



Sentencia T-260/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

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

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

CAPACIDAD ECONOMICA DEL PACIENTE-Uno de los deberes de las EPS, consiste en valorar con la información disponible o con la que le solicite al interesado, si éste carece de los medios para soportar la carga económica

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION-Concepto

La U.P.C. es una prima o valor agregado reconocida por el Ministerio de Salud y Protección Social a diversas zonas geográficas, por concepto de dispersión geográfica. Es decir, un valor aplicable para las áreas de algunos departamentos en los cuales hay una menor densidad poblacional, que a su vez puede representar un mayor gasto por los sobrecostos de atención en salud derivados, entre otros, del transporte de pacientes.

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

DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Si no existe orden del médico tratante, puede ser ordenado por el juez cuando de las pruebas se determine que el paciente lo requiere con necesidad

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS autorizar y suministrar pañales desechables

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS efectuar valoración completa sobre el estado de salud de la agenciada y autorizar el suministro de insumos dependiendo de la necesidad que evidencie el médico tratante

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS-S suministrar silla de ruedas

Referencia: Expedientes (AC) T-5.889.657, T-5.896.052, T-5.913.891.

Acciones de tutela formuladas por:

(i) Javier Alonso Ossa Valencia, como agente oficioso de Julialba Ossa de Gómez, contra Comfenalco Valle E.P.S., con vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social – Fondo de Solidad y Garantía –FOSYGA (ii) Marleny Vallejo de Sanclemente, como agente oficiosa de Luz Marina Vallejo Sánchez, contra Sanitas E.P.S., con vinculación del Ministerio de la Protección Social y de la

Superintendencia Nacional de Salud, y (iii) Fabián Alberto Antolínez Flórez, como agente oficioso de Darío Calderón Carvajal contra la Secretaría de Salud Departamental del Caquetá, y Asmet Salud E.P.S.-S.

Magistrado ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en única o en segunda instancia, por los despachos judiciales que se mencionan a continuación:

1. En primera instancia, por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, el 23 de junio de dos mil dieciséis, el cual fue el confirmado, el 4 de agosto de 2016, por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali –Valle del Cauca– dentro de la acción de tutela promovida por Javier Alonso Ossa Valencia, como agente oficioso de Julialba Ossa de Gómez, contra Comfenalco Valle E.P.S. (Expediente T-5.889.657), con vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social.
2. En primera instancia –proceso en el cual no se presentó impugnación–, por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira –Valle del Cauca–, el 4 de agosto de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por Marleny Vallejo de Sanclemente, como agente oficiosa de Luz Marina Vallejo Sánchez, contra Sanitas E.P.S. (Expediente T-5.896.052). A este proceso fueron vinculados el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.
3. En primera instancia – proceso en el cual no se presentó impugnación–, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia – Caquetá–, el veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016),

dentro de la acción de tutela promovida por Fabián Alberto Antolínez Flórez, como agente oficioso de Darío Calderón Carvajal, contra la Secretaría de Salud Departamental del Caquetá, y Asmet Salud E.P.S.-S (Expediente T-5.913.891).

Los procesos de la referencia fueron escogidos por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, mediante auto proferido el 14 de noviembre de 2016, en el cual se indicó como criterio de selección la *urgencia de proteger un derecho fundamental*.

I. ANTECEDENTES

En los expedientes que enseguida pasan a resumirse se ventilan los casos de personas adultos mayores que reclaman por medio de acción de tutela el suministro de insumos y/o elementos para salud, en razón a que las diferentes patologías que padecen les impiden ejercer algunas necesidades fisiológicas de forma autónoma.

1. Expediente T-5.889.657

Hechos

1.1. Actuando como agente oficioso de Julialba Ossa de Gómez, el señor Alonso Ossa Valencia presentó acción de tutela en contra de Comfenalco Valle E.P.S., para que se le protejan a la agenciada –su hermana– sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida. Tal solicitud se fundamenta que la accionada no le ha prescrito y ni autorizado pañales desechables para evitar el escape de fluidos, a pesar que padece incontinencia urinaria¹.

La agenciada es una persona de 84 años de edad, que padece las siguientes enfermedades: “*hipertensión arterial, hipotiroidismo, pérdida de memoria reciente, infección urinaria ya resuelta y desde hace varios años inició con incontinencia urinaria*”².

En la presentación de la acción de tutela –y hasta el momento en que se produce la decisión de primera instancia – no se adjunta dictamen médico que indique la necesidad del insumo. Tampoco hay una manifestación expresa de la carencia de recursos económicos, que le impida a la agenciada poder sufragar el costo de los insumos solicitados.

¹ T-5.889.657. Folio 43.

² *Ibíd.*

Finalmente, es importante resaltar la ausencia de requerimiento por parte de la demandante o de su agente oficioso, ante la E.P.S. Comfenalco Valle E.P.S., en el cual se solicite la entrega de insumos.

El trámite correspondió al Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali. Admitida a trámite la acción, se corrió traslado a la E.P.S. accionada y al Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidad y Garantía –FOSYGA.

Respuesta de las entidades accionadas

1.2 El Ministerio de Salud y Protección Social respondió la tutela, solicitando al juez de conocimiento que no ordenara el recobro al FOSYGA respecto de los suministros reclamados por el accionante, pues corresponde a los entes territoriales asumir dicho costo. Sostiene que exigir a la Nación el pago de los referidos servicios a través del Fondo implicaría una doble financiación con recursos del tesoro nacional y un desequilibrio del sistema de salud.

Comfenalco E.P.S. manifestó que ha brindado a la señora Julialba Ossa de Gómez los servicios médico asistenciales pertenecientes al Plan Obligatorio de Salud (sic). En criterio de esa entidad “[e]l Sistema General de Seguridad en Salud de nuestro país fue definido por la Ley 100 de 1993, con la finalidad de cubrir y afiliar a la población colombiana a los diferentes regímenes con el fin de amparar y garantizar el acceso a los servicios de los Planes Obligatorios de Salud (según el régimen al cual se encuentre afiliada la persona). A través de la acción de tutela [el accionante] solicita la autorización de pañales desechables sin existir orden médica, por consiguiente no es dable su autorización, adicionalmente que se trata de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud... es claro que Comfenalco Valle en su programa de E.P.S., no ha conculcado derechos de ninguna índole al usuario y consecuente debe ser declarada improcedente la acción constitucional.”³.

Decisión de primera instancia

1.3. Mediante sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, resolvió “*declarar improcedente la acción de tutela incoada*” y desvincular del trámite al Ministerio de Salud –Fondo de Solidad y Garantía –FOSYGA y a la Secretaría de Salud Departamental.

³ Ibíd. Folio 5.

La autoridad judicial referida sustentó la anterior determinación en que se aportó una historia clínica desactualizada del año 2014 y en ese sentido no es posible determinar si el usuario requiere los servicios en la actualidad.

La impugnación

1.4. Notificada la anterior decisión, el agente oficioso presentó impugnación en la cual adjuntó nuevo material probatorio (constancia proferida por médico particular), cuyo contenido se transcribe a continuación:

“la paciente Julialba Ossa de Gómez... tiene antecedentes de hipertensión arterial, Hipotiroidismo, pérdida de memoria reciente, infección urinaria ya resuelta y desde hace varios años inició con incontinencia urinaria, la cual persiste y se ha exacerbado en los últimos meses, con el requerimiento del uso de pañales las 24 horas (requiere un pañal cada 6 horas o 4 al día). Actualmente se encuentra recibiendo Levotiroxina x 50 mcg. 1 tab al día, Losartan x 50 mg 1 al día y Trazodona x 50 mg una en la noche. La anterior certificación se expide por solicitud del paciente y familiar para documentar condición clínica de la misma.”⁴.

Sentencia de segunda instancia

1.5 Correspondió resolver la impugnación al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, autoridad judicial que mediante sentencia de 4 de agosto de 2016, negó el amparo. Para fundamentar su fallo realizó las siguientes consideraciones: *“En el presente asunto, no se demostró la carencia de medios económicos para solventar los insumos requeridos (pañales desechables) por la señora Julialba Ossa de Gómez, y en esa medida conforme al principio de solidaridad la familia de la afectada tiene la obligación económica y afectiva de suplir lo necesario para ser soportable la vida de la paciente. Para este juzgador de segunda instancia, el núcleo familiar de la accionante debe colaborar con sus propios medios o recursos para proveer los elementos mínimos para hacer llevadera su propia existencia, y sufragar los gastos que estos suministros le demandan.”⁵.*

Actuación en Sede de Revisión

⁴ Ibíd. Folio 43.

⁵ Ibíd. Folio 61.

1.6 Por Auto de 13 de marzo de 2017, el Magistrado Sustanciador, considerando la necesidad de recaudar elementos probatorios para adoptar una decisión en el asunto de la referencia, ordenó establecer comunicación telefónica con la parte demandante, con el propósito de que se pronunciaran sobre los siguientes interrogantes:

1. ¿Indique si aún padece la enfermedad?
2. Señale si cuenta con recursos económicos para adquirir los insumos solicitados.
3. Manifieste si los insumos requeridos fueron entregados.

La respuesta al requerimiento efectuado se presentó por medio escrito, radicado el 10 de marzo de 2017, en la Secretaría General de la Corte Constitucional. En el mismo, el señor Javier Alonso Ossa Valencia, identificado con cédula de ciudadanía número 6.043.099 de Cali, aportó declaración extrajuicio cuyo contenido se transcribe *in extenso*:

“corroboro de buena fe como agente de mi hermana la señora Julialba Ossa de Gómez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.252.770 de Manizales Caldas, que no tenemos activos patrimoniales de ninguna índole de lo que sobrevivimos es de lo que el suscrito adquiere como adulto trabajador independiente que tengo ingresos mensuales con salario actual legal vigente, con lo que logro beneficiar a mi hermana que depende de mí.”⁶.

2. Expediente T-5.896.052

Hechos

2.1. La señora Marleny Vallejo De Sanclemente, actuando como agente oficiosa de su hermana Luz Marina Vallejo Sánchez, formuló acción de tutela en contra de E.P.S. SANITAS, al considerar que le está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

2.2. Como fundamento fáctico señaló, que su hermana Luz Marina, es una mujer de 56 años de edad, cuya salud se encuentra deteriorada desde hace 12 años, como consecuencia de un cáncer en el cuello del útero, el cual fue erradicado en el año 1994, mediante cirugía y posteriores tratamientos con irradiaciones de rayos ultravioletas, procedimiento que le ocasionó el desgaste en los huesos y tejidos de la cadera, por lo que ha venido siendo intervenida quirúrgicamente, sin conseguir hasta la fecha mejoría alguna a sus quebrantos de salud.

