

Sentencia T-840/012

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Caso en que la EPS no autoriza un plan de atención médica domiciliaria y suministro de silla de ruedas

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-EPS debe brindar servicio que no se encuentra previsto en POS-S

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que cuando se trata de servicios no incluidos en el POS, las EPS están obligadas a autorizar y a brindar el servicio si se dan las siguientes condiciones: Si la persona requiere el servicio médico no incluido o excluido en el plan obligatorio de salud; es decir, (i) si la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) si el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; y (iii) si el servicio médico ha sido ordenado por su médico tratante, que, en principio, debe estar adscrito a al EPS. Si el servicio es requerido con necesidad por el usuario, lo que significa que (iv) el interesado no puede sufragarlo por sus propios medios.

PRESTACION DOMICILIARIA DE SERVICIOS MEDICOS-Reiteración de jurisprudencia

Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. Para ello, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud, EPS, deben remover todas las barreras y obstáculos que impidan su acceso efectivo, y además deben adelantar todas las gestiones necesarias y suficientes para que quien requiera las prestaciones, o las requiera con necesidad, pueda efectivamente obtenerlas.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a Nueva EPS autorizar y prestar todos los servicios prescritos por los médicos internistas que han tratado al actor

Referencia: expediente T-3513576

Acción de tutela presentada por Carmen Deysi Pérez Moreno como agente oficioso de su compañero permanente, el señor José Gerardo Hernández Zárate, contra Nueva EPS

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012)

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo expedido, en única instancia, por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot el ocho (8) de mayo de dos mil doce (2012), con ocasión de la tutela instaurada por Carmen Deysi Pérez Moreno, en nombre de su compañero permanente el señor José Gerardo Hernández Zárate, contra Nueva EPS. El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Seis, mediante Auto proferido el veintiocho (28) de junio de dos doce (2012).

I. ANTECEDENTES

El veintitrés (23) de abril de dos mil doce (2012) la señora Carmen Deysi Pérez Moreno instauró acción de tutela como agente oficiosa de su compañero permanente el señor José Gerardo Hernández Zárate, contra Nueva EPS. La actora solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su compañero, los cuales considera han sido vulnerados por dicha entidad al no autorizarle: el plan de atención médica domiciliaria, (consistente en terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general), el suministro de una silla de ruedas y oxígeno domiciliario, los cuales dice requerir para el manejo de las enfermedades que padece. La Nueva EPS niega los servicios de salud solicitados con fundamento en que (i) en la actualidad no tiene relación contractual con ningún proveedor en el Municipio de residencia del afiliado para prestarle el servicio de medicina domiciliaria y (ii) los servicios solicitados están por fuera del POS.

La accionante fundamenta su tutela en los siguientes

1. Hechos

El señor Hernández Zárate está afiliado al sistema público de salud, en calidad de cotizante, a través de la Nueva EPS. Actualmente tiene setenta y nueve (79) años de edad, padece de encefalopatía multifactorial, enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC)¹ con

complicaciones neurológicas, y de acuerdo con la historia clínica también fue diagnosticado con cáncer de páncreas asociado a dicha enfermedad.² Refiere la accionante que, como consecuencia de estas afecciones, su agenciado no puede moverse, está constantemente desorientado en el tiempo y el espacio, y experimenta constantemente lesiones en diferentes miembros debido a que permanece postrado en cama.

El veinte (20) de febrero del año dos mil doce (2012) el señor Hernández Zárate ingresó por urgencias a la Clínica Nueva San Sebastián de la ciudad de Girardot, debido a una crisis respiratoria y dolor abdominal. Allí fue atendido y tratado por varios médicos internistas, quienes desde el veintiséis (26) de marzo de dos mil doce (2012) le prescribieron los siguientes servicios médico-asistenciales para que se le practicaran en su propio domicilio (Flandes, Tolima): (i) terapia respiratoria tres veces por semana,³ (ii) visita médica dos veces por semana,⁴ (iii) terapia física diaria,⁵ (iv) suministro de una silla de ruedas⁶ y de (v) oxígeno mas bala de transporte.⁷ Después de estas indicaciones médicas, tanto la Clínica como la accionante iniciaron los trámites tendientes a lograr la autorización de dichos servicios.⁸ Sin embargo, luego la entidad accionada se abstuvo de emitir una respuesta frente a la solicitud. Finalmente, el trece (13) de abril pasado el señor Hernández Zárate fue dado de alta, sin que los servicios se le hubieran autorizado por la EPS.

