

T-955-14

Sentencia T-955/14

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

La figura procesal de la agencia oficiosa es procedente y viable en la interposición de este mecanismo de amparo, siempre y cuando se demuestre que: (i) el agente oficioso está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se pueda inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y el agenciado; y (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

La Corte Constitucional, ha aceptado que el derecho a la salud, puede ser protegido y salvaguardado a través de la acción de tutela. Todas las personas sin distinción alguna, pueden hacer uso del mecanismo de amparo para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación, sin necesidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta o ver conculcado cualquier otro derecho constitucional.

DERECHO A LA SALUD-Reglas y subreglas fijadas por la jurisprudencia para suministro de medicamentos excluidos del POS

El fallo T-760 de 2008, la Corte definió y sistematizó una serie de subreglas que obligan al juez de tutela a determinar cuándo frente al suministro de medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios indispensables en la preservación o recuperación de la salud de los pacientes o su vida digna, se debe aplicar directamente la Constitución y restringir la aplicación literal de las normas que regulan el POS.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Implica obligaciones para el estado y la sociedad

Esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como una obligación de la sociedad,

que permita el beneficio y apoyo a los demás, especialmente a quienes se encuentren en una condición de vulnerabilidad manifiesta. En materia de salud, este deber y principio de protección solidaria, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, y en ella ha insistido en que la responsabilidad de proteger y garantizar la salud, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado.

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

La inclusión del servicio de transporte en el Plan Obligatorio de Salud para el paciente ambulatorio que requiere de algún tratamiento médico, no es absoluta, pues se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional. En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación ha reiterado que la tutela procede cuando: (i) el paciente es totalmente dependiente 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 cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA-Reglas probatorias empleadas por la Corte Constitucional

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a EPS suministrar lente de contacto terapéutico

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a EPSS autorizar y entregar de manera permanente pañales desechables, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a EPS garantizar pago de subsidio de transporte al accionante y a un acompañante

Referencia: expedientes T-4478213, T-4481858, T-4483153, T-4483398, T-4485714, T-4486727 y T-4486745, acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Armando Giraldo Ruiz, contra SALUDCOOP EPS Regional Caldas (T-4478213); Clemencia Montero Ardila, contra EMSSANAR E.S.S y Secretaría Departamental del Valle del Cauca (T-4481858); Yohanna Santiago Ortega, contra SALUDCOOP EPS Regional Norte de Santander (T-4483153); Clara Fernanda Rubiano, contra COMPENSAR EPS (T-4483398); Ana Cecilia Rojas Rodríguez, contra COOMEVA EPS (T-4485714); Ana Tulia Herrera, contra SALUDCOOP EPS Regional Costa (T-4486727); y Doris Margarita Movilla, contra FAMISANAR EPS (T-4486745).

Procedencia: Juzgados Once Civil Municipal de Manizales, Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, Once Civil del Circuito de Bogotá, Promiscuo Municipal de Suesca, Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, y Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, respectivamente.

Asunto: Reiteración de jurisprudencia sobre autorización y suministro de servicios, procedimientos y elementos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y las Magistradas Martha Victoria Sáchica Méndez y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias dictadas por el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales (T-4478213), Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali (T-4481858), Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta (T-4483153), Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá (T-4483398), Juzgado Promiscuo Municipal de Suesca (T-4485714), Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla (T-4486727), y Juzgado Segundo Penal Municipal con

Funciones de Control de Garantías de Barranquilla (T-4486745) dentro de las acciones de tutela instauradas por Armando Giraldo Ruiz, contra SALUDCOOP EPS Regional Caldas; Clemencia Montero Ardila, como agente oficiosa de su tío Armando Ruiz, contra EMSSANAR E.S.S Y Secretaría Departamental del Valle del Cauca; Yohanna Santiago Ortega, como agente oficiosa de su hija Cherith Valeria Ramirez Santiago, contra SALUDCOOP EPS Regional Norte de Santander; Clara Fernanda Rubiano, como agente oficiosa de su hija Amanda Vásquez Rubiano, contra COMPENSAR EPS; Ana Cecilia Rojas Rodríguez, como agente oficiosa de su hijo Deiby Johan Gil Rojas, contra COOMEVA EPS; Ana Tulia Herrera, como agente oficiosa de su hermana Luisa Fernanda Herrera, contra SALUDCOOP EPS Regional Costa; y Doris Margarita Movilla, como agente oficiosa de su madre Doris Vásquez de Movilla, contra FAMISANAR EPS, respectivamente.

Los respectivos expedientes llegaron a esta Corte por remisión efectuada por los citados despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

Mediante auto del 8 de septiembre de 2014, la Sala Nueve de Selección, decidió acumular los expedientes T-4478213, T-4481858, T-4483153, T-4483398, T-4485714, T-4486727 y T-4486745, y repartirlos a la Sexta de Revisión, por presentar unidad de materia y estimar que podían ser fallados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

Los peticionarios de los procesos que se estudian en la presente sentencia, interpusieron acciones de tutela contra las entidades promotoras de salud antes señaladas, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, por haberseles negado el suministro de servicios, procedimientos e insumos NO POS.

A continuación se hará una exposición detallada de cada uno de los procesos de la referencia.

A. Hechos y pretensiones

Expediente T-4478213

El accionante tiene 78 años de edad, se encuentra vinculado al régimen contributivo en calidad de beneficiario y manifestó que le fue diagnosticado con “queratopatía vesicular, glaucoma secundario a otros trastornos del ojo[1]”.

Como consecuencia de lo anterior, el médico tratante le ordenó el uso de “lente de contacto terapéutico No. 6 ojo derecho (cambio mensual)[2]”, el cual ha sido negado por la EPS demandada, al considerar que éste se encuentra excluido del POS y es un “insumo estético con fines de embellecimiento”.

El tutelante afirmó que no cuenta con los recursos económicos para sufragar este tipo de gastos, pues depende enteramente del salario de su hijo quien se gana un poco más de 1 salario mínimo mensual legal vigente.

Así las cosas, solicita que se garanticen sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, y en consecuencia, se ordene a la EPS accionada a que suministre el lente de contacto terapéutico.

Expediente T-4481858

La señora Clemencia Montero Ardila, actuando como agente oficiosa de su tío, el señor Armando Ruiz, manifestó que éste padece de insuficiencia digestiva y cáncer de próstata.

Por lo anterior, solicitó a través del ejercicio del derecho de petición,[3] asistencia permanente de enfermera, suministro de pañales, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos, los cuales fueron negados por la EPS, al no existir orden médica que lo autorice.

La accionante pretende que a través de la acción de tutela, se protejan los derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas y la seguridad social de su tío, y como consecuencia, se ordene a la EPS accionada, autorizar la asistencia permanente de una enfermera, la entrega de pañales, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos.

Expediente T-4483153

Yohanna Santiago Ortega, actuando como agente oficiosa de su hija Cherith Valeria Ramírez, manifestó que ésta padece de síndrome de down, cardiopatía congénita, problemas gástricos, corrección de atresia duodenal, hipotiroidismo e hipoacusia neurosensorial bilateral.

Señaló que en razón a éste cuadro clínico, es necesario transportarse a la Fundación el Principio de una Esperanza, donde le realizan distintos tipos de terapias que le permitan sobrellevar y mitigar las enfermedades, pero no cuenta con recursos económicos para llevar a su hija a las terapias solicitadas, en tanto no tiene un oficio estable y su esposo “vende pasteles en la calle”, lo que les impide tener un ingreso económico fijo.

Por lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales de su hija a la vida en condiciones dignas y a la salud. Por consiguiente solicitó que se ordene a la EPS accionada el pago de un subsidio de transporte, junto con el suministro de pañales y pañitos húmedos.

Expediente T-4483398

Clara Fernanda Rubiano, actuando como agente oficiosa de su hija Amanda Vásquez Rubiano, manifestó que desde el año de 2006, padece del “síndrome de guillan barre[4]”, el cual produjo la paralización completa de su cuerpo, y afectó músculos respiratorios y digestivos, por lo que tuvo que realizarse una traqueotomía y gastrostomía para que pudiera respirar y alimentarse.

Como consecuencia de lo anterior, en septiembre del 2006, la agenciada empezó a recibir el servicio de atención domiciliaria, en el que le fueron practicadas terapias físicas, respiratorias, ocupacional, de nutrición y lenguaje, y apoyo psicológico.

En el año 2013, la paciente empezó a realizar movimientos del cuello, hombros, soporte de tronco, musculatura facial y del sistema fonético, por lo se retiraron de manera paulatina la sonda gástrica y el ventilador.