⁶ Cuaderno Corte Constitucional. Expediente T-5889.657. Folio 20.

2.3. Agregó diciendo que a raíz de esas patologías, se han desencadenado las siguientes enfermedades: *“idx coxartrosis severa, osteoporosis severa, resección bilateral de femur proximal, lesión ciático porción teronero derecho, hta, sd depresivo, tumor maligno del cuello del útero, anemia post hemorrágica, embolia y trombosis de venas, celulitis en varios miembros de su cuerpo, gastritis aguda y piogena, erupción cutánea generalizada por la ingesta de medicamentos y osteomielitis crónica”*⁷ padecimientos estos que le impiden valerse por sí misma, pues ha perdido la flexibilidad en sus huesos.

2.4. Adicional a lo anterior, manifestó que su hermana ha presentado infecciones urinarias recurrentes, puesto que sus riñones empezaron a fallar, por lo que se le realizó un trasplante uretral, con el que debe evacuar la orina cada 2 o 3 horas. Por lo que, en su concepto, requiere de insumos como pañales desechables, pañitos húmedos, crema humectante, así como una silla de ruedas eléctrica que le permita desplazarse sola por la casa, ya que durante el día no permanece acompañada, con el fin de mejorar su calidad de vida.

2.5. De igual manera, indicó que no posee los recursos suficientes para proporcionarle todo lo que ella necesita, pues es una persona de 67 años, que trabaja vendiendo mercancías, por lo que sus ingresos son el único medio para subsistir, ya que su hermana, la señora VALLEJO SÁNCHEZ, debido a su condición delicada de salud, no puede laborar. A su vez, afirmó que a su hermana no le han sido ordenado ninguna clase de insumos, ni la silla de ruedas eléctricas, ni el transporte, toda vez que, según manifiesta la accionante, está prohibido para los médicos ordenarlos; también expresó que no ha realizado ninguna clase de solicitud dirigida a la E.P.S. SANITAS, pues considera que es obligación de la entidad velar por el buen estado de salud y calidad de vida de su hermana.

2.6. Como consecuencia de lo anterior, solicitó la tutela de los derechos fundamentales invocados y en tal sentido, se ordene a E.P.S. SANITAS autorizar lo siguiente: i) exoneración de copagos pues el tratamiento de su hermana genera copagos constantes y no posee fondos suficientes para cancelarlos, ii) pañales desechables, iii) pañitos húmedos, iv) crema extra humectante lubriderm, v) jabón antibacterial, vi) transporte para asistir a todas sus citas médicas, vii) silla de ruedas eléctrica, y viii) la atención integral su hermana, para que le sea brindado todo lo que requiera de forma permanente y oportuna.

⁷ Expediente T-5.896.052. Folio 19.

2.7. Revisada la solicitud de tutela y sus anexos, se observa que fue admitida por auto interlocutorio No. 0781 de fecha veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016), mediante el cual se requirió a la E.P.S. Sanitas; se dispuso la vinculación del Ministerio de la Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud para que aportara la información pertinente; así mismo, se citó a la accionante a audiencia de ampliación de hechos y, por último, se ordenó la notificación de las partes por el medio más expedito y eficaz.

En desarrollo de lo dispuesto, obran, a folios 30 a 35 y 54 a 55 del expediente, las comunicaciones libradas y/o sus constancias de recibido para efectos de notificar a las partes. Mientras que a folio 50 se encuentra la diligencia de ampliación de hechos de tutela.

En esta oportunidad, la señora Vallejo de Sanclemente informó que el núcleo familiar está conformado por ellas dos, ya que su hermana vive solamente con ella; que los ingresos del mismo dependen de su trabajo en la venta de mercancías, con lo que se paga la alimentación, los servicios, los medicamentos de su hermana, los pañales, el transporte de ella y el mantenimiento de la silla de ruedas que ella misma le compró, pues la misma está ya muy vieja. La agente oficiosa indicó que debido las patologías que padece su hermana, cada día se desmejora notablemente su estado de salud. Tanto es así, que ya no puede sostenerse ni valerse por sí misma; sin embargo, los médicos ni la entidad han ordenado o autorizado la prestación de los servicios de transporte y silla de ruedas eléctrica, como tampoco los insumos requeridos por la agenciada; razón por la cual, consideró oportuno presentar la acción de tutela, pues concluye que por el delicado estado de salud de su hermana no son necesarias las órdenes médicas.

Respuesta de las entidades accionadas

La E.P.S. Sanitas, a través de su administrador, contestó que la señora Luz Marina Vallejo Sánchez se encuentra afiliada en calidad de cotizante dependiente; presenta inmovilidad, osteoporosis e hipertensión arterial. Sin embargo, no cuenta con orden médica conocida por la E.P.S., es decir, que no se cuenta con un soporte médico que justifique la utilización por parte de la paciente de los pañales desechables, crema extra humectante lubriderm, pañitos húmedos, jabón antibacterial, traslados para acudir a las citas médicas, procedimientos médicos y quirúrgicos; enfatiza que Sanitas E.P.S., ha realizado el cubrimiento económico de todos los servicios que han sido prescritos por sus médicos tratantes, sin que hasta la fecha le haya sido negado alguno de ellos.

En cuanto a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, informó que la paciente, realiza el pago de cuotas moderadoras y no de copagos, las cuales están reguladas por la normatividad vigente, indicando que las mismas se realizan teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de la afiliada, sin desbordar su monto de la capacidad económica de la misma, sin que hasta el momento se haya excedido el tope anual para el cobro de copagos de la afiliada. Aduce que en el presente asunto, la accionante no ha demostrado que se dan los presupuestos necesarios para acceder a la exoneración de dichos pagos, ni ha probado que su acceso a los servicios de salud se ha visto perjudicado por la cobranza de estas cuotas moderadoras.

Igualmente, recalcó que no se ha negado ningún servicio prescrito a la paciente, y que se ha otorgado la posibilidad de tramitar a través del Comité Técnico Científico, aquellos medicamentos, insumos y servicios excluidos del P.O.S., previa solicitud del médico tratante.

Finalmente y por lo anterior, solicitó declarar que no ha existido vulneración alguna de los derechos fundamentales de la actora por parte de la E.P.S. SANITAS, y de manera subsidiaria, en caso de concederla, que la orden sea explícita en el sentido que la E.P.S. Sanitas S.A. le cubra: pañales desechables, silla de ruedas eléctrica, crema extra humectante de Lubriderm, pañitos húmedos, jabón antibacterial, traslados para acudir a las citas médicas, procedimientos médicos y quirúrgicos, y ordenar al Fosyga el respectivo pago en favor de E.P.S. Sanitas por el 100% de los servicios prestados a la accionante.

El Ministerio de Salud y Protección Social por medio de su director jurídico, se pronunció sobre la solicitud de amparo, señalando lo establecido en la Resolución No. 5592 de 2015 en lo que respecta que el servicio de transporte e indicando que corresponde a la E.P.S. proveer el transporte con cargo al UPC en los casos establecidos en dicha Resolución.

En cuanto a los insumos denominados pañales, pañitos, cremas y demás insumos, señaló que estos no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por cuanto no se encuentran descritos en la resolución referida, la cual también indica que instrumentos como la silla de ruedas "*no se cubren con cargo a la UPC*".

A su vez, señala que la regulación sobre copagos y cuotas moderadoras, se encuentra en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, con el fin de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir a la

financiación del servicio. Finalmente, afirma que la pretensión de tratamiento integral es vaga y genérica, pues el fallo de tutela no puede proteger derechos a futuro, pues ello desbordaría su alcance e incurriría en el error de conceder prestaciones indeterminadas.

Por lo anterior, solicitó que, en caso de que la tutela prospere, se ordenara a la E.P.S. garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando al afiliado los servicios P.O.S. y NO P.O.S. que este requiera, absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la facultad de recobro ante el FOSYGA, para que la E.P.S. utilice los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin.

Sentencia de primera instancia

2.8. Mediante sentencia de 4 de agosto de 2016⁸, el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira –Valle del Cauca– resolvió “*no tutelar a la señora Luz Marina Vallejo Sánchez, quien actúa por intermedio de su hermana Marleny Vallejo Sanclemente, como agente oficiosa, los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas*”⁹.

Como sustento de la anterior determinación, adujo que en el plenario no obraban prescripciones de los profesionales de la salud en referencia a los insumos y servicios solicitados, de modo que el juez de tutela no podía emitir una orden de suministrarlos sin el debido soporte médico.

2.9. Según se advierte en el expediente, la anterior decisión no fue impugnada.

3. Expediente T-5.913.891

Hechos

3.1. Actuando como agente oficioso de Darío Calderón Carvajal, el señor Fabián Alberto Antolinez Flórez presentó acción de tutela contra la Secretaria de Salud Departamental del Caquetá y Asmet Salud E.P.S.-S.

Del escrito de tutela se advierte que Darío Calderón Carvajal es una persona de 69 años, que no tiene el apoyo de ningún familiar, pariente o allegado y que carece de recursos económicos. A su vez, le ha sido diagnosticado parkinson, lo cual no le permite su movilidad, razón por la cual la mayoría del tiempo permanece en cama.

⁸ Expediente T-5.896.052. Folio 56

⁹ *Ibíd.* Folio 62.

El agente oficioso manifiesta que la entidad accionada no ha hecho entrega de una silla de ruedas a pesar que es evidente su necesidad, debido a la patología que padece.

En el expediente no hay prueba que indique que el agente oficioso o el agenciado hayan solicitado la silla de ruedas ante la E.P.S.

En ese sentido, solicitó que la demanda efectuase una visita domiciliaria al señor Calderón Carvajal, para que verificara su estado de salud y autorizara la entrega de una silla de ruedas. El amparo se fundamentó en la protección urgente de los derechos del agenciado a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad.

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia –Caquetá–, por auto del 17 de agosto de 2016, y se ordenó oficiar la misma a la parte accionada.