La actora solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su compañero y, como consecuencia, que se ordene a la Nueva EPS autorizar y brindar los servicios médicos domiciliarios ordenados por los médicos especialistas que lo atendieron. Dice, en ese sentido, que su compañero requiere con urgencia dichas prestaciones pues su estado de salud es muy grave y ninguno de los dos tiene medios para financiar el tratamiento prescrito.

2. Respuesta de la entidad accionada

Dentro del término, Nueva EPS dio respuesta solicitando que se negara el amparo solicitado. La entidad señaló que no puede brindar los servicios de atención médica domiciliaria que la accionante solicita para su compañero, por dos razones. Primero, porque están por fuera del POS, y en el expediente no están acreditados los requisitos señalados por la Corte Constitucional para su protección. Segundo, porque la entidad dice no tener relación contractual alguna con proveedores para prestar los servicios médicos de atención

domiciliaria requeridos, en el municipio de residencia del afiliado (Flandes, Tolima). Eso a su juicio significa que no está dentro de sus obligaciones prestar dichos servicios, pues desde su punto de vista las EPS cuentan con una red de instituciones a ellas adscritas para garantizar los servicios de salud requeridos por sus afiliados, según las condiciones de oferta de la empresa, y no sería procedente obligarlas a contratar con una institución prestadora de salud determinada o con profesionales que no estén vinculados a la entidad. Pide entonces que se niegue la tutela, o de manera subsidiaria se ordene expresamente al Fosyga pagar el cien por ciento (100%) de los servicios que están por fuera del POS.

3. Fallo objeto de revisión

En sentencia de mayo ocho (8) de dos mil doce (2012) el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot resolvió negar el amparo del derecho a la salud bajo la consideración de que la EPS accionada no había vulnerado los derechos fundamentales del señor José Gerardo Hernández Zárate, pues en su informe expone que le ha prestado todos los servicios por él requeridos en las IPS vinculadas a su red de prestadores de servicios, afirmación que, a su juicio, se puede corroborar con la lectura de la historia clínica del paciente. No obstante, tuteló el derecho de petición del agenciado, en tanto, la EPS no se había pronunciado respecto de las solicitudes de atención médica domiciliaria y de la silla de ruedas y le ordenó a la EPS resolver de fondo dichas solicitudes.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Presentación del caso y problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, se le atribuye a la EPS Nueva la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor José Gerardo Hernández Zárate, de la tercera edad, al no autorizarle los siguientes servicios médico-asistenciales para que le fueran practicados en su propio domicilio: terapia respiratoria tres veces por semana, visita médica dos veces por semana, terapia física diaria, una silla de ruedas y oxígeno más bala de transporte. La entidad accionada por su parte, argumenta que no puede brindar dichos servicios: (i) porque están por fuera del POS y no están acreditados los requisitos señalados por la Corte Constitucional para su protección, y (ii) también debido a que dice no tener relación contractual alguna con proveedores de servicios médicos en el municipio de residencia del afiliado (Flandes, Tolima).

Así las cosas, el asunto le plantea a la Sala los dos siguientes problemas jurídicos:

- ¿Vulnera una EPS los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un usuario de la tercera edad que padece varias enfermedades graves, cuando se niega a autorizar un plan de atención médica domiciliaria, el suministro de una silla de ruedas y oxígeno domiciliario, debidamente prescritos por sus médicos tratantes, argumentando que no está obligada a hacerlo por no estar dichos servicios incluidos en del POS?

- ¿Vulnera una EPS los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un usuario de la tercera edad que padece varias enfermedades graves, al no autorizar ni brindar la atención médica domiciliaria debidamente prescrita su médico tratante, con fundamento en que no tiene contrato con prestadores de este servicio en el municipio de residencia del paciente?

Para esta Sala la respuesta a ambos problemas jurídicos es afirmativa. A continuación pasará a exponer los argumentos que la condujeron a esa conclusión.