Sin embargo, la accionante manifestó que esto no era posible, pues su hija no puede sostenerse de pie de manera independiente, presenta osteopenia (enfermedad que ante cualquier caída le puede causar una fractura) y no cuenta con ningún apoyo familiar que le

permita colaborarle en su traslado, situación que no puede hacer de manera autónoma, pues a causa de una enfermedad laboral, no puede levantar ni trasladar cargas superiores a 5 kg[5].

En vista de lo anterior, solicitó que se tutelén los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social de su hija Amanda Vásquez, y que se ordene a la EPS accionada, a continuar brindando toda la atención médica especializada, con un cubrimiento de 24 horas y manejo interdisciplinario intensivo, junto con atención medica integral.

Expediente T-4485714

Ana Cecilia Rojas, quien se encuentra afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud y actúa como agente oficiosa de su hijo, Deiby Johan Gil Rojas, manifestó que el menor de edad padece de “epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral cuadripléjica (síndrome de prader willi).”

Dadas las condiciones del niño, es necesario que se realicen diferentes tipos de terapias por la IPS con el fin de que éste obtenga una pronta recuperación y pueda vivir en condiciones dignas. Sin embargo, éste tipo de tratamientos son realizados en la ciudad de Bogotá, lo que genera un traslado constante desde el municipio de Cajicá, lugar en el que residen, causando altas implicaciones económicas y un desgaste físico por la accionante, pues el menor de edad se encuentra en condiciones de pluridiscapacidad.

Así las cosas, la actora solicitó que se tutelén los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social de su hijo, Deiby Johan Gil Rojas, y como consecuencia, se ordene a COOMEVA EPS a sufragar los gastos de transporte junto con un acompañante a la ciudad de Bogotá.

Expediente T-4486727

Ana Tulia Herrera, actuando como agente oficiosa de su hermana Luisa Fernanda Herrera, manifestó que ésta tiene 86 años, se encuentra de manera permanente en una silla de ruedas y padece de la enfermedad de Parkinson.

Agregó que por motivos de ésta enfermedad, perdió el control de esfínteres, implicándole

incontinencia urinaria, y por tanto, el uso de pañales de manera permanente.

Ante la situación descrita, presentó una petición a SALUDCOOP, para solicitar el suministro de 90 pañales ((tena)) para adulto, los cuales fueron denegados por la EPS, por considerar que no existía orden médica que los autorizara y porque los mismos se encuentra por fuera del plan de beneficios.

Sin perjuicio de la negativa presentada por la EPS, el médico tratante, diligenció la solicitud[6] y justificación médica para acceder a medicamentos NO POS, lo cual fue nuevamente rechazado por la EPS, al considerar que “el servicio solicitado no se encuentra debidamente autorizado para uso, ejecución o realización por la respectiva norma vigente”[7].

Así mismo, la accionante manifestó que no le era posible continuar sufragando los costos médicos de su hermana, pues es una persona de la tercera edad que no cuenta con ingresos económicos permanentes.

En consideración a lo anterior, solicitó que se tutelaran los derechos constitucionales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, de su hermana Luisa Fernanda Herrera, y como consecuencia, se le ordene a la EPS SALUDCOOP la entrega de 90 pañales ((tena)).

Expediente T-4486745

La señora Doris Margarita Movilla, actuando como agente oficiosa de Doris Vásquez de Movilla, manifestó que su madre tiene 86 años y fue diagnosticada con “tromboembolismo pulmonar y luxación crónica de cadera derecha”, lo que le genera una dependencia total en sus actividades diarias.

En refuerzo de lo anterior, argumentó que la señora Vásquez de Movilla fue calificada con base en la escala de Barthel, que va desde menos 20 a 100, con el puntaje más bajo, lo que indica que es dependiente total de otras personas para realizar cualquier tipo de actividad.

La actora agrega en su escrito, que el 3 de febrero del 2014, la señora Vásquez de Movilla, fue atendida por el médico urólogo de Famisanar, Edgardo Rosales Maldonado, quien

manifestó que la paciente presentaba infecciones urinarias a repetición, y orina con rebosamiento en pañales, por lo que era necesario el consumo de medicamentos y el uso de pañales ((tena)) para adultos.

Con base en el diagnóstico médico señalado, la accionante presentó la solicitud ante la EPS para la entrega de dichos medicamentos e insumos, los cuales fueron negados por la EPS Famisanar, al considerar que no existía un riesgo inminente de la vida de la paciente, así como que los mismos no se encontraban dentro del plan de beneficios.

Como consecuencia de lo anterior, la actora solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de su madre. De esta manera, pretende que se le suministre de por vida los pañales ((tena)) para adultos, como quiera que no cuenta con los recursos económicos para sufragarlos.

II. ACTUACIONES PROCESALES

1. Expediente T-4478213

El Juzgado Once Civil Municipal de Manizales, mediante auto del 29 de abril de 2014, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la EPS demandada para que se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

A. SALUDCOOP EPS

El gerente regional de la EPS SALUDCOOP, solicitó que se denegara la solicitud de amparo, en tanto existe un concepto por parte del Comité Técnico Científico, dentro del cual se negó la solicitud del insumo médico requerido por el accionante, al ser éste un elemento cosmetológico y de embellecimiento que no pone en peligro la vida del paciente[8].

De igual manera, manifestó que al encontrarse por fuera del plan de beneficios, era necesario que el paciente incurriera en este tipo de gastos y con ello no afectara la estabilidad económica y financiera del sistema.

B. Sentencia de única instancia

El Juzgado Once Civil Municipal de Manizales, profirió fallo el 7 de mayo de 2014 denegando

la acción de tutela, por considerar que no cumplía con los requisitos jurisprudenciales para acceder al suministro de insumos y medicamentos NO POS.

Lo anterior se fundamentó en que (i) la ceguera del paciente es irreversible y por tanto no afecta sus derechos fundamentales, (ii) el Comité Técnico Científico ya había conceptualizado, afirmando que el medicamento requerido es de orden cosmetológico, y (iii) no existe prueba que demuestre la falta de capacidad económica del paciente.

2. Expediente T-4481858

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, mediante auto del 8 de abril de 2014, decidió correr traslado a la EPS accionada y vincular como litisconsorte necesario a la Secretaría de Salud Departamental, para que dentro del término fijado, ejercieran su derecho de contradicción y defensa, en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

A. Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

A través del jefe de la oficina jurídica, la precitada entidad, manifestó que los procedimientos e insumos médicos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, deben ser soportados en una orden del médico tratante que se encuentre adscrito a la EPS.

Adicionó que la EPS EMSSANAR es la encargada de prestar el servicio de salud requerido, y que si fuera el caso, ésta podría solicitar el reembolso ante el FOSYGA.

B. EPS EMSSANAR

La apoderada judicial de la EPS, solicitó al juez de instancia, declarar la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que no existe prescripción médica que demuestre la necesidad de los medicamentos e insumos requeridos por el paciente, tales como pañales desechables, pañitos húmedos y crema antiescaras.

Así mismo, agregó que el paciente cuenta con la atención domiciliaria "Home Care" de la IPS Clinimedical, dentro de la cual se le están brindando los servicios médicos requeridos para su cuidado y recuperación.

Finalmente, resaltó que existe un deber de corresponsabilidad por parte de la familia del paciente, de tal manera que hay ciertas actividades que le son propias al cuidador familiar, y no a la EPS.

C. Sentencia de única instancia

En sentencia del 28 de abril de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, resolvió denegar la solicitud de amparo, por considerar que no existe prescripción médica que autorice la prestación de los servicios e insumos médicos requeridos por la accionante.

3. Expediente T-4483153

El 25 de febrero de 2014, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de San José de Cúcuta, admitió la acción de tutela, ordenó correr traslado a la EPS accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y ofició al Juzgado Tercero Civil Municipal para que remitiera copias del fallo de tutela N° 00228 del 2009, donde la accionante había sido parte procesal por los mismos hechos.

A. SALUDCOOP EPS

El señor Elkin Silva Vargas, no allegó el certificado de existencia y representación legal de la EPS accionada dentro del cual se sustente su calidad de gerente regional de la misma, por lo que el juzgado aplicó la presunción de veracidad de los hechos esgrimida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, al considerar que no estaba legitimado para actuar.

B. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Cúcuta, mediante sentencia del 3 de marzo de 2014, negó la acción de tutela, por considerar que de manera previa el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta, a través de sentencia N° 00228 del 2009, había tutelado los derechos del agenciado e inclusive había otorgado el subsidio de transporte solicitado.

C. Impugnación.

Mediante escrito del 6 de marzo de 2014, la accionante impugnó el fallo de primera

instancia, por no estar conforme con la parte resolutive del mismo[9].