Respuesta de las entidades accionadas

3.2 En respuesta, la Secretaria de Salud Departamental del Caquetá manifestó que no ha vulnerado derechos fundamentales del accionante por acción u omisión, al no estar obligada a prestar servicios de salud de forma directa a los afiliados a la E.P.S., por lo que se le debe exonerar de toda responsabilidad y condena, ya que la prestación directa de los servicios, medicamentos, procedimientos e insumos estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, le corresponde prestarlos directamente a la E.P.S. y a favor de sus afiliados, en este caso a ASMET SALUD E.P.S.-S.

3.3 Por su parte, Asmet Salud E.P.S.-S refiere que una vez consultada la base de datos de información se puede evidenciar que el usuario Daniel Calderón Carvajal, se encuentra afiliado como beneficiario del régimen subsidiado, recibiendo atenciones en el municipio de Florencia; que al accionante se le vienen garantizando las atenciones correspondientes para la patología que padece, en las IPS con las cuales ASMET SALUD E.P.S. tiene contratado los servicios requeridos.

Asmet Salud E.P.S.-S afirma que el accionante está siendo atendido por la IPS Medicina Domiciliaria, dichas atenciones consisten en 30 terapias ocupacionales, 30 terapias en foniatría y fonoaudiología, y 30 fisioterapias. También señala que le han suministrado pañales y que además le han autorizado consultas especializadas por neurología y suministrado insumos médicos.

En relación con la petición consistente en el suministro de una silla de ruedas, expuso que corresponde a los médicos tratantes ordenar o prescribir tal elemento, “*debiendo diligenciar la historia clínica, la orden médica detallando lo ordenado y la justificación no P.O.S. donde se indique la necesidad de lo ordenado, ello debido a que se trata de un insumo o tecnología NO P.O.S.*”¹⁰.

Sentencia de primera instancia

3.4 Mediante sentencia del 29 de agosto de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia –Caquetá– dispuso: “*NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados a favor de Darío Calderón Carvajal.*”¹¹. Arribo a tal decisión tras considerar que “*La acción de tutela fue presentada a fin de que se ordenara al extremo pasivo, realizara una visita médica domiciliaria al señor Darío Calderón Carvajal, y se le hiciera entrega de una silla de ruedas; sin embargo la E.P.S. accionada aporta prueba de la autorización de servicios médicos requeridos por el paciente, entre ellos, las visitas domiciliarias en diferentes especialidades, y a la fecha los médicos tratantes no han ordenado el uso del insumo solicitado; por lo cual no puede esta Juez, ordenar el suministro de lo reclamado, sin que medie orden médica del galeno tratante, quien es el que debe determinar si su uso es necesario e indispensable para el restablecimiento, o mejoramiento del estado de salud del accionante.*”¹².

3.5 Notificada la anterior decisión, se presentó impugnación pero la misma no prosperó porque se presentó por fuera del término legal previsto para tal propósito.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

¹⁰ Expediente T-5.913.891. Folio 44.

¹¹ *Ibíd.* Folio 50.

¹² *Ibíd.* Folio 49.

En el asunto de la referencia, los agentes oficiosos, solicitan del juez constitucional el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la vida de sus agenciados, quienes son personas que padecen patologías de base, asociadas a la falta de movilidad y control de esfínteres, las cuales generan una serie de impedimentos para desplegar actividades vitales por su propia cuenta.

Las pretensiones en las acciones de tutela objeto de estudio se encaminan a que se ordene a las accionadas, el suministro de algunos insumos y servicios entre los que se cuentan, por ejemplo, pañales desechables, pañitos húmedos, cremas humectantes, antiescaras y antipañalitis, silla de ruedas y transporte para asistir a citas médicas, con el propósito de mitigar el impacto de las patologías que padecen. Adicionalmente, en el caso del expediente T-5.896.052, se solicita la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, argumentando falta de recursos económicos para cubrir el valor de los mismos.

Las E.P.S. accionadas se opusieron a las pretensiones, argumentando que no hay certeza sobre la necesidad de las prestaciones solicitadas, toda vez que no hay concepto médico sobre el particular, proferido por profesionales adscritos a su red servicios, e incluso, en algunos casos, no hay dictamen médico de ninguna naturaleza. También basaron su negativa, en que los insumos y elementos solicitados son productos para el aseo y cuidado personal, los cuales no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios.

En las decisiones que son objeto de revisión, los jueces constitucionales que conocieron los distintos casos resolvieron las solicitudes de amparo de manera desfavorable a los intereses de los accionantes.

3. Problema jurídico a resolver

En consideración con los hechos expuestos corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿las entidades accionadas desconocieron los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los agenciados, al negarse a reconocer: (i) insumos como: pañales, paños húmedos, cremas –antiescaras, antipañalitis y humectantes–, (ii) elementos como: sillas de ruedas, (iii) servicios como: transporte para asistir a controles médicos, y (iv) exoneración de copagos y cuotas moderadoras, por cuanto tales prestaciones no se encuentran incluidas en el Plan de Beneficios, a pesar que la Corte Constitucional ha proferido sendas y reiteradas sentencias sobre la procedibilidad de tales pretensiones en casos excepcionales?

Del interrogante propuesto, también se desprenden los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿los casos objeto de estudio se encuentran dentro de las reglas de procedibilidad, establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, relativas a la autorización de prestaciones no incluidas, o incluso excluidas, en el Plan de Beneficios? (ii) en el caso del expediente T-5.896.052 ¿se encuentran acreditados los requisitos fijados por la jurisprudencia, para la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, en la prestación del servicio de salud? y (iii) ¿ Se desconoce el derecho a la salud cuando una E.P.S. niega la prestación de un servicio o el suministro de insumos y medicamentos, porque no han sido ordenados por el médico tratante, cuando de conformidad con el diagnóstico del paciente es evidente que lo requiere?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala de Revisión procederá a efectuar el estudio de los siguientes puntos: (i) La agencia oficiosa en materia de tutela; (ii) Requisitos de procedencia de la acción de tutela; (iii) El derecho fundamental a la salud en el caso de los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia; (iv) Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos o no incluidos en el Plan de Beneficios; (v) Reglas probatorias para establecer la capacidad económica. Reiteración de jurisprudencia; (vi) El transporte como medio indispensable para acceder a un servicio de salud; (vii) Autorización de insumos médicos en casos en que no existe prescripción médica. Finalmente, se dará cuenta de los (viii) casos concretos, momento en el cual se verificarán los aspectos analizados respecto de cada una de las solicitudes de amparo de que se trata.

4. La agencia oficiosa en materia de tutela –Reiteración de jurisprudencia–.

El artículo 86 de la Constitución Política, define la tutela como un mecanismo con el que cuenta toda persona para reclamar, *“por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

En relación con la legitimidad para interponer el amparo, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991¹³, señala que la acción podrá ser ejercida *“por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.*

¹³ Reglamentario de la acción de tutela.

A su vez, dispone que se pueden agenciar derechos de otras personas cuando “*cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*”. En esta última hipótesis debe precisarse tal circunstancia en la solicitud.

En sentencia T-995 de 2008, reiterada por la Sala Octava de Revisión en sentencia T-395 de 2014, la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela puede ser interpuesta por el afectado o a través de otra persona, bajo las siguientes hipótesis:

(i) el ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental;

ii) por medio de representantes legales, cuando se trata de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas;

iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual éste debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto, el poder general respectivo; y finalmente,

iv) por medio de agente oficioso, cuando el titular del derecho se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa y opta, en ejercicio de su autonomía individual, por delegar su actuación en una persona distinta a su apoderado judicial¹⁴.

En el caso específico de la agencia oficiosa, la Corte ha determinado que su ejercicio se autoriza cuando “*(i) el agente oficioso manifiesta que actúa como tal, (ii) se puede inferir del contenido de la tutela que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; y (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos*”¹⁵.

¹⁴ Esta posibilidad se ha admitido cuando los hijos interponen tutelas en nombre de sus padres, así por ejemplo en Sentencia T-669 de 2011 la Corte estableció que la hija de un indígena kankuamo de 62 años de edad, estaba facultada para interponer una acción de tutela en su nombre, debido al estado de debilidad manifiesta en el cual se encontraba su padre, teniendo en cuenta sus quebrantos de salud y que se encontraba privado de la libertad; o cuando los padres interponen acciones de tutela en defensa de los derechos de sus hijos mayores de edad, como en el caso estudiado en la sentencia T-113 de 2009, en que esta Corporación estableció que la madre de un indígena que fue convocado a prestar servicio militar, estaba legitimada para interponer una acción de tutela en su nombre, entre otros.

¹⁵Ver la sentencia T-531 de 2002.

5. Requisitos de procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de derechos fundamentales, cuyo carácter es residual y subsidiario¹⁶, lo cual implica que su procedibilidad está supeditada a que no “*existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.*”¹⁷.

Como se precisó en sentencia T-030 de 2015, al momento de revisar la procedibilidad formal de la acción de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, el cual puede darse por superado cuando: (i) no existe un mecanismo idóneo¹⁸ para la defensa judicial, (ii) a pesar de haber un proceso idóneo, el mismo no es eficaz y (iii) cuando sea necesaria la intervención para evitar la configuración de un perjuicio irremediable¹⁹.

En el caso de prestaciones del servicio de salud, el usuario tiene a su disposición la reclamación ante la E.P.S. y el proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud, que resultan idóneos para resolver pretensiones relacionadas con medicamentos, insumos y procedimientos. No obstante, puede presentarse el caso en que a pesar de existir medios de defensa judicial idóneos los mismos resultan ineficaces. Para ello, es

¹⁶ Ver sentencias T-030 de 2015, SU-712 de 2013, SU-617 de 2013, SU-646 de 1999, T-007 de 1992.

¹⁷ artículos 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991.

¹⁸ "El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico."

¹⁹ En este sentido por ejemplo, esta Corte, en la sentencia T-983 de 2001, precisó: "Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico."

necesario comprender que el requisito de subsidiariedad –agotamiento de los mecanismos judiciales– comprende tres dimensiones:

(a) la idoneidad: que exista un procedimiento previsto por el sistema jurídico, para resolver la controversia jurídica.

(b) la eficacia: es la capacidad que tiene un procedimiento de producir una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad y en un tiempo razonable.

(c) la urgencia: es la necesidad de intervención inmediata del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Para analizar si un medio de defensa es eficaz, deben tenerse en cuenta criterios como la edad de las personas, la pertenencia a un grupo social y su estado de salud, pues tales circunstancias pueden aumentar el grado de vulnerabilidad de una persona e incluso generar que el juez de tutela estudie el requisito de subsidiariedad de manera menos severa:

“...el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”²⁰.