3. Primer problema. El derecho fundamental a la salud del tutelante obliga a la EPS en este caso a prestarle los servicios solicitados, aunque uno de ellos no esté incluido en el POS

3.1. La Sala considera que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor José Gerardo Hernández Zárate, al negarse a autorizar y a brindarle los servicios requeridos, bajo el argumento de que no están incluidos en el POS. A esta conclusión llega la Corte Constitucional por las siguientes razones.

3.2. En primer lugar, no es cierto que todas las prestaciones médico asistenciales solicitadas por el tutelante fueran servicios no incluidos en el POS. La Sala constata que tanto la atención médica domiciliaria como el oxígeno están incluidos en el POS. En efecto, en el artículo 25 del Acuerdo 029 de 2011, “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, se encuentra contemplada la atención médica domiciliaria en los siguientes términos: “[l]a atención en la modalidad domiciliaria estará cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad establecidas en la normatividad vigente”. En este caso la atención domiciliaria había sido prescrita por el médico tratante del actor, y por lo mismo la prestación estaba incluida en el POS. Y lo mismo puede decirse del oxígeno, también prescrito por su médico tratante, el cual se encuentra expresamente incluido en el anexo 01 del mismo Acuerdo, dentro de la lista de los medicamentos cubiertos por el POS.⁹ Por tanto, estas prestaciones no podían negarse sobre la base de que no estaban incluidas en el POS, pues la verdad es que sí lo estaban.

3.3. Ahora bien, el hecho de que se hubieran negado servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud con base, a pesar de que existía una orden del médico tratante, significa que la Nueva EPS violó el derecho a la salud del actor. En efecto, en un caso así, lo debido para la entidad era proceder a autorizar estos servicios de manera oportuna, sin obstaculizar su acceso. Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras, en las sentencias T-320 de 2011¹⁰ y T-974 de 2011.¹¹ En ambos casos, la Corte resolvió las tutelas instauradas para proteger los derechos a la salud de personas de la tercera edad que padecían enfermedades graves y requerían, entre otros, el servicio de atención médica domiciliaria. En ambas sentencias la Corte Constitucional señaló que este servicio está incluido en el POS (Acuerdo 029 de 2011) por lo que es deber de las EPS autorizarlo y brindarlo sin dilaciones cuando el médico tratante del usuario se lo prescriba debidamente.¹² Para la Corte, una actuación en otro sentido por parte de la entidad responsable quebranta el derecho fundamental a la salud del afiliado que lo requiere.¹³ En consecuencia, la Sala piensa que la Nueva EPS le violó al señor Hernández Zárate el derecho a la salud, y por lo tanto impartirá las órdenes necesarias y suficientes para que cumpla con su obligación constitucional, y respete el derecho a la salud del peticionario.

3.4. Por otra parte, en lo que atañe al suministro de la silla de ruedas que pide el señor José Gerardo Hernández, la Sala constata que en efecto se trata de un servicio expresamente

excluido en el POS, de conformidad con el numeral 5 del artículo 49, Acuerdo 029 de 2011.¹⁴ Sin embargo, también concluye que ese solo hecho no es por sí mismo una justificación suficiente para negar la autorización y prestación del servicio demandado. Precisamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que cuando se trata de servicios no incluidos en el POS, las EPS están obligadas a autorizar y a brindar el servicio si se dan las siguientes condiciones:

a. Si la persona requiere el servicio médico no incluido o excluido en el plan obligatorio de salud; es decir, (i) si la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) si el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; y (iii) si el servicio médico ha sido ordenado por su médico tratante, que, en principio, debe estar adscrito a al EPS¹⁵

a. Si el servicio es requerido con necesidad por el usuario, lo que significa que (iv) el interesado no puede sufragarlo por sus propios medios.¹⁶

3.5. Por ende, el hecho de que una silla de ruedas no esté incluida en el POS no es suficiente para que una EPS se niegue a autorizarla y a brindarla. Es necesario verificar si se presentan las otras dos condiciones. Y luego de examinar si concurren en este caso, la Sala encuentra que se presentan con suficiencia todas estas condiciones. Así, en primer lugar, la falta de la silla de ruedas puede considerarse una amenaza para la integridad personal del señor Hernández Zárate, pues de acuerdo con su historia clínica y con lo expuesto por la accionante¹⁷ está expuesto constantemente a sufrir heridas en la piel debido a que no puede movilizarse por sí mismo y se ve obligado a permanecer postrado en cama, y a no tener cambios de posición que alivien al menos en parte sus úlceras, o frenen su agravación. La silla de ruedas le da al peticionario mayores posibilidades de cambiar de posición y de airearse, con menores dificultades para quienes lo ayudan. La silla de ruedas prestaría entonces una contribución positiva para evitar ulteriores menoscabos a la integridad personal del paciente y también para impedir afectaciones posibles a la integridad de quienes lo asisten, ya que pueden tratar sus úlceras con menos esfuerzo físico y mejores instrumentos.