D. Sentencia de Segunda Instancia

Mediante sentencia del once de abril de 2014, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar que la actora interpuso en 10 oportunidades, diferentes acciones de tutela en búsqueda de la protección de los derechos de su hija, y dentro de los mismos se brindaron dicha protección, lo que permitió corroborar que no existe una desprotección y amenaza a los derechos de la niña.

4. Expediente T-4483398

Mediante auto del 16 de mayo de 2014, el Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, admitió la acción de tutela, vinculó oficiosamente al Ministerio de Salud y Protección Social-FOSYGA- y ordenó correr traslado a las partes, para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa.

Así mismo, mediante auto del 27 de mayo de 2014, decidió vincular oficiosamente a la IPS Linde, para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

El Director Jurídico del presente Ministerio, mencionó en su escrito que el servicio de terapias requerido por la agenciada, se encontraba incluido dentro del Plan de Beneficios, según lo dispuesto en la Resolución 5521 de 2013.

Así mismo, manifestó que el servicio de enfermería, está cubierto en los casos en que se considere pertinente por el profesional tratante bajo las normas de calidad vigentes y dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud, lo que no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de los cuidadores.

Finalmente, acotó que la pretensión del tratamiento integral, es una solicitud muy genérica y se hace necesario que el paciente o su médico tratante, precise cuáles son los medicamentos o procedimientos requeridos a fin de que la entidad pueda determinar si se encuentran o no incluidos en el POS.

B. COMPENSAR

A través de apoderado judicial, la EPS accionada argumentó que en todo momento ha brindado un tratamiento integral y especializado a la paciente, según los conceptos médicos esgrimidos.

Así mismo, señaló que no existe orden médica que prescriba la necesidad de la enfermera 24 horas, todo lo contrario, lo que existe es un concepto médico en el cual se evidencia que la paciente tiene un alto potencial de rehabilitación y que solamente requiere de enfermera domiciliaria 12 horas, con el objetivo de finalizar el tratamiento y entrenar a un cuidador familiar.

Finalmente, resaltó que la paciente se encuentra incluida en un programa intensivo de rehabilitación-PIR-, autorizado por la Clínica de la Sabana, para continuar con la recuperación en un gimnasio especializado.

C. IPS Linde

El representante legal de la IPS, manifestó que por los avances obtenidos en el proceso de rehabilitación de la paciente, es candidata para iniciar el programa de rehabilitación en gimnasio terapéutico en un centro especializado, por lo que no es compatible que se tenga un programa domiciliario y uno ambulatorio[10].

D. Sentencia de primera instancia

El 29 de mayo de 2014, el Juzgado Sesenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, emitió sentencia negando la acción de tutela, por considerar que la EPS accionada ha brindado todos los tratamientos médicos requeridos para la recuperación de la paciente y además porque no existe orden del médico tratante que permita inferir la necesidad de la atención domiciliaria.

El a quo, puntualizó que por ser ésta una enfermedad catastrófica, es la paciente quien debe asumir los copagos o cuotas moderadoras, toda vez que es cotizante independiente con un IBC de \$616.000.

E. Impugnación

La accionante impugnó la decisión de instancia, al considerar que el servicio de enfermería

24 horas, es necesario para la recuperación de su hija, teniendo a consideración que la misma no ha recuperado del todo su salud, situación que la hace totalmente dependiente y vulnerable.

Así mismo, acotó que no existen ordenes médicas prescritas por el galeno tratante que definan cuáles son los servicios apropiados, toda vez que los mismos se interrumpieron abruptamente desde el 31 de mayo de 2014, cuando la EPS decidió cancelar los servicios de salud.

F. Sentencia de segunda instancia

En sentencia del siete de julio, el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar que la EPS no ha negado a la paciente la prestación de algún servicio médico, así como que no existe prescripción médica que señale la necesidad de un tratamiento médico domiciliario 24 horas.

Adicionalmente, señaló que la atención domiciliaria se presta por la Clínica de la Sabana, lo que demuestra que la paciente no se encuentra desamparada en relación con el servicio de salud requerido.

5. Expediente T-4485714

Por medio de auto del 21 de abril de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Suesca-Cundinamarca, admitió la acción de tutela, vinculó al Instituto de Cardiología de la Fundación Cardio Infantil y decidió dar traslado a la EPS accionada, para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

A. COOMEVA

A través de apoderado judicial, la entidad accionada, manifestó que la solicitud de transporte no está relacionada con la salud, ni representa una actividad médica como tal, además se encuentra excluida del POS y no existe orden médica que autorice la prestación de éste servicio.

El apoderado finalizó señalando que la solicitud de gastos de transporte es igualmente improcedente, toda vez que “no se trata de movilización de paciente con patología de

urgencias certificada por su médico tratante, ni hay una remisión entre instituciones prestadoras de servicio de salud[11]”.

B. Fundación Cardio infantil

El representante legal de la precitada entidad, mencionó que el menor de edad, presenta epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral espástica cuadripléjica, lo que ha producido que acuda a esta institución en diferentes oportunidades, para realizar el control y tratamiento respectivo.

C. Sentencia de única instancia

El 28 de abril de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Suesca Cundinamarca, negó la acción de amparo, al considerar que no existió una vulneración a los derechos fundamentales del menor de edad, toda vez que no obran en el expediente prescripciones o solicitudes médicas que indiquen la necesidad del transporte y el acompañamiento permanente del niño[12].

6. Expediente T-4486727

Mediante auto del 25 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, admitió la acción de tutela, y ordenó correr traslado a la entidad demandada para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones descritos en la tutela.

A. SALUDCOOP EPS

El Director Médico de la EPS demandada, argumentó que los pañales desechables se encuentran excluidos POS, por lo que es una carga de la usuaria y/o de su núcleo familiar sufragarlos directamente, más aún, cuando no existe prescripción médica que lo autorice.

Agregó que la falta de entrega de los pañales, no pone en riesgo la salud y la vida del paciente, por lo que la acción de tutela no es procedente.

B. Sentencia de única instancia

Mediante sentencia del 7 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, denegó la solicitud de amparo, por considerar que la misma no cumplía el requisito de subsidiariedad, en tanto la Superintendencia Nacional de Salud era la entidad competente para resolver el asunto, según la Ley 1122 de 2007 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

7. Expediente T-4486745

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, mediante auto del 7 de abril de 2014, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la EPS accionada, para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa, en relación con los hechos presentados por la accionante.

A. EPS FAMISANAR

El representante legal de la EPS, argumentó que los pañales se encuentran excluidos del POS, y que los mismos fueron negados por el Comité Técnico Científico (CTC[13]), por considerarse que no se encontraba en peligro la vida de la paciente.

Adicional a lo anterior, argumentó que la tutela es improcedente, toda vez que la actora cuenta con la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud, para requerir la garantía y protección de sus derechos, presuntamente vulnerados.

Finalmente, solicitó que de ser procedente la acción de tutela, se pueda acudir ante el FOSYGA para requerir el reembolso de los insumos prestados a la paciente.

B. Sentencia de única instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, mediante sentencia del 29 de abril de 2014, negó el amparo solicitado, por considerar que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para solicitar las prestaciones de salud excluidas del plan de beneficios.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Los accionantes consideran que las entidades promotoras de salud, vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, al negarles los medicamentos, servicios y tratamientos médicos requeridos, para contrarrestar sus respectivas enfermedades.

Por su parte, las entidades accionadas manifestaron que ya se habían prestado todos los servicios médicos solicitados, y que los medicamentos y tratamientos demandados, no se encontraban dentro del Plan Obligatorio de Salud, situación que las exime de prestarlos, máxime si los accionantes no cuentan con una prescripción médica que los autorice a solicitarlos.

3. La presente situación fáctica exige a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Una entidad promotora de salud -EPS- vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, y a la vida en condiciones dignas, cuando se niega a suministrar ciertos servicios, procedimientos y elementos no POS - algunos con orden médica y otros no - a pesar de que son necesarios para contrarrestar la enfermedad y mejorar la calidad de vida de un sujeto de especial protección constitucional?

4. Para resolver los problemas jurídicos planteados, es necesario analizar los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela cuando es presentada por un agente oficioso; (ii) la protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela; (iii) las reglas para no aplicar las normas del POS para el suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios, a un paciente en estado de debilidad manifiesta; (iv) el alcance del principio de solidaridad frente a sujetos de especial protección constitucional (v) el cubrimiento de los gastos de transporte

para pacientes y sus acompañantes por las EPS (vi) la carga de la prueba ante la falta de capacidad económica del usuario ; y (vii) casos concretos.