En síntesis, no puede establecerse una regla general de procedibilidad en materia de acción de tutela, sino que debe analizarse si los medios de los cuales dispone el accionante (de llegar a tenerlos) son idóneos y de ser así, determinar su eficacia.

6. El derecho fundamental a la salud en el caso de los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud adquiere una connotación especial cuando sus destinatarios son adultos mayores, toda vez que presentan un mayor grado de vulnerabilidad, frente a cambios económicos, sociales y aquellos derivados de la enfermedad. Sobre el particular, en sentencia T-076 de 2015 dispuso:

²⁰ Sentencia T-593 de 2007, en la cual se cita la sentencia T-836 de 2006. Énfasis agregado.

“[E]n concordancia con lo dispuesto en los artículos 13, inciso 3, 46 y 47 de la Constitución Política, este Tribunal Constitucional ha sostenido que los adultos mayores también necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran, por lo cual, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Ésta última se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico teniendo en cuenta el deterioro irreversible y progresivo de su salud. Al respecto, ha señalado este Tribunal:

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad...’.

“En este orden de ideas, cuando se trate de personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la salud reviste mayor importancia, como consecuencia de la situación de indefensión que presentan. Por tal razón, si el juez constitucional se encuentra ante un caso en el que se presume la vulneración del derecho fundamental a la salud de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, lo propio, es que, como garante de los valores, principios y normas dispuestas en la Carta Política y en favor de los mandatos del Estado Social de Derecho, brinde la protección necesaria al caso.”²¹.

Teniendo en cuenta que un derecho adquiere carácter de fundamental cuando su ejercicio es condición necesaria para materializar la dignidad del ser humano, existe una relación estrecha entre el derecho a la salud y el principio de dignidad humana.

Como ha expuesto la Sala Octava de Revisión, en sentencia T-414 de 2016 *“la Corte ha puesto de presente la preocupación de los organismos internacionales de protección de derechos humanos frente a la inescindible conexión que hay entre la dignidad y la salud de las*

²¹ Sentencia T-076 de 2015.

personas de la tercera edad, a partir de la cual se desprenden compromisos puntuales para el Estado”.

En materia de obligaciones de índole internacional la Corte, en sentencia T-1087 de 2007, señaló:

“Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece:

“25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”.

A su vez, es pertinente señalar que el Constituyente dejó en cabeza del Estado la obligación de garantizar a los adultos mayores las prestaciones derivadas del ejercicio del derecho a la seguridad social, en cumplimiento del principio de solidaridad. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia T-658 de 2013, expuso:

“[U]na de las manifestaciones específicas del principio de solidaridad es el deber de protección y asistencia a las personas de la tercera edad, el cual vincula al Estado, obligado a diseñar y velar por el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que asegure a todas las personas la posibilidad de contar con protección suficiente frente a las contingencias derivadas de la enfermedad o de la pérdida de capacidad laboral que acompaña a la vejez. Este deber ser proyecta además sobre los particulares, quienes, por regla general, están obligados a efectuar los aportes necesarios para el funcionamiento del sistema de seguridad social; adicionalmente, están llamados a contribuir de manera directa al sostenimiento, protección y

*cuidado de sus parientes mayores, cuando estos no puedan valerse por sí mismos.*²².

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la jurisprudencia otorga un carácter fundamental al derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por el Estado de manera oportuna y eficiente. Ahora bien, en el caso de adultos mayores se genera una obligación mayor en virtud de su grado de vulnerabilidad, a la cual debe concurrir la sociedad en general.

7. Reglas para el acceso a medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos excluidos del Plan de Beneficios. Reiteración de jurisprudencia.

Aunque en el caso de incumplimiento de prestaciones del servicio de salud, el usuario tiene a su disposición la reclamación ante la E.P.S. y el proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud²³, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando se encuentra comprometido el derecho fundamental a la salud y los medios de defensa judicial resulta ineficientes, la acción de tutela resulta procedente²⁴.

Sin embargo, el hecho que el derecho a la salud tenga carácter fundamental, no significa que se trate de una garantía absoluta. Al igual que todos los derechos, sus límites están determinados por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, circunstancia que tiene como consecuencia que no todas las dimensiones del mismo puedan ser exigibles por medio del mecanismo de acción de tutela.

En ese sentido, algunas prestaciones que implican un alto costo presupuestal no se incluyen en el Plan de Beneficios de Salud o se encuentra expresamente excluidas del mismo, toda vez que los recursos para cubrir el servicio público de salud son limitados.

No obstante, *“toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido”*²⁵. Por tanto, si una persona requiere un servicio de salud con necesidad, y éste le es negado debido a un trámite

²² Sentencia T-658 de 2013.

²³ Ver Supra. Capítulo III, numeral 5, pág. 18.

²⁴ Sentencia T-575 de 2013.

²⁵ *Ibíd.*

administrativo, tal situación constituye un hecho que vulnera su derecho a la salud.

Para establecer en qué casos una persona puede acceder a un servicio no P.O.S. esta Corte en sentencia T-760 de 2008 estableció una serie de requisitos, a saber:

“a. Que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

c. Que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie²⁶; y

d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”²⁷.

A partir de la Sentencia T-760 de 2008, los anteriores requisitos fueron agrupados y se estableció que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el P.O.S., cuando el mismo sea necesario.

Así las cosas, *“toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que **requiera**. Cuando el servicio que **requiera** no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica*

²⁶ Frente a este requisito, esta Corporación, en la sentencia T-044 de 2007, señaló que *“no basta con que el accionante cuente con los recursos para sufragar el medicamento requerido, sino que se hace necesario que el juez valore si con la compra de este se compromete el derecho al mínimo vital para acceder a un nivel de vida digno”*. Además, en la sentencia T-1024 de 2010, se estableció que *“el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la E.P.S. o E.P.S.-S correspondiente. Consideración adicional se hace respecto de la presunción, en cabeza de los beneficiarios del SISBEN, sobre su falta de capacidad de pago”*.

²⁷ Sentencia T-760 de 2008.

para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad”²⁸.

Para tramitar estas autorizaciones la Corte expuso²⁹ que el médico tratante debía solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud. De modo que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud, cuando niega un tratamiento, procedimiento, medicamento o prestación, argumentando que, quien necesita del mismo, no ha presentado la solicitud al referido Comité.

De esta manera, este Tribunal Constitucional ha expuesto que en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene servicios necesarios para preservar la vida digna e integridad del paciente y éstos no se encuentren incluidos en el P.O.S. *“resulta procedente de manera excepcional, la autorización y/o suministro del servicio médico por parte de la E.P.S., siempre y cuando el paciente o sus familiares no puedan sufragar el costo del mismo, atendiendo al principio de solidaridad”*.³⁰

En relación a ello, esta Corte ha expuesto que si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto³¹. Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada por parte de la obligada a prestar el servicio, pues las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, y, por tanto, están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente³².

8. Reglas probatorias para establecer la capacidad económica. Reiteración de jurisprudencia.

²⁸ Sentencia T-760 de 2008.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ En sentencia T 683 de 2003, se expuso que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega. La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002.

³² Sentencia T-150 de 2012.

Esta Corporación ha expuesto que una E.P.S. no puede negarse a autorizar la prestación de un servicio de salud porque no se encuentra dentro del P.O.S. o porque el usuario no ha demostrado con un amplio material probatorio que no puede asumir el costo del tratamiento, medicamento o procedimiento requerido. Respecto al último aspecto, la Corte ha señalado que *“las E.P.S. cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las E.P.S. consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica. Esto, sin necesidad de que se acuda a la acción de tutela. Ahora bien, de presentarse una acción de tutela, la E.P.S. debe aportar la información al juez de tutela, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el P.O.S. o de exoneración de cuotas moderadoras”*³³.

Frente al particular la Corte ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que *requiere* cuando es necesario, así no pueda financiar el mismo³⁴. Para tal efecto, ha establecido el cumplimiento de unas reglas las cuales se transcriben *in extenso*.

*“1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 1999 se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega”*³⁵. || La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y

³³ Sentencia T-118 de 2011.

³⁴ Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

³⁵ En la sentencia T-683 de 2003, se señaló lo siguiente: *“De la revisión de una parte de la jurisprudencia constitucional en materia de condiciones probatorias del tercero de los requisitos (incapacidad económica del solicitante) para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que: (...) (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba”*. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), entre otras. Que no exista una tarifa legal respecto a la incapacidad económica, no significa que no se deba probar la incapacidad. Así por ejemplo, en la sentencia T-002 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) se negó la acción de tutela porque el accionante no había probado de manera alguna que carecía de la capacidad económica suficiente para cubrir los costos de los servicios médicos que requería. Ni siquiera así lo afirmó en la demanda”.

que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado.

2. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la E.P.S. o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos³⁶. || Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las E.P.S. o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente³⁷.

3. Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante. Su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada³⁸.

³⁶ Ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002, T-113 de 2002.

³⁷ Al respecto, en la Sentencia T-260 de 2004, se señaló lo siguiente: "El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen". En el mismo sentido, ver también la sentencia T-861 de 2002 y la T-523 de 2001, entre otras.

³⁸ Al respecto, en la Sentencia T-279 de 2002, se señaló lo siguiente: "Como se ha dicho en ocasiones pasadas (T-1120 de 2001) si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela demandada por la ausencia de pruebas para demostrarlo, como lo señala la sentencia que se revisa, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento (T-018 de 2001)". En el mismo sentido ver las siguientes sentencias: T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-1120 de 2001, T-1207 de 2001, entre otras.

4. Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante³⁹, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado⁴⁰.”

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha inaplicado la legislación para proteger a sujetos de especial protección constitucional ordenando la prestación de servicios, aun cuando los usuarios no tenían capacidad económica para sufragar el costo de los servicios médicos.

En la Sentencia T-036 de 2006, se revisó una acción de tutela en la cual la E.P.S. COOMEVA, se negaba a realizar un procedimiento quirúrgico a un niño porque su padre no tenía los recursos económicos suficientes para pagar los respectivos copagos, en aquella oportunidad se expuso que *“[n]o obstante, la norma en cita, fue declarada executable (sentencia C-542 de 1998) en el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos”*.