3.6. Por lo demás, es importante señalar que en otras ocasiones la Corte ha tutelado el derecho a la salud de una persona a la cual su EPS le ha negado el suministro de una silla de ruedas. Así, en la sentencia T-203 de 2012,¹⁸ la Corporación juzgó que su EPS le había violado a una persona que padecía parálisis cerebral su derecho a la salud, en tanto se había negado a suministrarle la silla de ruedas prescrita por el fisiatra tratante de la misma. De hecho, en esa ocasión, había incluso un dictamen del Comité Técnico Científico, de acuerdo con el cual no debía autorizarse suministro del aparato, toda vez que “la no aprobación del servicio no ponía en riesgo inminente la vida de la paciente”. Sin embargo, la Corte indicó que aun cuando la falta de la silla de ruedas no ponía en riesgo inminente la vida del paciente, sí vulneraba su derecho a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, toda vez que tenía una condición grave de salud que le impedía moverse por su propia cuenta y requería de ayuda externa permanente. De igual manera la Sala explicó que “la silla de ruedas prescrita tiene la virtud de mejorar la calidad de vida de la paciente, en tanto le facilitaría realizar sus funciones diarias como alimentarse o ir al baño”.¹⁹

3.7. Pues bien, además de que la falta de la silla de ruedas amenaza el derecho a la integridad personal y a la vida digna del señor Hernández Zárate, puede decirse que no hay razones suficientes para asumir que aquella pueda ser sustituida por otro instrumento funcionalmente similar, que se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud. Para empezar, en este proceso la Nueva EPS no se ha encargado de señalar cuál podría ser ese sustituto, ni por qué debería considerarse igual de idóneo que la silla de ruedas para facilitar los cambios de posición y la movilidad del señor Hernández Zárate. Y aparte de eso, la razón la más poderosa para concluir que la silla de ruedas no puede ser remplazada por otro utensilio, es que la médica que ha tratado al señor Hernández Zárate conceptuó que este último requiere puntualmente la silla de ruedas, y no otra ayuda distinta de esa, para que quienes lo asisten puedan moverlo con más facilidad.²⁰ Así es que la prestación solicitada no puede ser sustituida por otra que esté incluido en el plan obligatorio de salud.

3.8. Y para terminar, los elementos que obran en el expediente permiten concluir que ni el agenciado ni su compañera permanente tienen recursos suficientes para financiar por su propia cuenta la prestación que solicitan. Efectivamente, la accionante manifiesta en el escrito de tutela que ninguno de los dos tiene dinero o ingresos suficientes para sufragar la silla de ruedas. Y como la EPS no desvirtuó de ninguna manera esta afirmación, ni la puso en duda tampoco, en virtud del artículo 83 de la Constitución, que ordena presumir la buena fe

en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, y del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que exige presumir la veracidad de las aserciones hechas en una tutela cuando el demandado guarde silencio sobre ellos, la Sala concluye que ni el señor Hernández Zárate ni su compañera tienen rentas suficientes para financiar la silla de ruedas que ahora piden mediante tutela.

3.9. En definitiva, estaban dadas todas las condiciones para concluir que el señor José Gerardo Hernández Zárate requería la silla de ruedas con necesidad. Por consiguiente, puede concluirse que tenía derecho fundamental a que la Nueva EPS se la brindase, pues como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional, el derecho fundamental a la salud implica el derecho de toda persona a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud.²¹ Sin embargo, está claro para esta Sala que a pesar de requerir el servicio solicitado con necesidad, la Nueva EPS se lo negó, sin justificaciones suficientes, y por lo mismo le violó su derecho fundamental a la salud. En consecuencia, la Corte Constitucional lo tutelaré también y ordenaré lo necesario para que se le suministre dicha prestación médica.