Procedencia de la acción de tutela cuando es presentada por un agente oficioso. Reiteración jurisprudencial

5. Antes de continuar con el análisis sobre la inaplicación del POS, es necesario establecer si procede una acción de tutela interpuesta por un agente oficioso.

En relación a lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que es posible presentar acciones de tutela a nombre de quien no pueda hacerlo por sí mismo[14]. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del demandante, “se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante.” [15]

De igual manera, la Corte manifestó que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, y como tal, pretende proteger los derechos fundamentales de las personas por encima de los requisitos procesales, de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución[16]. Como tal, esta figura es un mecanismo idóneo para lograr el amparo de personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de avanzada edad y las personas en situación de discapacidad, entre otras.

6. En este sentido, obrar en nombre de otro para proteger y garantizar sus derechos fundamentales, es una posibilidad legalmente contemplada en el Decreto de la acción de tutela y fuertemente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación, con lo cual, no queda duda que la figura procesal de la agencia oficiosa es procedente y viable en la interposición de este mecanismo de amparo, siempre y cuando se demuestre que: (i) el agente oficioso está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se pueda inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y el agenciado; y (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso[17].

7. La salud es un “estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que

inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo[18].” En este sentido, la salud no es una condición de la persona que se tiene o no, sino una cuestión que debe ser valorada en cada caso concreto.

Ahora bien, la salud dentro de un plano constitucional, se encuentra taxativamente reconocido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como un derecho que protege múltiples ámbitos del vida humana, a partir de diferentes perspectivas, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que la estructura de éste derecho es de carácter complejo, pues tanto su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.

La complejidad de éste derecho, no solamente redundando en las acciones y omisiones por parte del Estado y la sociedad, sino también implica que se cuente con suficientes recursos materiales e institucionales que permita su goce efectivo[19].

8. Ahora bien, el derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido desde sus inicios, que el Estado o la sociedad, pueden vulnerar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona[20].

En este sentido, la Corte Constitucional, ha aceptado que el derecho a la salud, puede ser protegido y salvaguardado a través de la acción de tutela. Sin embargo, esta postura ha sufrido diferentes cambios y virajes jurisprudenciales, pues desde un inicio, no fue reconocido como un derecho de carácter fundamental, a menos que éste estuviese plenamente ligado con alguno de los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional[21].

9. De manera concomitante a esta postura jurisprudencial, esta Corporación afirmó que el derecho a la salud podía protegerse de manera autónoma, siempre y cuando, el accionante fuera un menor de edad, y en general cuando el titular fuera un sujeto de

especial protección constitucional[22].

10. Sin perjuicio de lo anterior, esta postura fue cambiada con la sentencia T-859 de 2003[23], la cual afirmó que la naturaleza del derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, lo cual implica que “tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”.

Lo anterior fue reiterado y respaldado por la sentencia hito T-760 de 2008, dentro de la cual se sostuvo que “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía”.

11. De esta manera, todas las personas sin distinción alguna, pueden hacer uso del mecanismo de amparo para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación[24], sin necesidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta o ver conculcado cualquier otro derecho constitucional.

Reglas para inaplicar las normas del POS para el suministro de medicamentos, procedimientos y elementos excluidos del plan de beneficios. Reiteración de jurisprudencia

12. En diferentes oportunidades[25], esta Corporación ha resaltado que la reglamentación y aplicación del POS no puede desconocer derechos fundamentales, ni mucho menos controvertirlos. Ello por lo general sucede cuando una EPS, luego de realizar una interpretación literal y restrictiva de la normatividad y bajo el argumento estricto de la no inclusión de medicamentos o procedimientos en el POS, impide la práctica de servicios necesarios para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de los pacientes.

13. Al respecto, el fallo T-760 de 2008[26], la Corte definió y sistematizó una serie de

subreglas que obligan al juez de tutela a determinar cuándo frente al suministro de medicamentos, elementos, procedimientos, intervenciones y servicios indispensables en la preservación o recuperación de la salud de los pacientes o su vida digna, se debe aplicar directamente la Constitución y restringir la aplicación literal de las normas que regulan el POS.

Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones: "(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

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

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

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

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir

con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte[27], sino que su protección exige además asegurar una calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo reglamentado en la Carta Política.

15. En torno a la segunda subregla, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte[28] que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS[29].

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

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

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

iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso -bien sea la historia clínica o algún concepto médico- la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, en la sentencia T-899 de 2002[30], se tutelaron los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían

sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

En este mismo sentido, ha sostenido la Corte que cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a observación del Comité Técnico Científico (CTC), no se puede desestimar la prescripción médica existente basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo. Según esta Corporación, en sentencia T-654 de 2010[31], el servicio no POS sólo puede ser negado por el CTC cuando existan razones médicas sólidas para no hacerlo. De no ser así, tiene prelación el criterio del médico tratante, quien tiene contacto directo con el paciente. Por ende, cuando existen discrepancias entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente.

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

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

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

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

19. Esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como una obligación de la sociedad, que permita el beneficio y apoyo a los demás, especialmente a quienes se encuentren en una condición de vulnerabilidad manifiesta[32].

Esta protección especial, surge del contenido expreso del artículo 13 inciso tercero de la Constitución Política que establece: “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De esta manera, hay una mayor carga y exigibilidad en las conductas que deben desplegar tanto el Estado, como la sociedad, para lograr mantener la protección a aquellos que por su condición, no lo pueden hacer independientemente.

20. Ahora bien, en materia de salud, este deber y principio de protección solidaria, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, y en ella ha insistido en que la responsabilidad de proteger y garantizar la salud, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado[33].

21. El rol de la familia es primordial para brindar la atención y el cuidado requerido, pues cualquiera que sea el tratamiento debe involucrar la adaptación a su núcleo familiar, a quienes en virtud de los artículos 5º, 42º y 95 numeral 2 constitucionales les asiste el deber de solidaridad de manera especial.

22. En ese orden de ideas, esta Corte ha abordado el tema y ha estimado que la familia desempeña un papel primordial en el tratamiento del paciente, por ser la más indicada e idónea para brindar protección, apoyo y cariño.

El vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo “actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaborando en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisando el consumo de los medicamentos, estimulando emocionalmente al paciente y

favoreciendo su estabilidad y bienestar[34].

Evidentemente, debe existir una orientación y coordinación de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud ya que, aun cuando la familia asuma la responsabilidad por el enfermo, dichas entidades no están exentas de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran, pues son éstas quienes guardan el conocimiento científico y técnico en la materia.

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

24. En conclusión, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello conlleve a que se desconozca la corresponsabilidad y solidaridad que también debe ejercer la sociedad y el Estado a través de sus instituciones, de tal manera que propendan por la recuperación y el cuidado del paciente, y más aún, de aquellos que se encuentran en una situación de especial cuidado.

25. En diferentes oportunidades[35], esta Corporación ha indicado los casos en que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe cubrir el servicio de transporte. No obstante, aun cuando el servicio no esté catalogado como una prestación asistencial de salud, algunas veces suele estar relacionado directamente con la recuperación de la salud, la vida y la dignidad humana, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección.

26. Ahora bien, la inclusión del servicio de transporte en el Plan Obligatorio de Salud para el paciente ambulatorio que requiere de algún tratamiento médico, no es absoluta, pues se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional[36].

27. En los casos en que no se presente la anterior situación, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para

sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea una barrera para recibir el servicio médico, se constituye en un impedimento para acceder al goce de su derecho a la salud.

En efecto, la sentencia T-760 de 2008[37] afirmó que el transporte es un medio para acceder al servicio de salud, y que aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones constituye una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los recursos económicos para sufragarlo.

En el precitado evento, le corresponde al juez constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo y determinar la viabilidad en la financiación del mismo, bajo los siguientes criterios: “(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[38].”

En este sentido, la jurisprudencia determina la viabilidad del servicio de transporte por fuera del lugar de residencia del solicitante, cuando se ha probado que ni el paciente, ni su núcleo familiar tiene los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y, que de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente.

28. Ahora bien, en cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación ha reiterado que la tutela procede cuando: “(i) el paciente es totalmente dependiente 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”

De esta manera, la presencia del acompañante, queda sujeta a las anteriores reglas jurisprudenciales, de tal manera que el juez constitucional está en la obligación de aplicarlas, y con ello determinar si es necesario la presencia del mismo.

Carga de la prueba en la falta de capacidad económica del usuario. Reiteración de jurisprudencia

29. Para que el juez pueda resolver una controversia con total claridad y certeza, lo

primero que debe hacer es determinar cuál es el asunto en conflicto, es decir, concretar los hechos que le dieron origen a la problemática suscitada. Ello se concreta, con que cada parte demuestre y pruebe los hechos que aduce como fundamento de sus pretensiones.