En la Sentencia T-970 de 2008, la Corte se pronunció respecto al caso de una ciudadana afiliada al régimen subsidiado de salud, en el nivel II del SISBEN, que presentaba una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, la cual necesitaba oxígeno requirente por hipoxemia severa. No obstante, no le fue autorizado tal medicamento porque no había pagado la cuota moderadora, debido a que no tenía los medios económicos suficientes para ello. En aquella oportunidad expuso que existía una presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN, porque hacen parte de la población con menor ingreso económico. Frente al particular señaló: *“[c]uando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el*

³⁹ Ver las siguientes sentencias: T-867 de 2003 y T-861 de 2002.

⁴⁰ Sentencia T-744 de 2004. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-984 de 2004, T-236A de 2005, T-805 de 2005 y T-888 de 2006.

caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación”.

A su vez, en la Sentencia T-212 de 2009, la Corte resolvió la situación de una niña afiliada al régimen subsidiado a quien le fue negado el suministro de bolsas de *colostomía* y las *barreras protectoras* que requería para el tratamiento de la malformación ano-rectal -*tipo fístula vaginal*- que padecía. En el estudio del caso se concluyó que el pago de la cuota moderadora se había constituido en una barrera para el acceso a los servicios de salud de la menor, la cual ocasionaba una vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud. De manera concreta expuso:

“[l]a Corte en su jurisprudencia, ha identificado 2 situaciones. Por un lado, aquella que se refiere al caso de una persona que no tenga capacidad de pago suficiente y necesite un procedimiento o tratamiento médico sujeto a copago o cuota moderadora, evento en el cual, la E.P.S.-S deberá proceder a su prestación y a su cubrimiento total. Por otro lado, aquella que trata el caso de una persona con capacidad de pago, pero sin la posibilidad de desembolsarlo previamente, evento en el cual podrá realizar acuerdos de pago que garanticen la asunción de la obligación. Dicha distinción no tiene otro propósito que garantizar, en primer lugar, el efectivo acceso al servicio de salud y, en segunda medida, evitar una afectación del mínimo vital de quienes, sin siquiera contar con los recursos necesarios para atender sus requerimientos básicos, se ven obligados a cancelar sumas de dinero que, aunque están ajustadas a lo dispuesto en la ley, les resultan demasiado onerosas por su condición de pobreza. Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta la situación económica de la demandante, esta Sala observa que se encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago suficiente, puesto que de lo que se desprende del expediente de tutela es que pertenece al Régimen Subsidiado en Salud en el nivel II del Sisben, hecho a partir del cual puede presumirse su falta de recursos económicos, recurriendo para ello desde luego al hecho de que tal tópico no fue controvertido por ninguna de las entidades vinculadas al proceso de tutela”.

Así las cosas, la Sala concluye que las afirmaciones realizadas por los usuarios del servicio de salud sobre la incapacidad de poder sufragar los costos de copagos o cuotas moderadoras, están revestidas por el principio

de buena fe, por lo cual serán tenidas por ciertas hasta que las E.P.S. o E.P.S.-S presenten pruebas para desvirtuar dicha presunción.

9. El transporte como medio indispensable para acceder a un servicio de salud.

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el siguiente interrogante: ¿Qué sucede cuando un paciente es remitido a un municipio diferente del lugar de domicilio, con el propósito de acceder al servicio de salud? En primera medida debe establecerse si al municipio en el cual reside le es reconocida una prima adicional o una U.P.C.⁴¹ diferencial mayor, caso en el cual el servicio de transporte deberá entenderse incluido en el P.O.S. y tendrá que ser cubierto por la E.P.S.

A partir de lo expuesto surge un interrogante ¿Qué es la U.P.C.-adicional y a qué zonas geográficas se reconoce? Esta Corte en sentencia T-395 de 2014 señaló que la U.P.C. *adicional* “es una prima o valor agregado

⁴¹ En la sentencia C-978 de 2010 se explicó con claridad el concepto de la U.P.C., en los siguientes términos: “La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la relevancia de la denominada Unidad de Pago por Capitación –U.P.C.-, en tanto eje del equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La U.P.C. es un valor per cápita que paga el Estado a la E.P.S. “por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos” en el P.O.S. para cada afiliado. Esta unidad se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por la Comisión de Regulación en Salud –CRES-, [esta entidad fue suprimida con la expedición del Decreto 2560 de 2012 y las funciones expuestas en este comentario fueron asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social] *ente que recogió algunas de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- , teniendo en cuenta para ello los estudios técnicos hechos por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social). De esta manera, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el Sistema de Seguridad Social en Salud a sus usuarios, el legislador diseñó la Unidad de Pago por Capitación –U.P.C.- para el régimen contributivo y la U.P.C.-S para el subsidiado, como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud que ofrece el sistema: el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) para el contributivo y el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.-S) para el subsidiado. Así, se entiende que la U.P.C. corresponde, en uno y otro régimen, al valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del P.O.S., independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. Para el efecto, mensualmente cada E.P.S. recibe, por cada afiliado el valor de una U.P.C. o U.P.C.-S, que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del régimen contributivo, y parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el del Régimen Subsidiado de Salud. Tal como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte, la Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las E.P.S., sino que plasma, en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, lo cual significa “la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización”. Dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) por parte de las Empresas Promotoras de Salud. De este modo, la U.P.C. tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del P.O.S. De ahí que la Corte haya considerado que la U.P.C. constituye la unidad de medida y el cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir, en condiciones de prestación media, el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.”.*

reconocida por el Ministerio de Salud y Protección Social a diversas zonas geográficas, por concepto de dispersión geográfica. Es decir, un valor aplicable para las áreas de algunos departamentos en los cuales hay una menor densidad poblacional, que a su vez puede representar un mayor gasto por los sobrecostos de atención en salud derivados, entre otros, del transporte de pacientes”.

A su vez, el sistema de salud prevé un reconocimiento monetario adicional en zonas con mayor índice de siniestros, el cual ha sido denominada U.P.C. *diferencial*, la cual se aplica a los municipios cercanos a centros urbanos.

Teniendo en cuenta que la norma dispone en cuales casos procede la cobertura por parte del servicio de salud pública, para prestar el servicio de transporte, podría pensarse, en principio, que, en los casos no contemplados por la normatividad, el servicio de transporte ha de ser cubierto, por el usuario o su familia “*sin embargo, la Resolución No. 5261 de 1994 consagra dos excepciones para este supuesto: (i) la urgencia debidamente certificada o (ii) el caso de los pacientes internados que requieran atención complementaria. Pero además, como se estableció en la Sentencias T-339 de 2013 y T-173 de 2012, existe una tercera: (iii) la excepción por accesibilidad económica.*”⁴².

En la última hipótesis se prevé que los usuarios que no tengan suficientes recursos económicos, tiene el derecho a que tanto el Estado como la sociedad, en virtud del principio de solidaridad (Art. 1° C.N), “*los subsidien ayudándoles a superar las barreras de tipo económico que soportan para acceder a los servicios de salud que requieren*”⁴³.

En este mismo sentido la Sentencia T-760 de 2008 señaló que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo que significa que tiene derecho también a los medios de transporte y gastos de estadía precisos para poder recibir la atención requerida. Y en relación con esto, sostuvo que “*la obligación se traslada a las E.P.S. en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario*”.

⁴² Sentencia T-395 de 2014.

⁴³ *Ibíd.*

En esta misma sentencia, la Corte se pronunció sobre el derecho de los usuarios a que se brinden los medios de transporte y estadía a un acompañante, señalando que se deben cumplir en el caso concreto los siguientes requisitos: (i) que el paciente sea dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. Así, por ejemplo, la Sentencia T-149 de 2011 estableció que *“es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del P.O.S.”*.

De otra parte, en el marco legal, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 prescribe que la *accesibilidad* es uno de los principios esenciales del derecho fundamental a la salud, dentro del cual se encuentra comprendida la posibilidad de que las personas tengan físicamente a su alcance los servicios de sanidad, o en caso de no ser así, cuenten con los medios que le faciliten acudir a los mismos⁴⁴.

En tal sentido, esta Corporación ha indicado que, a pesar de que el transporte no puede calificarse en estricto sentido como un servicio de salud, en determinadas circunstancias sí se constituye en el medio para hacer efectivo el acceso a ciertos servicios cuya prestación requiere la conducción del paciente a centros asistenciales:

“[S]obre el tema, esta Corte ha calificado como de carácter necesario el traslado además el alojamiento en el diagnóstico y tratamiento a ciertas enfermedades; puesto que, ‘si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia,

⁴⁴ “Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

(...)

c) *Accesibilidad*. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; (...)

*debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado’.*⁴⁵

El Título V –artículos 124 y 125– de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, en la cual está plasmado el plan obligatorio de salud, prevé el servicio de traslado de pacientes, en ambulancia o en un medio de transporte no medicalizado, bajo ciertos parámetros:

“ARTÍCULO 124. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.*
- Entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.*

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

“ARTÍCULO 125. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

⁴⁵ Sentencia T-481 de 2011.

“PARÁGRAFO. las E.P.S. igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la E.P.S. no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la E.P.S. recibe o no una UPC diferencial.”

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las entidades promotoras de salud están obligadas a asumir el transporte de los pacientes en las situaciones en que se reúnan las siguientes condiciones: *“(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona,(ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”*⁴⁶ Siempre en estos casos, el Estado comparecerá para cumplir su obligación constitucional de prestar el servicio de salud a los ciudadanos, ya sea por medio del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– cuando se trata de un usuario del régimen contributivo, o bien, por medio de las entidades territoriales, cuando se trata de un paciente del régimen subsidiado.

10. Autorización de insumos médicos en casos en que no existe prescripción médica.

La Corte Constitucional ha expuesto que el concepto médico goza de plena autonomía, razón por la cual debe ser respetado por el juez, toda vez que *“[l]a actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante”*⁴⁷.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la reserva médica para prescribir tratamientos tiene sustento en: *(i) un criterio de necesidad*⁴⁸, según el cual, el único con los conocimientos científicos

⁴⁶ Sentencia T-022 de 2011.

⁴⁷ En la cual se citan las Sentencias T-569 de 2005 y T-427 de 2005.

⁴⁸ Ver, entre otras, la sentencia T-427 de 2005.

capacitado para establecer cuando un tratamiento es necesario, es el médico tratante, (ii) un criterio de responsabilidad⁴⁹ respecto de los procedimientos, tratamientos, medicamentos o prestaciones que prescriben a sus pacientes, (iii) un criterio de especialidad⁵⁰ que establece que el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico y (iv) un criterio de proporcionalidad⁵¹ que, sin perjuicio de los demás criterios, impone el deber al juez constitucional de proteger los derechos fundamentales de los pacientes.”⁵².