4. Segundo problema- El derecho fundamental a acceder a la prestación del servicio de atención médica domiciliaria requerida por un usuario no se exceptúa cuando la EPS no tiene en su red de prestadores un proveedor de dicho servicio en el municipio de residencia del paciente

4.2. Para resolver este punto, conviene señalar que la Corte ya se ha pronunciado sobre problemas jurídicos como este en varias oportunidades. Recientemente por ejemplo, en la sentencia T-073 de 2012,²² un ciudadano había interpuesto acción de tutela contra la EPS Salud Total, considerando que la entidad había violado su derecho fundamental a la salud al no autorizarle varios servicios médicos que requería, ordenados por un médico adscrito a la EPS, entre ellos la atención domiciliaria en salud. La EPS sustentaba entonces su negativa en que no podía prestar el servicio requerido porque no contaba con cobertura dentro del municipio del usuario y además porque su vivienda era de difícil acceso. En dicha providencia la Sala Quinta de Revisión concedió el amparo solicitado luego de reiterar que corresponde a las EPS garantizar a sus afiliados la prestación del servicio de salud bajo el principio de integralidad; es decir, de manera oportuna, eficiente y con calidad. Por tanto, descartó como

inadmisible el argumento conforme al cual las EPS podrían no prestar el servicio si no cuentan con infraestructura o proveedores en el municipio del afiliado. Y sobre este particular advirtió: “[...] la territorialidad del aseguramiento no constituye excusa constitucionalmente admitida para impedir el acceso de una persona a los servicios de salud que requiere”.²³ Por ende, ordenó a la EPS que programara y fijara fecha para prestarle la atención domiciliaria al tutelante.

4.3. Por lo demás, es preciso hacer énfasis en que una cuestión semejante ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Corte en otras ocasiones más, y mucho antes de que el señor Hernández Zárate pidiera las prestaciones asistenciales. Así, en la sentencia T-706 de 2003²⁴ la Corte concedió el amparo del derecho a la salud de un menor con diagnóstico de cuadriparesia espástica. En ese caso, su médica tratante le había prescrito manejo de hospitalización domiciliaria, y en dicha orden se indicaba que en el manejo de hospitalización domiciliaria se requería terapia física, fonoaudiológica, respiratoria, además de manejo de traqueostomía y gastrostomía y oxígeno domiciliario. No obstante la entidad negaba dichos servicios argumentando que además de estar por fuera del POS, no tenía quién realizara el tratamiento por fuera de Bogotá. La Sala de revisión en esa oportunidad tuteló el derecho a la salud y a la vida digna del menor y ordenó a la entidad autorizar y suministrar la prestación del servicio médico domiciliario.²⁵

4.4. Así las cosas esta Sala reitera que toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. Para ello, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud, EPS, deben remover todas las barreras y obstáculos que impidan su acceso efectivo, y además deben adelantar todas las gestiones necesarias y suficientes para que quien requiera las prestaciones, o las requiera con necesidad, pueda efectivamente obtenerlas.²⁶ En el caso objeto de estudio, la Corte advierte que el usuario efectivamente requiere el servicio de atención médica domiciliaria (terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general, de acuerdo a las órdenes de los médicos internistas que han tratado su enfermedad²⁷ y que están adscritos a la ESP²⁸). No obstante, no ha podido acceder a dichos servicios debido a la renuencia de la entidad en prestar el servicio, entre otros bajo el argumento de no contar con un proveedor de tales servicios en el municipio de su residencia. Pero la Sala ya mostró que este argumento no es válido, y por tanto ratifica la Nueva EPS violó el derecho del señor Hernández Zárate a la salud y, en consecuencia, ordenará lo correspondiente.

5. Conclusiones

(i) Toda persona que lo requiera de acuerdo con el concepto de su médico tratante, tiene derecho a acceder efectiva y oportunamente al servicio de atención médica domiciliaria y al suministro de oxígeno (servicios incluidos en el POS). Para respetarlo, las EPS deben proceder a autorizar y brindar el servicio sin dilación, tan pronto tengan conocimiento de que existe una orden médica en tal sentido.