Este criterio es identificado con el apotegma “Onus probandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor”, esto es, que al demandante le incumbe probar los hechos en que funda su acción y al demandado, cuando excepciona, le corresponde, probar los hechos en que se sustenta su defensa[39].

30. Sin embargo, los anteriores criterios, de conformidad a la jurisprudencia constitucional plasmada en la Sentencia T-600 de 2009[40], deben ser aplicadas e interpretadas con menor rigor en sede de tutela, pues se ha entendido que la parte accionante se encuentra en una situación de debilidad o subordinación para acceder a la prueba requerida.

31. Ahora bien, esta interpretación jurisprudencial también es aplicable a los trámites de tutela en los que se debata la capacidad económica de quienes requieren servicios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Estas reglas fueron sintetizadas en la sentencia T-683 de 2003[41], de la siguiente manera:

“(i) 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.

(ii) 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.

(iii) 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.

(iv) 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”.

32. Así las cosas, la jurisprudencia ha permitido que se flexibilice la carga de la prueba a favor de un peticionario, de conformidad con el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), y el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección y aplicación (capítulo 4o. del título II de la Carta Política)[42].

33. No obstante, la flexibilización probatoria no conlleva en ningún momento a que se dejen de estudiar los hechos alegados por alguna de las partes, pues el único objeto de ello, es que se no se le indilguen mayores cargas a los accionantes quienes de manera general no cuentan con los fundamentos necesarios para demostrar la situación a la cual hacen referencia.

Los casos concretos

34. Disponiendo de los elementos constitucionales, jurisprudenciales y facticos a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, esta Sala pasa a analizar cada caso, de la siguiente manera:

Expediente T-4478213

35. La presente situación, refiere un accionante de la tercera edad que fue diagnosticado con “queratopatía vesicular, glaucoma secundario a otros trastornos del ojo[43]” y que se encuentra en el régimen contributivo en calidad de beneficiario de su hijo.

36. Por su parte, la EPS accionada argumentó que existe un concepto emitido por el Comité Técnico Científico (en adelante CTC), mediante el cual se deniega la solicitud del insumo médico requerido por el accionante, al ser éste un elemento cosmetológico y de embellecimiento que no pone en peligro la vida del paciente[44].

De igual manera, manifestó que al tratarse de un insumo que se encontraba por fuera del plan de beneficios, era necesario que el paciente incurriera en este tipo de gastos y con ello no afectara la estabilidad económica y financiera del sistema.

37. Sea lo primero mencionar que el accionante es un sujeto que merece especial protección constitucional, pues es un sujeto de la tercera edad (78 años), lo que implica que sus derechos deben ser protegidos de manera reforzada por el Estado, pues su situación de debilidad manifiesta lo ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población[45].

Así mismo, el derecho a la salud es fundamental respecto de estos sujetos, en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos que los protegen prioritariamente.

En este sentido, es necesario que se privilegien y garanticen en mayor proporción sus derechos fundamentales, pues su situación de debilidad manifiesta así lo exige.

38. Se evidencia que dentro en el expediente obran tanto la prescripción médica, como la solicitud de medicamentos NO POS presentada por el médico tratante a la EPS, en el cual se ordenó el suministro del “lente terapéutico para implante en ojo derecho mensual.[46]”

De los hechos se evidencia que el paciente requiere del insumo demandado, para superar y morigerar las enfermedades que lo aquejan (glaucoma y queratopatía vesicular), de tal manera que no es una manifestación caprichosa que carezca de sustento médico.

39. Aún ante la existencia de una orden médica que evidencie la necesidad del insumo, el CTC se niega a entregarlo, bajo el argumento de que éste es un elemento cosmético y de embellecimiento, y que de no ser entregado, no se pondría en peligro la vida del paciente.

Ante la contradicción de conceptos entre el médico tratante y el CTC, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en afirmar que tiene prelación el criterio del primero de ellos, pues es éste quien tiene contacto directo con el paciente y tiene además las calidades

profesionales y científicas, que le permiten conocer mejor la condición de salud del paciente[47].

En este sentido, la Sala considera que la prescripción médica dada por el galeno tratante, debe preponderarse en relación con la negativa dada por la CTC, más aún cuando el paciente es un sujeto de especial protección constitucional.

Es por ello que la prescripción dada por el médico tratante responde a las enfermedades que aquejan al agenciado, pues con el lente ordenado, se permite mejorar la visión que ha perdido por el glaucoma y queratopatía vesicular que padece.

De esta manera, la Sala encuentra que el accionante no cuenta con los recursos económicos para sufragar los insumos ordenados, y en este sentido, será la EPS accionada la encargada de costearlos y suministrarlos al paciente.

41. Por lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia de instancia que negó el amparo solicitado por el accionante, y en consecuencia, concederá la protección de los derechos fundamentales, junto con el suministro del insumo médico requerido.

Expediente T-4481858

42. La señora Clemencia Montero Ardila, actuando como agente oficiosa de su tío, manifestó que éste padece de insuficiencia digestiva y cáncer de próstata, por lo que solicitó asistencia permanente de enfermera, el suministro de pañales, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos.

43. La Secretaría Departamental del Valle del Cauca, manifestó que para que se autoricen los procedimientos e insumos médicos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, estos deben autorizarse por el médico tratante que se encuentre adscrito a la EPS.

Por otro lado, la EPS accionada argumentó que i) no existe prescripción médica que demuestre la necesidad de los medicamentos e insumos requeridos por el paciente, ii) se está prestando atención domiciliaria, en la cual se brindan los servicios médicos requeridos para su recuperación, y iii) hay un deber de corresponsabilidad por parte de la familia, en relación con el cuidado del paciente.

44. Ahora bien, dadas las condiciones de discapacidad en las cuales se encuentra el señor Armando Ruiz, la Sala encuentra se dan los presupuestos jurisprudenciales señalados en la parte motiva de esta sentencia, para que la accionante presente la acción de tutela como su agente oficiosa.

45. En relación con la solicitud de pañales desechables, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos, se evidencia que dentro del expediente no obra prescripción médica alguna que determine la necesidad de estos insumos.

Sin embargo, de la historia clínica del paciente[48], esta Sala puede interpretar la necesidad de los insumos médicos solicitados, pues dadas las condiciones médicas en las que se encuentra (insuficiencia e incontinencia urinaria), se desprende la necesidad de los mismos.

De esta manera, y de acuerdo a las condiciones médicas del agenciado, se deriva con total claridad la necesidad de los insumos médicos para contrarrestar las enfermedades que lo aquejan, y así garantizar sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

46. Por otro lado, es de resaltar que en relación con la solicitud de enfermera por 12 horas, la EPS ha venido suministrado la atención domiciliaria a través de la IPS "HOME CARE", en la que se están prestando los servicios de terapia enterostomal y física, valoración nutricional y cambio de sonda[49].

De lo anterior, se evidencia que la EPS está prestando los servicios médicos requeridos por el paciente, y que tal como fue señalado en las consideraciones de esta sentencia, es deber de la familia, bajo el principio de solidaridad y corresponsabilidad, asistir al señor Armando Ruiz en su cuidado y recuperación, pues es este el entorno social y emocional en el cual encuentra mayor comodidad y apoyo para su recuperación.

47. Así las cosas, la Sala procederá a revocar el fallo de instancia que negó el amparo solicitado, y en consecuencia, procederá a proteger los derechos fundamentales del agenciado.

Así mismo, ordenará a la EPS accionada para que autorice y entregue de manera

permanente los pañales desechables, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos requeridos por el paciente.

Expediente T-4483153

48. Dentro del asunto objeto de revisión, se encuentra que la menor de edad, Cherith Valeria Ramírez, quien se encuentra representada por su madre, padece de síndrome de down, cardiopatía congénita, problemas gástricos, corrección de atresia duodenal, hipotiroidismo e hipoacusia neurosensorial bilateral. Para recibir el tratamiento necesario, sobrellevar y mitigar sus enfermedades, es necesario transportarse a la Fundación el Principio de una Esperanza, en donde le son realizados distintos tipos de terapias.

Sin embargo, la accionante no cuenta con suficientes recursos económicos para llevar a su hija a las terapias prescritas, en tanto no cuenta con un oficio estable y su esposo vende pasteles en la calle, lo que les impide tener un ingreso económico fijo.

