Sentencia T-742/17

Referencia: Expediente T-6327548

Acción de tutela instaurada por *Demetra*[1] en calidad de representante legal de su hijo menor de edad contra CAPRESOCA EPS.

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

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

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

SENTENCIA

En el trámite de la revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal, que resolvió en única instancia, la acción de tutela promovida por *Demetra*.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por ese despacho judicial, según lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 14 de septiembre de 2017, la Sala de Selección de Tutelas número 9 de esta Corporación lo escogió para su revisión.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos relevantes de la acción de tutela interpuesta

[1] En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, se suprimirá de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre del niño y el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas involucradas en el expediente de la referencia, se han cambiado los nombres reales del menor de edad y de sus familiares por unos ficticios.

1. El menor de edad *Apolo*, nació el 17 de junio de 2005 y tiene 12 años de edad[2], es beneficiario del Régimen Subsidiado en Salud, está afiliado a CAPRESOCA EPS y fue diagnosticado con parálisis cerebral espástica con secuelas de encefalitis viral[3]. Según su historia clínica presenta limitaciones físicas que generan una dependencia importante, pues no puede caminar, hablar, comer, ni controlar esfínteres[4].

2. Su madre afirma que se vio en la obligación de renunciar a su trabajo para dedicarse tiempo completo al cuidado que requiere su hijo y trasladarse a otras ciudades con él, para que sea tratado por profesionales de la salud especializados en el tratamiento de la enfermedad que padece, así como para la práctica de los exámenes y terapias correspondientes. Por lo anterior, la accionante aseveró que carece de los recursos económicos necesarios para contratar a alguien que la asista en el cuidado del menor de edad.

3. El 10 de noviembre de 2016, como resultado de la valoración médica practicada en el Hospital de Yopal E.S.E., el galeno que atendió al niño ordenó la entrega y práctica de los siguientes insumos y servicios: (i) 180 pañales para un periodo de tres meses; (ii) tres paquetes de pañitos húmedos para un periodo de tres meses; (iii) 16 unidades de suplemento vitamínico de 400 gramos para tres meses; (iv) cita con dermatología, y (v) terapias física, ocupacional y de lenguaje[5].

4. Por medio de acta número 1203-22[6], el comité técnico-científico de CAPRESOCA EPS dio su concepto favorable para la entrega del suplemento vitamínico, con el fin de que la Secretaría Departamental de Salud del Casanare, en su calidad de asegurador de los insumos, procedimientos y servicios no contemplados en el POS, emitiera la respectiva autorización de servicios. Por el contrario, respecto de los pañales y pañitos húmedos ordenados, por medio de actas 1203-23 y 1203-24[7], el referido comité negó su entrega en razón a que se trata de insumos no cubiertos por el plan de beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). En cuanto a las terapias ordenadas, se autorizaron el 30 de noviembre de 2016, para que fueran practicadas en el mes de diciembre de ese mismo año.

5. Con base en estos hechos, el 15 de mayo de 2017 la actora interpuso acción de tutela contra la entidad accionada por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo menor de edad, generada por la negativa de autorizar servicios e insumos para el tratamiento y cuidado de la patología que lo aqueja.

---

[2] Copia de la tarjeta de identidad. Cuaderno I, folio 25.
[3] Historia clínica del 10 de noviembre de 2016. Cuaderno I, folio 5.
[4] Historia clínica del 11 de julio de 2016. Cuaderno I, folio 19.
[5] Cuaderno I, folio 5.
[6] Cuaderno I, folio 11.
[7] Cuaderno I, folios 8 y 18.

La tutelante solicitó que se ordenara a la EPS demandada (i) suministrar los servicios e insumos que fueron negados; (ii) autorizar todos los exámenes, citas de control, procedimientos médico quirúrgicos y en general todos los servicios de salud presentes y futuros que requiera el niño; (iii) cubrir los gastos de transporte, hospedaje y alimentación que se generen como consecuencia de los desplazamientos de la demandante y su hijo para el tratamiento de su enfermedad.

B. Actuación procesal y respuesta de la entidad accionada

Mediante auto del 16 de mayo de 2017[8], el Juzgado Primero Administrativo de Yopal, admitió la acción de tutela y, ordenó notificar a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela.