Respecto del último criterio, esta Corporación ha encontrado que puede suceder que en un caso concreto no exista orden médica para determinado medicamento, servicio o insumo, pero que de los hechos del caso o del diagnóstico se deduzca inequívocamente que una persona lo requiere con necesidad.

Por ejemplo, es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita movilizarse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice una mejor calidad de vida a la persona.

11. Casos concretos

11.1 Legitimación en causa y requisitos de procedencia de la acción

Como medida inicial, corresponde a la Corte determinar si se reúnen en los casos bajo estudio los requisitos para la procedencia de la acción de tutela.

En lo que concierne a la legitimación en causa por activa, en cada uno de los libelos introductorios (i) se expresó que los demandantes actuaban como agentes oficiosos de los accionantes en vista de que estos (ii) se encontraban en una situación de vulnerabilidad extrema, derivada de su avanzada edad y de las varias enfermedades que los aquejan.

⁴⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-179 de 2000 y T-412 de 2004.

⁵⁰ Ver la Sentencia T-059 de 1999.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Sentencia T-395 de 2014.

En armonía con dichas afirmaciones, de los escritos de tutela se desprende, inequívocamente, que los titulares de los derechos que se pretende amparar son sujetos en situación de debilidad manifiesta, pues son adultos mayores cuyas afecciones de salud les impiden realizar por su propia cuenta actividades vitales como alimentarse, asearse o moverse, entre otras, así que lógicamente les resulta más dispendiosa la tarea de acudir ante los jueces a promover acciones contenciosas –con todo y lo informal que es el mecanismo de tutela–. Además, no puede dejarse de lado que junto con las limitaciones de orden físico en que degeneran patologías como las padecidas por los tutelantes, la mayoría de veces aparecen seriamente comprometidas las facultades mentales de estas personas, lo cual torna prácticamente nula la posibilidad de que asuman un rol activo en la defensa de sus derechos.

En casos como los que examina la Sala en esta oportunidad, cuando los afectados son individuos de la tercera edad en condiciones críticas de salud, es apenas obvio que se reclame la protección constitucional por conducto de agente oficioso, pues resulta evidente que, de no ser por la intermediación de un tercero, aquellos estarían desprovistos de medios para repeler las transgresiones a sus garantías iusfundamentales.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que se configuran en los casos bajo estudio los presupuestos para la procedencia de la agencia oficiosa en cabeza de Javier Alonso Ossa Valencia, Marleny Vallejo de Sanclemente y Fabián Alberto Antolínez Flórez, en razón a las especiales circunstancias de los accionantes y que dificultan que ellos mismos intenten la defensa de sus derechos fundamentales.

En resumen, la Corte concluye que los promotores de la acción están habilitados para interponer la acción como agentes oficiosos de los accionantes.

Respecto a la legitimación en causa por pasiva, encuentra la Sala que las entidades demandadas pueden ser sujetos pasivos de la acción, pues se trata de entidades privadas que prestan el servicio público de salud –tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991–.

Adicionalmente, cabe predicar una auténtica situación de indefensión de los accionantes frente a las E.P.S., dada su condición de usuarios o, en términos más puntuales, de pacientes, recordando las delicadas afecciones que les han sido diagnosticadas.

De otro lado, en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos invocados, no debe perderse de vista que

la situación de extrema vulnerabilidad de los accionantes los convierte en sujetos que requieren una protección inaplazable, ya que, de persistir indefinidamente la presunta vulneración, podrían perpetuarse las circunstancias de indignidad en las que se encuentran los actores, con un altísimo riesgo de que su estado de salud siga desmejorando, llegando a verse amenazada inclusive su vida.

Así las cosas, la Sala resalta que en los casos de la referencia se denuncian situaciones en que, por las conductas atribuidas a las E.P.S., se encuentran en peligro los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de adultos mayores afligidos por delicadas enfermedades, con un elevado riesgo de que acaezcan consecuencias fatales. Por tanto, cuando se reclama la intervención de la justicia constitucional en este contexto, el juez no puede sustraerse del deber de escrutar cada caso concreto, previo estudio de las particularidades que favorecen la procedencia de la acción según las calidades de quienes acuden a la jurisdicción, para lograr emitir un pronunciamiento que se avenga a los principios y derechos consagrados en la Constitución, en lugar de hacerlos nugatorios.

A partir de las anteriores consideraciones, se aprecia que en los expedientes acumulados concurren las razones que respaldan la procedencia de la acción de tutela: (i) la naturaleza del servicio que prestan particulares accionados; (ii) la situación de indefensión en que se encuentran los accionantes frente a las entidades demandadas; y (iii) la ineficacia inmediata de otros medios ordinarios de protección, habida cuenta de la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los tutelantes por su estado de debilidad manifiesta.

Por lo expuesto, se procederá a examinar el fondo de la materia, desarrollando un análisis particular respecto de cada uno de los casos.

7.1. Aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre los insumos y/o servicios reclamados a las E.P.S. por los accionantes

7.1.1. Expediente T-5.889.657

Como agente oficioso de la señora Julialba Ossa de Gómez, el señor Alonso Ossa Valencia, solicitó mediante acción de tutela que se ordene a Comfenalco Valle E.P.S. que le suministren a la agenciada “*pañales desechables no irritantes y de fácil absorción para evitar escape de fluidos*”⁵³.

⁵³ Expediente T-5.889.657. Cuaderno principal de la demanda. Folio 28.

Dentro de las pruebas aportadas por la accionante, se encuentra una copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Julialba Ossa de Gómez, con fecha de nacimiento 29 de marzo de 1932⁵⁴, con lo cual se comprueba que es una persona de la tercera edad.

También se halla un resumen de atención, proferido por la Clínica de Artritis Temprana, de marzo de 2014, en el cual se señala que la señora Ossa de Gómez padece de incontinencia urinaria⁵⁵.

Por su parte, Comfenalco E.P.S.⁵⁶ manifestó que la accionante solicita que se le entreguen insumos médicos (pañales) *“sin existir orden médica, por consiguiente no es dable su autorización, adicionalmente que se trata de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud... es claro que Comfenalco Valle en su programa de E.P.S., no ha conculcado derechos de ninguna índole al usuario y consecuente debe ser declarada improcedente la acción constitucional.”*⁵⁷.

Es importante tener en cuenta que el juez de tutela de primera instancia al determinar la procedibilidad del amparo señaló que el diagnóstico médico adjunto a la solicitud no se encontraba actualizado, razón por la cual no podía ordenar lo requerido por la accionante.

Aunado a ello, no hay en el expediente ninguna manifestación sobre la imposibilidad económica de la accionante para sufragar el costo de los insumos solicitados, presupuesto necesario para determinar si se autorizan prestaciones excluidas del Plan de Beneficios.

En virtud del principio *pro homine* la Sala de Revisión, de manera oficiosa, y con el propósito de determinar si la accionante tiene un puntaje de Sisben o pertenece a un régimen de seguridad social, que permita presumir la falta de recursos económicos, verificó la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA–.

Una vez consultada la base de datos referida comprobó que la agenciada, señora Julialba Ossa de Gómez se encuentra activa como afiliada dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Comfenalco Valle E.P.S., en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), desde el 5 de octubre de 2005. A su turno, el agente oficioso, su hermano, el señor Javier Alonso

⁵⁴ *Ibíd.* Folio 5.

⁵⁵ *Ibíd.* Folio 4.

⁵⁶ *Ibíd.* Folios 38 al 53.

⁵⁷ *Ibíd.* Folio 5.

Ossa Valencia, figura activo como afiliado dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Coomeva E.P.S. S.A., Cali (Valle del Cauca), desde el 15 de mayo de 1998. Como la accionante y su hermano –quien actúa como agente oficioso– no se encuentran en el régimen subsidiado de salud, no es posible aplicar la presunción de carencia de recursos económicos.

No obstante, en virtud de la prueba allegada por el agente oficioso, en virtud del requerimiento efectuado en Sede de Revisión (Supra 1.6 del capítulo de antecedentes), se evidencia la difícil situación económica que atraviesa la señora Ossa de Gómez, la cual no tiene activos patrimoniales de ninguna índole y quien depende económicamente de su hermano, persona tampoco tiene activos patrimoniales y cuyo ingreso mensual corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente⁵⁸.

También se observa que en el expediente reposa certificado médico⁵⁹ en el cual se expone que la señora Julialba Ossa de Gómez “*tiene antecedentes de hipertensión arterial, Hipotiroidismo, pérdida de memoria reciente, infección urinaria ya resuelta y desde hace varios años inició con incontinencia urinaria, la cual persiste y se ha exacerbado en los últimos meses, con el requerimiento del uso de pañales las 24 horas (requiere un pañal cada 6 horas o 4 al día). Actualmente se encuentra recibiendo Levotiroxina x 50 mcg. 1 tab al día, Losartan x 50 mg 1 al día y Trazodona x 50 mg una en la noche.*”.

Sobre este último punto es importante precisar que si bien el médico que profirió el diagnóstico no se encuentra adscrito a la E.P.S. accionada, ello no obsta para que su concepto no sea tenido en cuenta, toda vez que se trata de su médico tratante. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-355 de 2013, determinó que el concepto proferido por un profesional de la salud es vinculante, si el mismo no es objetado por razones estrictamente científicas por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En el asunto de la referencia, el dictamen proferido por la Doctora Ana Lucia Rodríguez Londoño, de fecha 30 de junio de 2016, no fue objetado, sino que guardó silencio sobre el particular. Por tal razón, la Sala encuentra acreditado el cumplimiento del requisito, relativa a la prescripción insumos por parte del médico tratante.

⁵⁸ Cuaderno Corte Constitucional. Expediente T-5.889.657. Folio 20.

⁵⁹ Constancia médica suscrita por médico general de fecha 30 de junio de 2016. Cuaderno principal de la demanda, folio 49. Énfasis agregado.