49. Por su parte, quien actuó en calidad de gerente regional de la EPS accionada, no allegó el certificado de existencia y representación legal de la EPS, mediante el cual se probara su calidad, lo que generó la presunción de veracidad de los hechos según el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

50. Ahora bien, es necesario resaltar que la accionante ha acudido en 10 oportunidades[50] a la tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales de su hija Cherith Valeria Ramírez, y en estas, se han concedido el amparo de los derechos fundamentales de la menor de edad[51].

51. En las sentencias proferidas por los Juzgados Sexto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cúcuta[52], Cuarto Civil Municipal de Cúcuta[53], Séptimo Civil municipal de Cúcuta[54] y Tercero Civil Municipal de Cúcuta[55] se concedieron el subsidio de transporte, los servicios de hospedaje, alimentación, amparo integral y exclusión de cuotas moderadoras y copagos.

De lo anterior, se evidencia que los derechos de la menor de edad se han protegido a través de numerosas providencias judiciales, en las cuales se han concedido los servicios solicitados en la tutela que ahora se estudia, motivo por el cual, no es necesario que esta

Corporación entre a pronunciarse nuevamente sobre los mismos hechos y pretensiones que ya fueron concedidos.

52. Es de mencionar que en caso de que la EPS accionada no cumpla las órdenes impartidas por el juez de tutela, la accionante podrá presentar un incidente de desacato, bajo los fundamentos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, a fin de que se protejan los derechos reconocidos en las sentencias de instancia.

53. Finalmente, en relación con la posible actuación temeraria de la accionante, esta Sala encuentra que no es posible su configuración, pues no existió por la accionante una actuación dolosa y de mala fe para acceder a la administración de justicia[56].

Así mismo, las diferentes actuaciones desplegadas por la accionante en sede de tutela, fueron hechas bajo diferentes pretensiones y hechos, de tal manera que no se evidencia temeridad o cosa juzgada en ello.

Expediente T-4483398

55. Clara Fernanda Rubiano, actuando como agente oficiosa de su hija, manifestó que desde el año de 2006, ésta padece del “síndrome de Guillan Barre[57]”, lo que produce la paralización completa de su cuerpo, lo que le afecta los músculos respiratorios y digestivos, y conllevó a que se realizara una traqueotomía y gastrostomía para que pudiera respirar y alimentarse.

Como consecuencia de lo anterior, la agenciada inició atención domiciliaria, para dar inicio a distintos tipos de terapias y con ello promover su recuperación, lo que en el año 2013, permitió una pronta recuperación de la paciente, a tal punto que COMPENSAR decidió retirar la atención brindada, y remitirla a un centro de rehabilitación en donde pudiera continuar con las terapias.

Sin embargo, la accionante manifestó que esto no era posible, pues su hija no puede sostenerse de pie de manera independiente y no cuenta con ningún apoyo familiar que le permita colaborarle en su traslado, situación que no puede hacer de manera autónoma, pues a causa de una enfermedad laboral, no puede levantar ni trasladar cargas superiores a 5 kg.

56. El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que el servicio de terapias requerido por la agenciada, se encontraba incluido dentro del Plan de Beneficios, y que el servicio de enfermería, está cubierta en los casos en que se considere pertinente por el profesional tratante bajo las normas de calidad vigentes.

Por su parte, la EPS accionada argumentó que en todo momento ha brindado un tratamiento integral y especializado a la paciente, según los conceptos médicos esgrimidos y que a la fecha no existe orden médica que prescriba la necesidad de la enfermera 24 horas; todo lo contrario, lo que existe es un concepto médico donde se evidencia que la paciente tiene un alto potencial de rehabilitación y que solamente requiere de enfermera domiciliaria 12 horas, con el objetivo de finalizar el tratamiento y entrenar a un cuidador familiar.

La IPS, manifestó que por los avances obtenidos en el proceso de rehabilitación de la paciente, es candidata para iniciar el programa de rehabilitación en gimnasio terapéutico en un centro especializado, por lo que no es compatible que se tenga un programa domiciliario y uno ambulatorio[58].

57. Ahora bien, la tutela presentada por la accionante presenta diferentes tipos de pretensiones, pues solicita que se le siga brindando la terapia domiciliaria por la Clínica de la Sabana, enfermería 24 horas y cuidador o persona que la ayude a cargar a la paciente hasta el vehículo de transporte, para ser llevada a las terapias de recuperación en la Clínica de la Sabana.

De esta manera, es necesario mencionar que las pretensiones incoadas se contraponen, pues tal y como fue afirmado por la IPS LINDE, no es posible obtener un programa ambulatorio y uno domiciliario.

En este sentido, y revisado el expediente de tutela, la Sala encuentra que según el médico tratante, la paciente presenta una “extraordinaria rehabilitación desde el punto de vista neurológico quien se beneficia de programa de rehabilitación integral externo una vez haya concluido el proceso de cierre de osteoma debido a que actualmente presenta secreciones.[59]”

Es por ello que de las pretensiones incoadas, la que más se ajustada a las necesidades y

condiciones del caso en particular, es la asistir al programa intensivo de recuperación-PIR- realizado en la Clínica de la Sabana, según la prescripción médica descrita y la historia médica que reposa en el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la asistencia domiciliaria no puede ser concedida, pues además de existir una orden médica que evidencia la necesidad en el ingreso a un programa intensivo de recuperación que le permita potencializar sus condiciones actuales, también existe de manera provisional una colaboración por parte de la Clínica de la Sabana en la recuperación de la paciente a través de terapias, hasta tanto se tenga la autorización para ingresar al PIR[60].

58. Por otro lado, se evidencia que la EPS ha brindado una atención integral, oportuna y pertinente, a tal punto que la paciente ya no requiere de ventilación mecánica, por lo que no es necesario la prestación del servicio de enfermería 24 horas[61].

En razón de ello, es la familia quien le asiste la obligación de velar por la recuperación y protección de los derechos de la paciente, pues es un círculo en donde se brindan las mejores condiciones de cariño, apoyo y cuidado.

Así, el deber de solidaridad cobra mayor importancia, ya que son los familiares los primeros encargados en socorrer y velar por el cuidado de quien se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta, como lo es la señora Amanda Vásquez Rubiano.

59. Finalmente, en relación con la pretensión de un cuidador o persona que la ayude a cargar a la paciente hasta el vehículo de transporte, para ser llevada a las terapias de recuperación en la Clínica de la Sabana, se encuentra que la accionante debe presentar una solicitud de transporte ante la EPS para que ésta la pueda estudiar y proceder a autorizarla si fuera el caso.

Inclusive se evidencia que el 20 de mayo de 2014, se realizó una junta entre los familiares de la accionante, los médicos de la EPS y la IPS, y dentro de la misma se especificó que se debe realizar la solicitud del servicio de transporte[62]. En caso de que sea requerido, la EPS deberá autorizarlos por lo que es un menor de edad en condiciones de discapacidad.

60. Por lo anterior, la Sala considera que no existe vulneración a los derechos fundamentales de la agenciada, y la acción de tutela no es procedente, por lo cual, procederá a confirmar el fallo de instancia.

Expediente T-4485714

61. Ana Cecilia Rojas quien se encuentra afiliada al régimen contributivo de seguridad social y actúa como agente oficiosa de Deiby Johan Gil Rojas, manifestó que su hijo padece de “epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral cuadripléjica (síndrome de prader willi).”, por lo que es necesario desplazarse hasta la ciudad de Bogotá, para que la IPS le realice los tratamientos y terapias médicas requeridas.

No obstante, estos desplazamientos tienen altas implicaciones económicas y físicas porque la accionante, pues el menor de edad se encuentra en condiciones de pluridiscapacidad y su familia no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar estos gastos.

62. La entidad accionada, manifestó que la solicitud de transporte no se considera relacionada con la salud, ni representa una actividad médica como tal, además se encuentra excluido del POS y no existe orden médica que autorice la prestación de éste servicio.

Por su lado, el representante legal de la Fundación Cardio infantil, mencionó que el menor de edad, presenta epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral espástica cuadripléjica, lo que ha producido que acuda a esta institución en diferentes oportunidades, para realizar el control y tratamiento para las dolencias.

63. Así las cosas y como primera medida, es necesario señalar que el agenciado es un sujeto de especial protección constitucional que merece el amparo reforzado por el Estado y la sociedad, pues es un menor de edad que se encuentra en situación de discapacidad[63], tal y como lo describe la historia clínica[64] y es respaldado por la EPS accionada[65].

Sin embargo, éste desplazamiento ha hecho que la accionante presente el mecanismo de amparo, pues en su sentir, se están generando cargas económicas y físicas que vulneran los derechos fundamentales del menor de edad.

En relación a ello, la Sala encuentra que en el expediente no hay orden o prescripción médica que demuestre la necesidad del transporte requerido hasta la ciudad de Bogotá, y más específicamente hasta la Fundación Cardio Infantil.