Respuesta de CAPRESOCA EPS[9]

1.Por medio de escrito presentado el día 18 de mayo de 2017 en medio magnético, la entidad accionada contestó la acción de tutela de la siguiente manera:

i) El hecho de que la EPS haya negado el suministro de los insumos no previstos en el plan de beneficios, no significa que haya vulnerado los derechos fundamentales del menor de edad, toda vez que la Secretaría Departamental de Salud es quien debe suministrar dichos elementos.

ii) Afirmó que no le consta cuál es la situación socio económica de la actora; sin embargo, estima que en virtud del principio de solidaridad, le corresponde a los padres del niño asumir los gastos relacionados con la compra de pañales y pañitos húmedos.

iii) Relató que las terapias ordenadas por el médico tratante del menor de edad para un periodo de tres meses, fueron concedidas mediante autorización de servicios número 888646 del 30 de noviembre de 2016 y que las mismas fueron practicadas por la IPS Servicio en Salud en el domicilio del niño. Indicó que estas se realizaron únicamente en el mes de diciembre de 2016, en razón a que la madre no se acercó nuevamente a la EPS para solicitar las autorizaciones de las terapias para los meses de enero y febrero de 2017. Agregó que la accionante solo se acercó hasta el 10 de mayo de 2017 a la entidad para solicitar una autorización para control por pediatría.

iv) Sostuvo que no es cierto que la actora y su hijo deban trasladarse fuera del departamento para que se le presten los servicios de salud, pues la EPS cuenta con una amplia red de prestadores dentro del mismo, con el fin de que sus usuarios no tengan que movilizarse a lugares diferentes a su domicilio.

---

[8] Auto admisorio. Cuaderno I, folio 28.
[9] Respuesta de CAPRESOCA EPS. Cuaderno I, folios 31-32.

v) En relación con la solicitud de transporte, hospedaje y alimentación para el menor de edad y un acompañante, la entidad demandada indicó que ésta no procede por los siguientes motivos:

a. En cuanto a la petición de transporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 127 de la Resolución 6408 de 2016[10] proferida por el Ministerio de Salud, el municipio donde reside el niño no se encuentra reconocido como una zona de dispersión geográfica, y por ello no es posible concederle dicho beneficio.

b. Respecto del hospedaje y alimentación, la EPS sostuvo que estos servicios no son prestaciones cubiertas por el Plan de Beneficios en razón a que no son considerados servicios de salud. En esa medida, le corresponde a los familiares asumir dichos gastos en virtud del principio de solidaridad.

vi) En cuanto a la petición consistente en brindar tratamiento integral, adujo que ha prestado todos los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes y se encuentra en plena disposición de continuar garantizándolos en los términos de la Resolución 6408 de 2016.

Concluyó su intervención con la solicitud de declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por la inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados. Subsidiariamente, pidió que en caso que se amparen los derechos fundamentales del menor de edad, se autorice a CAPRESOCA EPS a recobrar ante la Secretaría de Salud del Departamento del Casanare la totalidad de los valores en que deba incurrir para el suministro de los insumos no previstos en el plan de beneficios en cumplimiento del fallo de tutela.

C. Decisión de única instancia[11]

Por medio de sentencia del 30 de mayo de 2017, el Juzgado Primero Administrativo de Yopal negó el amparo solicitado por la agente oficiosa en favor de su hijo *Apolo*. El despacho consideró que en este caso no se vulneraron los derechos fundamentales del niño por las siguientes razones:

i) No hay evidencias que demuestren que la entidad accionada negó la prestación de servicios o el suministro de medicamentos distintos a los que fueron ordenados por el médico tratante el 10 de noviembre de 2016;

ii) No se advierte la necesidad del desplazamiento de la demandante y su hijo a un lugar fuera del de su domicilio y que implique gastos de traslado y hospedaje;

---

[10] Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación.
[11] Fallo de primera instancia. Cuaderno I, folios 34-39.

iii) No se probó que la situación socio económica de la actora fuera precaria, y en esa medida que no pudiera sufragar los costos de los insumos no incluidos en el plan de beneficios;

iv) En la medida que el sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado provee todas las prestaciones a los usuarios sin que éstos efectúen cotizaciones, justifica que el suministro de los insumos no contemplados en el plan de beneficios y que no tengan relación directa con el tratamiento médico y posterior rehabilitación estén a cargo del afiliado antes que de los entes territoriales y las entidades promotoras de salud.

D. Actuaciones en sede de revisión

1. Por medio del Auto número 524 de 2017, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, profirió una medida provisional de protección en favor del menor de edad, al considerar que de los hechos acreditados y la evidencia aportada en el expediente de la referencia, existían serios indicios que permitían inferir razonablemente la amenaza de un daño irreparable de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la vida digna del niño *Apolo*.

En este orden de ideas, se le ordenó a la entidad accionada el despliegue de las siguientes actuaciones:

i) Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del auto, ordenar y realizar la valoración médica integral, especializada e interdisciplinaria del niño *Apolo*, para establecer su actual condición clínica en relación con la patología que lo aqueja.

ii) Una vez realizada la valoración médica indicada previamente y de generar órdenes de cirugías y de entrega de insumos o suministros al paciente, proceder de la siguiente manera: si se trata de tratamientos paliativos realizará su aprobación, pago anticipado y agendamiento por periodo de tiempo que considere adecuado el médico tratante dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de la orden médica. Si el médico ordena la entrega de insumos o suministros, estos deberán entregarse al paciente dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de la orden médica.

iii) Vencidos los términos previstos en los numerales anteriores, la EPS accionada debía presentar a esta Sala de Revisión, un informe detallado de las actuaciones realizadas, de las gestiones administrativas, de los procedimientos médicos ordenados y realizados, así como los insumos y suministros entregados al paciente.