A partir del material probatorio que reposa en el expediente la Sala tiene certeza de que en el caso de la referencia se encuentran satisfechos los requisitos dispuestos por la Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, para la autorización de prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, en la actualidad Plan de Beneficios, toda vez que:

- a. La falta de los insumos –pañales– se erige como una barrera para el ejercicio del derecho a la vida en condiciones dignas.
- b. No hay otro elemento en el Plan de Beneficios que pueda sustituirlos.
- c. La señora Julialba Ossa de Gómez no tiene recursos económicos suficientes para costear los insumos. Tal afirmación se efectuó en declaración extrajuicio la cual, se dejó a disposición de las partes en la Secretaría General de la Corte para que ejercieran su derecho a la contradicción y no fue desvirtuada por la E.P.S.
- d. Por último los insumos fueron prescritos por su médico tratante para mitigar los efectos de su enfermedad.

Así las cosas, se encuentran acreditados los requisitos establecidos por la jurisprudencia para autorizar la entrega de los insumos solicitados. De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de 4 de agosto de 2016, por la cual el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali –Valle del Cauca– confirmó la sentencia de 23 de junio de 2016 que negó la acción de tutela promovida por el señor Alonso Ossa Valencia, como agente oficioso de la ciudadana Julialba Ossa de Gómez, contra Comfenalco Valle E.P.S. y en su lugar, concederá el amparo de los derechos a la salud –en su faceta de integralidad– y a la vida en condiciones dignas de la agenciada.

7.1.2. Expediente T-5.896.052

En calidad de agente oficiosa de su hermana, señora Luz Marina Vallejo Sánchez, la ciudadana Marleny Vallejo De Sanclemente solicitó mediante acción de tutela que se ordene a Sanitas E.P.S. que entregue a la agenciada los insumos y/o servicios de “i) *exoneración de copagos pues el tratamiento de su hermana genera copagos constantes y no posee fondos suficientes para cancelarlos, ii) pañales desechables, iii) pañitos húmedos, iv) crema extra humectante lubriderm, v) jabón antibacterial, vi) transporte para asistir a todas sus citas médicas, vii) silla de ruedas*

*eléctrica, y viii) la atención integral su hermana para que le sea brindado todo lo que requiera de forma permanente y oportuna.”*⁶⁰.

11.2.2.1 En relación con las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, la Sala consultó la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA. A partir de tal examen encontró que la señora Luz Marina Vallejo Sánchez se encuentra activa como afiliada dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante a Sanitas E.P.S., en la ciudad de Palmira (Valle), desde el 4 de mayo de 2006. Así las cosas, como la accionante no se encuentra en el régimen subsidiado de salud, no se dará aplicación a la presunción de carencia de recursos económicos.

Sin embargo, quien interpone la acción de tutela, manifiesta que ni ella ni su hermana cuentan con recursos económicos suficientes, para costear las citas médicas de control, los pañales, las cremas, los jabones, la silla de ruedas eléctrica y el transporte desde la casa hasta el médico, pues ambas son personas adultas mayores, cuya única fuente de ingreso es su trabajo de venta de mercancía que le genera ingresos por valor de un millón de pesos al mes –\$1.000.000–.

Como se expuso en las consideraciones de esta providencia “*La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la E.P.S. o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos*⁶¹. // *Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las E.P.S. o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente*⁶².”. Así las cosas, la entidad accionada no logró desvirtuar la presunción de veracidad de las afirmaciones realizadas por la agente oficiosa, relativas a la ausencia de recursos económicos del

⁶⁰ Expediente T-5.896.052. Cuaderno principal de la demanda, folio 19.

⁶¹ Ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002, T-113 de 2002.

⁶² Al respecto, en la Sentencia T-260 de 2004 se señaló lo siguiente: “*El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen*”.

grupo familiar para costear los insumos médicos (pañales desechables, pañitos húmedos, crema extra humectante, jabón antibacterial).

Sometiendo el caso de objeto de estudio a las reglas establecidas por la Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, para la autorización de prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, en la actualidad Plan de Beneficios, se concluye que:

a. En casos de ser necesario, la falta de los insumos –pañales desechables, pañitos húmedos, crema extra humectante, jabón antibacterial– amenazaría la vulneración de su derecho a la salud.

b. En el Plan de Beneficios no se encuentra un sustituto a las prestaciones referidas.

c. La carencia de recursos económicos para comprar insumos, no fue desvirtuada por parte de la E.P.S.

d. No hay orden médica, ni concepto de médico tratante actualizado, que permita concluir que, al momento de proferir la presente providencia judicial, la accionante requiera de los insumos solicitados. En efecto, en el expediente reposa como prueba varios fragmentos de la historia médica que datan desde el año 2008 hasta el 2011, en los cuales se expone que la agenciada tiene varios problemas de salud “*IDX COXARTROSIS SEVERA, OSTEOPOROSIS SEVERA, RESECCIÓN BILATERAL DE FEMUR PROXIMAL, LESIÓN CIÁTICO PORCIÓN TERONERO DERECHO, HTA, SD DEPRESIVO, TUMOR MALIGNO DEL CUELLO DEL ÚTERO, ANEMIA POST HEMORRÁGICA, EMBOLIA Y TROMBOSIS DE VENAS, CELULITIS EN VARIOS MIEMBROS DE SU CUERPO, GASTRITIS AGUDA Y PIOGENA, ERUPCIÓN CUTÁNEA GENERALIZADA POR LA INGESTA DE MEDICAMENTOS Y OSTEOMELITIS CRÓNICA*”⁶³. Sin embargo, no hay certeza sobre las condiciones de salud de la señora Vallejo Sánchez desde el año 2012 hasta el año 2017.

Así las cosas, no se encuentran suficientes elementos probatorios para autorizar los insumos solicitados, toda vez que no hay certeza sobre su necesidad. Sin embargo, ello no implica la denegación del amparo, sino que el mismo deberá garantizar el diagnóstico, con el propósito de identificar si en la actualidad los insumos requeridos son pertinentes para mitigar el impacto de sus patologías.

⁶³ Expediente T-5.896.052. Cuaderno principal de la demanda, folio 19.

Ahora bien, en caso que el diagnóstico evidencie la necesidad de los insumos solicitados, deberán autorizarse y entregarse los mismos, en un término no mayor a las cuarenta y ocho (48) horas posteriores al concepto médico que así lo acredite.

11.2.2.2 De otra parte, en relación con la exoneración de copagos, es importante tener en cuenta que en la contestación de la acción de tutela, la entidad accionada citó jurisprudencia de la Corte aplicable a los casos de personas que solicitan la exoneración de copagos y al final concluye, sin ningún elemento de juicio que la señora Luz Marina Vallejo Sánchez no cumple con tales presupuestos: *“ha quedado demostrado entonces, que la aquí accionante, no ha demostrado los presupuestos necesarios para acceder a la exoneración de cuotas moderadoras, o tan siquiera sumariamente haber demostrado que la realización de dichos cobros le está impidiendo el acceso a los servicios requeridos por la agenciada. Todo lo contrario, como ya ha quedado visto, E.P.S. Sanitas S.A. ha autorizado todos los servicios que ha requerido la señora.”*⁶⁴.

Para la Sala es evidente que la conclusión no se deriva de la premisa expuesta por la accionada, pues nada tiene que ver que se hayan autorizado los servicios por los cuales la accionante ha efectuado cuotas moderadoras, con su falta de capacidad económica y las dificultades que ello implica para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Sin embargo, en el escrito de tutela no se presentan argumentos que demuestren la dificultad insalvable para pagar copagos y cuotas moderadoras, en el asunto de la referencia. Es pertinente diferenciar entre la falta de recursos económicos para comprar los insumos solicitados y, algo muy diferente, la imposibilidad para contribuir solidariamente con el sistema de salud, con el propósito de garantizar la prestación de ese derecho a quienes dependen del mismo.

Además, la imposibilidad de efectuar los respectivos copagos no se predica sobre un valor específico, producto de una prestación determinada, sino que la solicitud se hace de manera genérica, por lo cual no puede precisarse si resulta desproporcionado que la persona efectúe la respectiva erogación económica. Por tal razón se negará lo relativo a tal pretensión.

Ello no obsta, para que en caso de un determinado copago resulte una barrera para el acceso al servicio de salud, la accionante lo ponga en

⁶⁴ *Ibíd.* Folio 43.

conocimiento de la E.P.S., la cual deberá estudiar la situación en concreto, con el propósito de estudiar la exoneración de tal obligación.

11.2.2.3 De otra parte, frente a la pretensión del transporte hay que tener en cuenta los precisos términos en los que la agente oficiosa formula su pretensión: *“la exoneren [a su hermana] de copagos ya que queda muy difícil estar pagándolos en cada cita que tiene debido a la capacidad económica de las dos, del igual manera el transporte ya que es muy difícil trasladar a mi hermana a la ciudad de Cali o bien sea aquí en Palmira.”*⁶⁵.

Teniendo en cuenta que la accionante vive en Palmira y algunos controles médicos le deben ser practicados en la ciudad de Cali, no hay discusión sobre el pago del mismo por parte de Sanitas E.P.S. teniendo en cuenta que tal prestación se encuentra incluida en el Plan de Beneficios. De otra parte, sobre aquello no cubierto por el referido plan, esto es, los servicios de transporte intraurbanos, debe darse aplicación a las reglas establecidas en la sentencia T-022 de 2011 *“(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona, (ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”*⁶⁶.

Como se expuso, el Estado comparecerá para cumplir su obligación constitucional de prestar el servicio de salud a los ciudadanos, ya sea por medio del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– cuando se trata de un usuario del régimen contributivo, o bien, por medio de las entidades territoriales, cuando se trata de un paciente del régimen subsidiado. En estos términos y debido a la falta de capacidad económica de la accionante, la Sala ordenará que la E.P.S. accionada preste el servicio de transporte en los casos en que la accionante necesite del mismo para asistir a los controles médicos derivados de sus patologías clínicas.

De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de 4 de agosto de 2016⁶⁷, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira –Valle del Cauca– la cual resolvió *“no tutelar a la señora Luz Marina Vallejo Sánchez, quien actúa por intermedio de su hermana Marleny Vallejo Sanclemente, como agente oficiosa, los derechos*

⁶⁵ Ibíd. Folio 50.

⁶⁶ Sentencia T-022 de 2011.

⁶⁷ Expediente T-5.896.052. Folio 56

*fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas*⁶⁸ y concederá el amparo de su derecho fundamental a la prestación del servicio de salud, en su faceta de integralidad, continuidad y diagnóstico.

7.1.3. Expediente T-5.913.891

Actuando como agente oficioso de Darío Calderón Carvajal, el señor Fabián Alberto Antolínez Flórez presentó acción de tutela contra la Secretaria de Salud Departamental del Caquetá, y Asmet Salud E.P.S.-S, para que las demandadas le hagan entrega de una silla de ruedas, pues debido a las enfermedades que presenta ha perdido la capacidad de moverse de manera autónoma.