(ii) La obligación de prestar el servicio de atención médica domiciliaria requerido por un usuario no se exceptúa cuando la EPS aduce no tener en su red de prestadores un proveedor de dicho servicio en el municipio de residencia del paciente. Es deber de la entidad superar esta dificultad y tomar las medidas necesarias para garantizar la prestación efectiva del servicio.

(iii) Las personas que requieran con necesidad una silla de ruedas (servicio excluido del POS), especialmente si se trata de personas de la tercera edad que padecen enfermedades graves, tienen derecho a que la EPS se las autorice y suministre.

En consecuencia, es razonable concluir que la EPS Nueva vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Hernández Zárate al (i) negarle el suministro de la silla de ruedas con el único argumento de que es un servicio excluido del POS, (ii) negar la autorización del servicio de atención médica domiciliaria y el suministro de oxígeno sin tener en cuenta que son servicios incluidos en el POS y deben ser prestados por la entidad siempre que haya una orden médica en tal sentido; y (iii) ser renuente frente a su obligación de prestar el servicio, bajo el argumento de no tener cubrimiento en la zona en que actualmente reside el usuario. Por ende, la Sala Primera de revisión concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor José Gerardo Hernández Zárate.

6. Órdenes a impartir

La Sala Primera de Revisión revocará el fallo expedido, en única instancia, por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, y en su lugar tutelaré los fundamentales a la salud y a la vida digna del señor José Gerardo Hernández Zárate. Para proteger los derechos del peticionario, impartirá las siguientes órdenes. Por una parte, la Sala

advierte que en los casos en los que se ha solicitado mediante acción de tutela el servicio de atención domiciliaria prescrita por un médico, la Corte ha ordenado directamente a la entidad accionada que preste el servicio en los términos establecidos por el médico que realizó la orden. En ese sentido se pueden consultar las sentencias T-073 de 201229 y T-694 de 200930 y T-706 de 2003.³¹ Por ello, ésta Sala ordenará a la Entidad Prestadora de Servicios Nueva EPS, que en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, autorice y de inmediato suministre todos los servicios prescritos por los médicos internistas que han tratado al señor José Gerardo Hernández Zárate y solicitados a través de esta acción de tutela (silla de ruedas, oxígeno mas bala de transporte, atención médica domiciliaria consistente en terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general). Por otra parte, la Sala reconocerá que Nueva EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que de acuerdo a la normatividad vigente no le corresponda asumir.³²

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo expedido en única instancia, por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot el ocho (8) de mayo de dos mil doce (2012), dentro de la acción de la tutela instaurada por Carmen Deysi Pérez Moreno, en nombre de su compañero permanente el señor José Gerardo Hernández Zárate, contra Nueva EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo del fundamental a la salud del señor José Gerardo Hernández Zárate.

Segundo.- ORDENAR a NUEVA EPS que, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, autorice y de inmediato preste todos los servicios prescritos por los médicos internistas que han tratado al señor José Gerardo Hernández Zárate, y ha sido solicitados mediante esta acción de tutela (silla de ruedas, oxígeno mas bala de transporte, atención médica domiciliaria consistente en terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general).

Tercero.- RECONOCER que Nueva E.P.S. tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que de acuerdo a la normatividad vigente no le corresponda asumir.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Diagnóstico médico del paciente José Gerardo Hernández Zárate de acuerdo a su historia clínica. Folios 5-33 del cuaderno principal del expediente (en adelante cuando se haga mención un folio deberá entenderse que hace parte del cuaderno principal del expediente, a menos que se diga expresamente algo distinto)

2 *Ibíd.* Específicamente en el folio 24 se diagnostica cáncer de páncreas.

3 Se puede constatar en la copia de la orden médica suscrita por la médica internista Yadira Rentería. Folio 35

4 Copia de la orden médica suscrita por la médica internista Yadira Rentería. Folio 34.

5 Copia de la orden médica suscrita por la médica internista Yadira Rentería. Folio 35.

6 Copia de la orden médica suscrita por el médico internista John Jader Díaz. Folio 37.

7 Copia de la orden médica suscrita por el médico internista John Jader Díaz. Folio 44.

8 Así lo afirma la Clínica San Sebastián a lo largo de la historia clínica del paciente. En esta se puede constatar que desde el 26 de marzo hasta el 13 de abril, fecha en que fue dado de alta, la clínica manifiesta que se encuentra en espera de autorización para el manejo del paciente en el plan de atención médica domiciliaria. Folios 28-33. De igual manera obra prueba en el expediente de un correo electrónico escrito por la Clínica a la Nueva EPS donde se solicita el plan de atención médica domiciliaria, incluyendo los servicios solicitados en la tutela.