No obstante, ante la inexistencia de prescripción médica, y dando aplicación a las reglas jurisprudenciales en la materia, el juez constitucional puede extraer de la historia clínica y la manifestación hecha por la EPS accionada las necesidades médicas del menor de edad. De ello, se deduce que requiere de los tratamientos médicos realizados en la Fundación Cardio Infantil, pues de esta manera se garantiza la continuidad en la prestación del servicio y se protegen los derechos fundamentales del menor de edad.

65. En efecto, en relación con los gastos en que debe incurrir la accionante y su imposibilidad de económica de sufragarlos, el despacho de la magistrada sustanciadora realizó una llamada a la accionante, dentro de la cual manifestó que se encuentra afiliada al Sisben 2 y depende totalmente de su esposo quien es conductor y trabaja como contratista, por lo que su vinculación laboral es intermitente y actualmente solo dura 4 meses.

Así mismo, manifestó que el costo promedio del transporte hasta la Fundación Cardio Infantil es de \$60.000.00, pues además debe asistir con un acompañante que le colabore con el niño.

66. En este sentido, la Sala encuentra que la accionante no cuenta con un ingreso económico fijo que le permita incurrir en este tipo de gastos de transporte, por lo que es necesario que se le otorgue el subsidio para que poder acudir a las citas y terapias medicas requeridas.

67. Ahora bien, en relación con los gastos para el acompañante, la Sala encuentra que se ajusta a las reglas jurisprudenciales en la materia, pues (i) el menor de edad presenta una pluridiscapacidad, lo que lo hace totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, ya que su cuadro clínico así lo describe[67] y (iii) la accionante no cuenta con los recursos económicos para sufragar el mecanismo de transporte.

68. En razón a lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia de instancia que negó la acción de tutela, y en consecuencia concederá la tutela de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

Igualmente, ordenará a la EPS accionada a que proceda a realizar las diligencias necesarias para garantizar el subsidio de transporte a Deiby Johan Gil Rojas y a su acompañante desde su residencia al lugar de las prestaciones del servicio de salud en la ciudad de Bogotá.

Expediente T-4486727

69. En el presente caso, la accionante actúa como agente oficiosa de su hermana Luisa Fernanda Herrera, quien tiene 86 años, se encuentra de manera permanente en una silla de ruedas y padece de la enfermedad de Parkinson.

Como consecuencia de ésta enfermedad, perdió el control de esfínteres, implicándole incontinencia urinaria, y por tanto, el uso de pañales de manera permanente, lo que conllevó a que se presentara una petición ante la EPS accionada, para que se suministraran 90 pañales (tena) para adulto, pues la accionante no cuenta con los recursos económicos suficientes para continuar sufragándolos.

70. Por su lado, el director médico de la EPS demandada, argumentó que al encontrarse este tipo de insumos por fuera del POS, es una carga de la usuaria y/o de su núcleo familiar que deben sufragar directamente, más aún, cuando no existe prescripción médica que lo autorice.

Agregó que la falta de entrega de los pañales, no pone en riesgo la salud y la vida del paciente, por lo que la acción de tutela no es procedente.

71. Sea lo primero mencionar, que los requisitos jurisprudenciales decantados en la parte motiva de esta sentencia y que hacen referencia a la agencia oficiosa en materia de tutela, son cumplidos por la accionante, de tal manera que ésta se encuentra legitimada para actuar en el presente caso.

72. Es de resaltar que en la presente situación, existe una orden médica por parte del galeno tratante adscrito a la EPS, donde se especifica la necesidad de 90 pañales para adulto,[68] por enfermedad de Parkinson avanzado.

Así mismo, el médico especificó en su solicitud que de no ser entregados los insumos médicos requeridos, se pone en riesgo inminente la vida del paciente, toda vez que la misma sufre de insuficiencia urinaria y puede contraer infecciones[69].

73. En contradicción a lo anterior, el CTC manifestó que “el servicio solicitado no se encuentra debidamente autorizado, para uso y ejecución o realización por la respectiva norma vigente, y que además es una prenda de vestir que no pone en riesgo inminente la vida o salud del paciente[70].”

74. En relación a esta contraposición de conceptos, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en afirmar que tiene prelación el criterio del médico tratante, pues es éste quien tiene contacto directo con el paciente y tiene además las calidades profesionales y científicas, que le permiten conocer mejor la condición de salud del paciente[71].

En este sentido, es la prescripción médica dada por el galeno tratante, la que debe preponderarse en relación con la negativa dada por la CTC, más aun cuando la paciente es un sujeto de especial protección constitucional y se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta.

Así mismo, encuentra la Sala la necesidad del suministro del insumo médico solicitado, pues tal y como manifestó el médico tratante, la vida de la paciente se encuentra en peligro.

75. Ahora bien, en relación con la falta de recursos económicos alegados por la agente oficiosa, la Sala debe aplicar las reglas jurisprudenciales en la materia.

Para ello, se tiene que la EPS accionada tenía la carga de la prueba para desvirtuar la negación indefinida hecha por la accionante en su escrito, lo cual no fue hecho dentro de la contestación de tutela.

En segundo lugar, y al no existir tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, tal y como lo hizo la accionante en su escrito inicial, de la siguiente manera: “ (...) actualmente no puedo continuar comprándolos-pañales-, pues tienen un valor de \$28.500, cada paquete de 30 pañales, lo que al mes representa una suma de \$85.500; cantidad de dinero con la cual

no cuento al ser una mujer de 80 años de edad, y no contar con ingresos económicos permanentes”.

En tercer lugar, y aun considerando que le asiste al juez de tutela ejercer activamente sus poderes oficiosos en materia probatoria, con el fin de esclarecer los hechos, la Sala encuentra que hay criterios apremiantes como la protección reforzada de un sujeto de especial protección constitucional y la amenaza inminente a sus derechos a la salud y a la vida, que permiten el desistimiento de esta facultad judicial.

Finalmente, y dado que en el presente caso se presenta una negación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, se deberá aplicar la presunción de buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución Política.

Así las cosas, la Sala encuentra que la acción de tutela es procedente para proteger y garantizar los derechos de la agenciada, toda vez es un sujeto de especial protección constitucional, se encuentran en un peligro inminente sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y no cuenta con los recursos económicos para sufragar los insumos médicos requeridos para poder sobrellevar la enfermedad que la aqueja.

76. Por todo lo anterior, la Sala procederá a revocar el fallo de instancia que negó la acción de tutela, y en consecuencia, concederá la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de Luisa Fernanda Herrera.

Así mismo, ordenará a la EPS accionada a que autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere la paciente.

Expediente T-4486745

77. Dentro de la presente situación, la agente oficiosa manifestó que su madre de 86 años de edad fue diagnosticada con “tromboembolismo pulmonar y luxación crónica de cadera derecha”, lo que le genera una dependencia total en sus actividades cotidianas.

La agenciada fue atendida por el médico urólogo de Famisanar, Edgardo Rosales Maldonado, quien manifestó que la paciente presentaba infecciones urinarias a repetición, y orina con rebosamiento en pañales, por lo que era necesario el consumo de medicamentos

y el uso de pañales para adultos.

78. Por su lado, el representante legal de la EPS accionada, argumentó que los pañales se encuentran excluidos del POS, y que los mismos fueron negados por el CTC[72], al considerarse que no se encontraba en peligro la vida de la paciente.

Adicional a lo anterior, argumentó que la tutela es improcedente, toda vez que la actora cuenta con la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para requerir la garantía y protección de sus derechos presuntamente vulnerados.

79. Así pues, es necesario señalar que la paciente es un sujeto de especial protección constitucional, pues además de ser una persona de la tercera edad, presenta una dependencia total en todos sus aspectos, tal como y como se describe en el Índice de Barthel[73], asunto suficiente también para demostrar la validez de la agencia oficiosa.

Así mismo, el médico Edgardo Rosales Maldonado (Urólogo), manifestó que la paciente presenta un “cuadro de infecciones urinarias a repetición, con antecedentes de fractura de cadera derecha (...) actualmente orina por rebosamiento, en pañales y con pérdida del control de esfínter”, por lo que prescribió cefalexina y pañales (tena) para adulto por 3 meses[74].

80. Sin perjuicio de lo prescrito por el médico tratante, el CTC negó los medicamentos, por considerar que “no existe riesgo inminente del paciente y el servicio solicitud es no pos, según la resolución 5521 de 2013[75]”.

81. Esta contraposición de conceptos, ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación, determine que tiene prelación el criterio del médico tratante, pues es éste quien tiene contacto directo con el paciente y tiene además las calidades profesionales y científicas, que le permiten conocer mejor la condición de salud del mismo.