Cotejada por la Sala de Revisión la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social –Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, se advierte que el señor Darío Calderón Carvajal se encuentra activo a ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA - ASMET SALUD E.P.S. como afiliado dentro del régimen subsidiado en calidad de cabeza de familia, en la ciudad de Florencia (Caquetá).

Junto con el escrito de tutela, el promotor de la acción aportó copias simples de las cédulas de ciudadanía del señor Darío Calderón Carvajal, con fecha de nacimiento 24 de octubre de 1946, documento mediante el cual se acredita que el agenciado es un adulto mayor.

A la vez, se adjuntó historia clínica del señor Calderón Carvajal en la cual se observa la siguiente anotación: “25/07/2016. *Enfermedad actual: Paciente con cuadro clínico de enfermedad de parkinson avanzado con fluctuaciones motoras al final del levandopa + carbidopa, que no responde al tratamiento con Levadopa + cardivopa y amantidina por tal motivo se adiciona rasagilina x 1 mg el cual debe continuar sin suspensión para su estabilidad, **discapacitado el 100% en silla de ruedas con compromiso de esfínteres, examen neurológico con temblor y rigidez en extremidades restos neurológicos sin cambios.**”⁶⁹.*

En respuesta a la acción de tutela la entidad ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA - ASMET SALUD expuso que al accionante se le han garantizado las atenciones correspondientes para las patologías que padece, pero que en relación con la silla de ruedas solicitada deben ser

⁶⁸ Cuaderno principal de la demanda, folio 62.

⁶⁹ Expediente T-5.913.891. Cuaderno principal de la demanda, folio 13.

los médicos tratantes los que autoricen su entrega, dado que es una tecnología no incluida en el Plan de Beneficios.

Descendiendo al caso en concreto la Sala encuentra satisfechos los requisitos dispuestos por la Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, relativos a la autorización de prestaciones médicas no incluidas en el P.O.S., a saber:

a. La falta de la silla de ruedas se erige como una barrera para el ejercicio del derecho a la vida en condiciones dignas, toda vez que el accionante no puede moverse de manera autónoma. Incluso, ante la restricción funcional que su estado de salud le genera, tiene que permanecer en cama hasta que otras personas tengan la voluntad de ayudarlo a desplazarse.

b. No hay otro elemento en el Plan de Beneficios que pueda sustituirla.

c. El señor Calderón Carvajal no tiene recursos económicos suficientes para costear la silla de ruedas. Tal afirmación se efectuó en el escrito de tutela y no fue desvirtuada por la E.P.S. además de conformidad con la base datos del Fosyga es padre cabeza de familia del régimen contributivo, por lo cual se presume que es una persona de escasos recursos económicos.

d. Por último aunque la silla de ruedas no haya sido prescrita por medio de fórmula médica, es claro que es necesaria, tal como puede verse en la historia médica en la cual se puede observar que el accionante presenta una discapacidad del 100% y que debe moverse por medio de ese elemento.

Así las cosas, se encuentran acreditados los requisitos establecidos por la jurisprudencia para autorizar la entrega de la silla de ruedas requerida. De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la sentencia del 29 de agosto de 2016, proferida por Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia –Caquetá–.

10. Síntesis de la decisión

En la presente oportunidad la Corte ha examinado tres casos de pacientes de la tercera edad aquejados por distintas patologías físicas y mentales que les ocasionan dificultad para controlar esfínteres, así como limitaciones para desplegar actividades vitales como su desplazamiento, por lo cual encuentran gravemente comprometidos sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas. Por tanto, solicitan al juez de tutela que ordene a las entidades promotoras de salud

a las cuales se encuentran afiliados que les suministren una serie de insumos y servicios, algunos incluidos y otros excluidos del plan de beneficios, que requieren para un adecuado tratamiento de sus particulares condiciones de salud.

Para abordar las controversias planteadas por los accionantes, la Sala Octava de Revisión analizó las reglas jurisprudenciales decantadas por la Corte Constitucional en torno a la entrega de prestaciones excluidas o no incluidas en el Plan de Beneficios, a fin de precisar si en cada uno de los casos sometidos a revisión se reunían las condiciones necesarias para ordenar que las mismas fueran suministradas por parte de las E.P.S. accionadas.

Para tal efecto, se reafirmó el reiterado sentido de los pronunciamientos de este Tribunal en cuanto a que las principales circunstancias que debe atender el juez de tutela, previo a emitir una orden de suministrar prestaciones excluidas del P.O.S. consisten en: (i) que la falta del servicio, intervención o insumo reclamado ponga en riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, (ii) que el servicio, intervención o insumo solicitado carezca de un sustituto efectivo dentro del P.O.S., (iii) que exista un concepto médico que determine la pertinencia del insumo, intervención o servicio deprecado, o que la situación del paciente torne evidente la necesidad del mismo, y (iv) que se constate que el solicitante carece de recursos para solventar el servicio, intervención o insumo requerido.

Asimismo, se examinaron las pautas trazadas por el ordenamiento y el precedente para establecer si las entidades que componen el extremo pasivo están llamadas a proporcionar los insumos y/o servicios comprendidos dentro del P.O.S. que fueron reclamados por los actores para paliar las secuelas de sus respectivas afecciones, atendiendo a las puntuales necesidades de cada usuario del sistema de seguridad social en salud.

Una vez establecido el marco normativo y jurisprudencial para esclarecer el interrogante constitucional formulado, con fundamento en la caracterización de cada uno de los pacientes que ofrecen los elementos de convicción allegados a los expedientes de tutela, y con apoyo en los conceptos médicos decretados en sede de revisión, se constató caso por caso que la negativa de las E.P.S. demandadas a entregar los insumos y/o servicios solicitados –tales como pañales, paños húmedos, cremas antiescaras y antipañalitis, sillas de ruedas, así como servicios de transporte– es una conducta que hace nugatorios los derechos de los accionantes a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones

dignas, lo cual agudiza la situación de vulnerabilidad en que se hallan, no solo a causa de las enfermedades físicas y mentales que padecen, sino también por su condición de adultos mayores.

A partir de los anteriores hallazgos, la Sala concluye que es preciso revocar las decisiones objeto de revisión, en cuanto denegaron el amparo de la protección implorada por los tutelantes a través de sus agentes oficiosos; y, en su lugar, garantizar a dichos sujetos en situación de debilidad manifiesta la salvaguardia que la Carta les defiere, por medio de órdenes concretas que induzcan a las entidades a materializar los mandatos superiores en la función de prestación del servicio de salud.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de 4 de agosto de 2016, por la cual el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali –Valle del Cauca– confirmó la sentencia de 23 de junio de 2016 que negó la acción de tutela promovida por el señor Alonso Ossa Valencia, como agente oficioso de la ciudadana Julialba Ossa de Gómez, contra Comfenalco Valle E.P.S. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la agenciada, dentro del expediente T-5.896.052. En virtud de tal decisión también se resuelve:

A. ORDENAR a Comfenalco Valle E.P.S. que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y entregue a la ciudadana Julialba Ossa de Gómez los pañales para adulto que solicitó por medio de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con la prescripción médica que sirvió como fundamento para que esta Sala de revisión concediera el amparo reclamado.

B. RECONOCER que Comfenalco Valle E.P.S. tiene derecho a recobrar ante el FOSYGA las sumas de dinero en las que incurra en cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia, siempre y cuando sean prestaciones que no estén incluidas en la unidad de pago por capitación respectiva.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de 4 de agosto de 2016, por la cual el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira –Valle del Cauca– negó la acción de tutela promovida por la ciudadana Marleny Vallejo Sanclemente, como agente oficiosa de la señora Luz Marina Vallejo Sánchez, contra Sanitas E.P.S. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la tutelante, dentro del expediente T-5.217.850. En virtud de tal decisión también se resuelve:

A. ORDENAR a Sanitas E.P.S. que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, asigne una cita médica a la ciudadana Luz Marina Vallejo Sánchez, en la cual se efectúe una valoración completa sobre su estado de salud.

Así mismo, a partir de su diagnóstico, deberá autorizar de manera inmediata el suministro de insumos –pañales, paños húmedos, cremas, jabones–, medicamentos, prácticas de rehabilitación, realización de exámenes de diagnóstico y silla de ruedas (mecánica o eléctrica, dependiendo de la necesidad que evidencie el médico tratante), así como todo otro componente que se considere pertinente para el restablecimiento de su salud o para mitigar el efecto de sus enfermedades.

B. ORDENAR a Sanitas E.P.S. que en adelante preste el servicio de transporte intraurbano a la ciudadana Luz Marina Vallejo Sánchez, para asistir a los respectivos controles médicos, para el tratamiento de sus enfermedades.

C. ADVERTIR a Sanitas E.P.S. que debe prestar el servicio de transporte intermunicipal a la ciudadana Luz Marina Vallejo Sánchez, cuando haya necesidad de desplazarse fuera del municipio donde reside, para el tratamiento de su enfermedad.

D. RECONOCER que Sanitas E.P.S. tiene derecho a recobrar ante el FOSYGA las sumas de dinero en las que incurra en cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia, siempre y cuando sean prestaciones que no estén incluidas en la unidad de pago por capitación respectiva.

E. NEGAR la pretensión relativa a la exoneración de copagos, estrictamente por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- REVOCAR la sentencia 29 de agosto de 2016, por la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia –Caquetá–, negó la acción de tutela promovida por Fabián Alberto Antolínez Flórez como agente oficioso del señor Darío Calderón Carvajal, contra Secretaria de Salud Departamental del Caquetá y Asmet Salud E.P.S.-S. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas del agenciado, dentro del expediente T-5.913.891. En virtud de tal decisión también se resuelve:

A. ORDENAR a Asmet Salud E.P.S.-S que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, haga entrega de una silla de ruedas al ciudadano Darío Calderón Carvajal.

B. RECONOCER que Asmet Salud E.P.S.-S tiene derecho a recobrar ante la Secretaria de Salud Departamental del Caquetá las sumas de dinero en las que incurra en cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia, siempre y cuando sean prestaciones que no estén incluidas en la unidad de pago por capitación respectiva.

Cuarto.- Por la Secretaría de la Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS
Magistrado (e)

HERNÁN CORREA CARDOZO
Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General