9 De conformidad con el artículo 80 del Acuerdo 029 de 2011 “por medio del cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” Los Listados de Principios Activos y Medicamentos, Procedimientos y Servicios, que están contenidos en los anexos 01, 02 y 03, respectivamente, hacen parte integral del Acuerdo y su aplicación tiene carácter obligatorio.

10 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

11 (MP Mauricio González Cuervo).

12 De conformidad por las ordenes de los médicos tratantes que reposan en el expediente. El accionante requiere visita médica de medicina general dos veces al mes, (folio 34), terapia física diaria y terapia respiratoria tres veces por semana (folio 35), auxilio por enfermera cuatro veces por semana (folio 43) oxígeno mas bala de transporte para usar las 24 horas del día.

13 Conviene no perder de vista que incluso cuando la atención domiciliaria no estaba incluida en el POS, esta Corte tuteló en varias oportunidades el derecho a acceder a dicho servicio médico.13 Así lo hizo, por ejemplo, en la sentencia T- 1016 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño). En esa oportunidad, la Corte concedió la tutela presentada por una mujer de la

tercera edad que padecía Parkinson, hipertensión arterial y fibromialgia, y que de acuerdo con el concepto de los médicos tratantes requería “atención en casa con personal de enfermería las 24 horas del día, terapia física diaria en casa y terapia ocupacional para un recuperación idónea”. En esa oportunidad, la entidad accionada se negaba a prestarle los servicios entre otras razones porque estaban por fuera del POS. En aquella oportunidad la Corte reiteró que las EPS violan el derecho a la salud de los usuarios cuando niegan el suministro de servicios médicos o medicamentos que no están en el POS, cuando estos requeridos con necesidad; es decir, cuando sean “servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad (...) y que no pueda proveérselos por sí mismo”, según los términos de la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Ver también la sentencia T- 918 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández). En esa ocasión, la Sala Novena de Revisión debía resolver el amparo presentado por una persona con noventa y cinco (95) años de edad, a quien le había prescrito atención domiciliaria, y padecía de “cáncer de colon, osteoporosis severa, enfermedad coronaria, hipertensión arterial y presenta[ba] gran dificultad para caminar”. La EPS le negaba la autorización del servicio con fundamento en que no estaba contemplado en el POS. La Corte tuteló su derecho a la salud, y le ordenó a la EPS encargada que le prestara la atención médica debidamente prescrita, aun cuando no estuviera incluida en el POS, por ser requerida por ella con urgencia.

14 El artículo 49 establece “exclusiones en el POS: Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud: (...) 5. Medias elásticas de soporte, corsés o fajas, sillas de ruedas, (...)”

15 De conformidad con la Regla recogida en la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) - Apartado 4.4.2-, se debe entender que un servicio “se requiere” cuando se cumplen dichas condiciones.

16 Ibíd. (Apartados 4.4.2 y 5.1.2.5), se requiere “con necesidad” cuando el interesado no puede costear el servicio directamente.

18 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

19 En el mismo sentido se puede consultar la sentencia T-905 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En la primera la Corte estimó que, al negar el suministro de la silla de ruedas de una

señora de 80 años, por estar excluida del POS, la entidad accionada había vulnerado su derecho a la salud porque la falta de la silla ponía en riesgo la dignidad humana de la paciente. Al respecto señaló: “Se encuentra demostrado que el suministro de la silla de ruedas es vital para la salud, en condiciones dignas, de la señora María Catalina Ángel Arango, de 77 años de edad, quien se encuentra bajo la especial protección Constitucional por tratarse de una persona de la tercera edad y, además, por encontrarse en situación de discapacidad (demencia senil y pérdida de visión y audición) por la ocurrencia de un accidente cerebro-vascular.” Además porque esta había sido ordenada por el médico tratante de la paciente, al parecer no podía ser remplazada por un servicio incluido en el POS y la paciente no tenía recursos propios para pagar el insumo.”