En ese sentido, y al tener una relación directa entre médico-paciente, el galeno tratante es quien se encuentra en mejores condiciones para diagnosticar y prescribir los medicamentos e insumos requeridos, de tal manera que le permitan al paciente sobrellevar y superar la enfermedad que lo aqueja.

De esta manera, la Sala encuentra que deberá darse prelación a lo prescrito y ordenado por

el médico Edgardo Rosales Maldonado, y de esta manera proceder a que se entreguen los insumos médicos demandados por la accionante.

82. No obstante, es necesario resaltar que frente a la falta de capacidad económica alegada por la accionante, se deben aplicar las reglas jurisprudenciales sobre la materia.

En este sentido, se encuentra que la EPS accionada fue quien debió controvertir la negación hecha por la accionante, toda vez que la carga de la prueba se invierte y es ésta quien se encuentra en mejores condiciones para demostrarlo.

En el escrito presentado por la misma, la Sala no encuentra que se hubiera controvertido la falta de recursos económicos de la accionante, y de esta manera se presumirán por ciertos los hechos alegados.

En segundo lugar, al no existir una tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante una negación indefinida, tal y como lo hizo la accionante en su escrito, de la siguiente manera: “acudo a este mecanismo de protección de derechos porque no puedo sufragar el costo de los pañales desechables que le recetaron a mi mamá, porque tengo que atender los otros gastos esenciales que ella demanda, y de mi hogar”.

En tercer lugar, y si bien corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes oficiosos en materia probatoria para establecer la verdad real de los hechos, en el presente caso y bajo el principio de la sana crítica judicial, la Sala encuentra que hay factores determinantes, como es el de ser un sujeto de especial protección constitucional y encontrarse en una situación en donde se pone en peligro la salud de la paciente, que permiten la reserva de esta facultad judicial.

En último lugar, y aplicando el artículo 83 constitucional, hay una presunción de buena fe en relación con los hechos manifestados por la accionante.

En razón a lo anterior, se presumirán por ciertos los hechos manifestados por la accionante en relación con su falta de capacidad económica.

83. Así las cosas, la Sala procederá a revocar el fallo de instancia que negó la acción de tutela, y en consecuencia, concederá la protección de los derechos fundamentales a la

salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de Doris Vasques de Movilla.

De igual manera, se ordenará a la EPS accionada a que suministre los pañales desechables, según lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.

Conclusión

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas, concluye que las entidades promotoras de salud, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de los sujetos de especial protección constitucional al haberles negado los servicios, procedimientos y elementos no NO POS, dentro de los expedientes de tutela número 4481858, 4478213, 4485714, 4486727 y 4486745.

Por el contrario, en los expedientes 4483398 y 4485714, considera que no se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de los sujetos de especial protección constitucional.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el siete (7) de mayo de 2014 por el Juzgado Once Civil Municipal de Manizales dentro del Expediente T-4478213, mediante la cual se negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social del señor Armando Giraldo Ruiz.

Segundo.-ORDENAR a la EPS SALUDCOOP a que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre el lente de contacto terapéutico No. 6 para ojo derecho al señor Armando Ruiz Giraldo, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia. La EPS podrá recobrar los gastos en que incurra por el suministro de este medicamento ante el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

Tercero.-REVOCAR la sentencia proferida el veintiocho (28) de abril de 2014, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, dentro del Expediente T-4481858, mediante la cual se negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social del señor Armando Ruiz.

Cuarto.- ORDENAR a la EMSSANAR E.S.S a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables, crema laser para quemaduras y pañitos húmedos que requiere el señor Armando Ruiz. La mencionada EPS, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) por los gastos que esto le acarree.

Quinto.-CONFIRMAR la sentencia proferida el once (11) de abril de 2014, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, dentro del Expediente T-4483153, mediante la cual confirmó la negativa de la acción de tutela instaurada por Yohanna Santiago Ortega, como agente oficiosa de Cherith Valeria Ramirez.

Sexto.- CONFIRMAR la sentencia proferida el siete (7) de julio de 2014, por el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, dentro Expediente T-4483398, mediante la cual confirmó la negativa de la acción de tutela instaurada por Clara Fernanda Rubiano, como agente oficiosa de Amanda Vásquez Rubiano.

Séptimo.- REVOCAR la sentencia proferida el veintiocho (28) de abril de 2014 por el Juzgado Promiscuo de Suesca dentro del Expediente T-4485714, mediante la cual se negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de Deiby Johan Gil Rojas.

Octavo.-ORDENAR a COOMEVA EPS a que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a realizar las diligencias necesarias para garantizar el pago del subsidio de transporte a Deiby Johan Gil Rojas y a su acompañante desde su residencia al lugar de las prestaciones del servicio de salud en la ciudad de Bogotá.

Noveno.- REVOCAR la sentencia proferida el siete (7) de abril de 2014 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla dentro del

Expediente T-4486727, mediante la cual se negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de Luisa Fernanda Herrera.

Décimo.-ORDENAR a la EPS SALUDCOOP a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere la señora Luisa Fernanda Herrera. La mencionada EPS, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) por los gastos que esto le acarree.

Décimo primero.- REVOCAR la sentencia proferida el veintinueve (29) de abril de 2014 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla dentro del Expediente T-4486745, mediante la cual se negó la acción de tutela. En consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de Doris Vasques de Movilla.

Décimo segundo.-ORDENAR a la EPS FAMISANAR a que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y entregue de manera permanente los pañales desechables que requiere la señora Doris Vasques de Movilla. La mencionada EPS, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) por los gastos que esto le acarree.

Décimo tercero.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Fl 1

[2] Fl 6 y 7

[3] Fl 11

[4] Fl 12

[5] Fl 2

[6] Fl 13

[7] Fl 1 y 2

[8] Fl 19

[9] Fl 43

[10] Fl 82

[11] Fl 13

[12] Fl 35

[13] Fl 57

[14] Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

[15] T-044 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[16] T-202 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[17] T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

[18] T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[19] T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto

[20] T-328/1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[21]. T-200/2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[22] T-581/2007, M.P. Humberto Sierra Porto

[23] Decisión reiterada en las sentencias: T-060/2007, T-148/2007, T-815/2012, T-931/2012, entre otras.

[24] T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto

[25] T-659 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz, T-073 de 13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt, T-115 de 2013 Luis Guillermo Guerrero y T-539 de 2013 Jorge Ignacio Pretelt, entre otras.

[26] M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa

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

[28] T-873 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

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

[30] M. P. Alfredo Beltrán Sierra

[31] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[32] Corte Constitucional. T-770 de 2010 M.P Nilson Pinilla Pinilla

[33] Corte Constitucional. T-507 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[34] Corte Constitucional. T-867 de 2008 M.P Rodrigo Escobar Gil.

[35] Sentencias T-350 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-745 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-962 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-200 de 2007 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-201 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1019 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-212 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentarías; T-642 de 2008.

[36] Acuerdo 09 del 2009 de la CRES

[37] M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa

[38] Corte Constitucional. T-550 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[39] T-600/2009, M.P. Juan Carlos Henao.

[40] M.P. Juan Carlos Henao

[41] M.P. Eduardo Montealegre

[43] Fl 1

[44] Fl 19

[45] Corte Constitucional. T-495 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

[46] Fl 6 y 7

[47] Cfr., entre otras, T-873 de noviembre 22 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo: “El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro (sic) profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente.”

[48] Fl 9

[49] Fl 28

[50] Cuaderno 2 Fl 9

[52] Cuaderno 2 Fl 26. Rad 2008-0126 del 30 de octubre de 2008.

[53] Cuaderno 2 Fl 50. Rad 2009-50 del 5 de febrero de 2009.

[54] Cuaderno 2 Fl 71. Rad 2009-20 del 27 de febrero de 2009.

[55] Cuaderno 1 Fl 12. Rad 2009-00118 del 18 de marzo de 2009

[56] T-185 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas.

[57] Fl 12

[58] Fl 82

[59] Fl 66

[60] Fl 65

[61] FI 64

[62] FI 79

[63] Corte Constitucional. T-736 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[64] FI 3

[65] FI 11

[66] FI 26

[67] Epilepsia focal sintomática y parálisis cerebral espástica cuadripléjica “síndrome de prader willi”.

[68] FI 12

[69] FI 14

[70] FI 15

[71] Cfr., entre otras, T-873 de noviembre 22 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo: “El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro (sic) profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente.”

[72] FI 57

[73] FI 33

[74] FI 35, 36 y 37

[75] FI 38