, ver, por ejemplo, la entrevista hecha a la directora del mencionado Instituto hecha en 2014, en la que ésta indica que “El instituto tiene los cuatro niveles de atención en salud. Además hacemos promoción y prevención; diagnóstico y tratamiento médico-quirúrgico; habilitación y rehabilitación, y ayuda diagnóstica”:
<http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/educacion/entrevista-con-directora-del-instituto-para-ninos-ciegos-y-sordos-del-valle-del-cauca/14018895>

[38] Sentencia T-856 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz. Ver también Sentencias: T-490 de 2009, T-832 de 2010, T-738 de 2011, T-751 de 2012 y T-662 de 2013.

[39] Ver, por ejemplo, Sentencias T-171 de 2003 o T-152 de 2006.

[40] Cuaderno 1, página 71.

[41] Cuaderno 1, páginas 3 y siguientes.