20 Obra en el expediente copia de la orden suscrita por el Médico internista Jhon Jader Díaz, uno de los médicos que ha tratado al usuario, que además está adscrito a la entidad. Folio 37

21 Al respecto se puede consultar en el apartado 8.1 de la sentencia T-760 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa

22 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

23 Sentencia T-073 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

24 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

25 En esta oportunidad la Corte señaló: “(...) la atención domiciliaria que requiere el menor Miguel Ángel Vega Pérez, para que se le practiquen las terapias físicas, fonoaudiológicas y respiratorias, así como se le dé el manejo de traqueostomía y gastrostomía y oxígeno permanente y el suministro del asiento con determinadas características anatómicas son esenciales para su vida digna, pues se trata de una persona que padece de cuadriparesia espástica, enfermedad que lo tiene absolutamente postrado e inhabilitado, pues no puede comer, ni respirar por si solo; en tales condiciones se estima, que el menor requiere no solo del cuidado y la atención de su familia, sino de la asistencia médica solicitada. // le fueron recomendados por los propios médicos de la entidad accionada, pero la entidad accionada se niega a suministrárselos por no estar incluidos dentro del POS; dados los recursos económicos tan limitados de sus padres, éstos tampoco pueden proporcionarlos. Ante tales

circunstancias, resulta claro para la Sala, que con la negativa de la entidad demandada de no prestarle al menor la atención médica continua, completa y oportuna que requiere la salud y la vida del menor argumentándose no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, se contraría a la doctrina constitucional de esta Corte”.

26 Así lo señaló la Corte en la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) – Apartado 8.1. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en las sentencias T-694 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-091 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-320 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras. En todas estas la corte tuteló los derechos fundamentales de personas que requieran el servicio de atención médica domiciliaria y señaló que todas las personas tenían derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requieran.

27 Obra copia de las órdenes de servicios médicos domiciliarios en los folios 34-44.

28 Se puede constatar en las ordenes médicas y en la historia clínica del paciente que efectivamente la EPS Nueva tiene convenio con la Clínica Nueva San Sebastián donde han atendido al actor.

29 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio). En esta decisión la Corte ordenó lo siguiente a EPS Salud Total: “[...] por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, en el evento en que no lo hubiere hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programe y fije fecha para la práctica de las terapias, procedimientos, citas especializadas y tratamientos de medicina domiciliaria que ya fueron autorizados, y disponga de todos los medios necesarios para la efectiva atención integral al señor Juan Alberto Mira Peñarete de ahora en adelante. De igual modo, asuma el valor del transporte del señor Juan Alberto Mira Peñarete y su acompañante, para que acceda a la prestación de un servicio integral de manera ininterrumpida y prioritaria”.

30 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En la parte resolutive de dicha providencia puede leerse: “ORDÉNASE a Famisanar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si no lo ha realizado, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia facilite la cama especial terapéutica y suministre a Ana Lucía Perilla Vda. de Caldas los medicamentos requeridos, el colchón anti escaras, los pañales desechables, los medicamentos y la enfermería domiciliaria calificada, por el tiempo y en las

condiciones que para el efecto establezca el médico tratante, lo cual será coordinado con la señora Hilda Esperanza Caldas Perilla, hija de la beneficiaria de este amparo y persona que incoó la acción que ahora se decide”.

31 (MP. Álvaro Tafur Galvis). En la parte dispositiva de dicho fallo se lee: “ORDENAR, en consecuencia, al Gerente de Famisanar EPS, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de esta sentencia, si es que aún no lo ha hecho, autorice la prestación del servicio médico domiciliario, y el suministro del asiento de soporte moldeado con las especificaciones anatómicas que requiere el menor Miguel Ángel Vega Pérez, según lo ordenado por los médicos tratantes, en su condición de beneficiario de la afiliada Janeth Pérez Mogollón”.

32 De acuerdo con las regla básicas de recobro contenidas en la sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) -Apartado 6.2-, las EPS pueden recobrar el valor de las prestaciones que no estén legalmente obligadas a cubrir. En esa misma línea la Corte en las sentencias T-110 de 2012, T-286 de 2012 y T-233 de 2012, entre muchas otras ha reconocido y autorizado a las EPS a recobrar al Fosyga los costos de los servicios de salud que, de acuerdo a la normatividad vigente, no está obligada a asumir.