Adicionalmente se ofició a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social, y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañaran el cumplimiento del auto y el desarrollo de este proceso.

2. La Superintendencia Nacional de Salud informó que a través de oficio número NURC-2-2017-114549 del 2 de noviembre de 2017, requirió a la entidad demandada para que informara sobre el cumplimiento del Auto número 524 de ese mismo año[12].

3. A su turno, por medio de comunicación número 110.01.3784[13] CAPRESOCA EPS informó que en cumplimiento del Auto número 524 de 2017, autorizó una cita por medicina general en la IPS SALUD YOPAL E.S.E. para el 8 de noviembre de 2017, y una valoración con la especialidad de Pediatría en la IPS Sociedad Clínica Casanare Ltda. para ese mismo día.

Así mismo, presentó un informe en el que da cuenta de los servicios de salud que autorizó con posterioridad al fallo de única instancia proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal. Entre estos servicios, se destaca que la EPS autorizó la práctica de terapias domiciliarias (fisioterapia, fonoaudiología, ocupacional), citas de control con diferentes especialistas (nutrición y dietética, neurología y pediatría), así como el suministro de distintos insumos y medicamentos.

4. Mediante auto del 14 de noviembre de 2017, la Magistrada sustanciadora ofició a la demandante para que informara sobre la situación socio económica actual del grupo familiar, pues con el escrito de tutela no se aportó ningún elemento que permitiera esclarecer esta circunstancia. Además, teniendo en cuenta que la actora solicitó a la entidad accionada cubrir los gastos de transporte, hospedaje y alimentación que se generaran como consecuencia de los desplazamientos de la demandante y su hijo, y que la entidad demandada indicó que las terapias fueron practicadas por la IPS Servicio en Salud en el domicilio del niño, se le requirió para que allegara pruebas que permitieran establecer la necesidad de los referidos traslados.

Así mismo, la Magistrada sustanciadora vinculó a la Secretaría Departamental de Salud para que, en su calidad de asegurador del régimen subsidiado en salud, se pronunciara sobre los hechos del caso objeto de estudio e informara al despacho si ha suministrado insumos para el cuidado de la patología que aqueja al menor de edad *Apolo*.

---

[12] Escrito radicado por la Superintendencia Nacional de Salud el 8 de noviembre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación. Cuaderno Corte Constitucional, folios 34-37.

[13] Escrito radicado por CAPRESOCA EPS el 8 de noviembre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación. Corte Constitucional, folios 38-55.

Adicionalmente, se suspendieron los términos para fallar el presente asunto, mientras se recaudaba y analizaba la información solicitada en esa providencia.

Vencido el término para responder, las partes guardaron silencio.

5. Con el fin de determinar el estado actual de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y de vinculación a los programas de asistencia social de la accionante y su hijo, en consulta realizada el 4 de diciembre de 2017 en el registro único de afiliados -RUAF-, la Sala de Revisión constató que éstos (a) pertenecen al régimen subsidiado en salud; (b) no registran afiliaciones a los sistemas de seguridad social en pensiones o riesgos laborales; (c) estuvieron vinculados hasta 2015 a programas de asistencia social dirigidos a población vulnerable ofrecidos por el Estado (i.e. familias en acción).

Adicionalmente, en razón a que se advirtió que la accionante y el menor de edad se encuentran afiliados al régimen subsidiado, en consulta realizada el 5 de diciembre de 2017 en la Base Certificada Nacional del Sisbén, se comprobó que de acuerdo al puntaje asignado en esta encuesta, ambos se encuentran en Nivel I, es decir, entre la población más vulnerable.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

2. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la demandante interpuso acción de tutela contra CAPRESOCA EPS, al considerar que dicha entidad transgredió los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo menor de edad, generada por la negativa de autorizar servicios e insumos no previstos en el plan de beneficios para el tratamiento y cuidado de la patología que lo aqueja.

3. El Juzgado Primero Administrativo de Yopal negó el amparo al considerar que en este caso no se vulneraron los derechos fundamentales del niño, pues no había evidencia que acreditara la negación de servicios o el suministro de medicamentos distintos a los que fueron ordenados por el médico tratante el 10 de noviembre de 2016. Adicionalmente, estimó que no se probó la necesidad del desplazamiento de la demandante y su hijo a un lugar fuera de su domicilio, ni tampoco que su situación socio económica le impidiera

sufragar los costos de los insumos no incluidos en el plan de beneficios. El fallo no fue impugnado por las partes.

Problemas jurídicos

4. Las situaciones fácticas planteadas exigen a la Sala determinar si procede la tutela para controvertir la decisión de una entidad prestadora del servicio de salud de no autorizar la práctica y/o suministro de procedimientos, elementos o insumos no previstos en el plan de beneficios.

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

¿Una entidad prestadora del servicio de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de un niño al que le ha sido diagnosticada parálisis cerebral, cuando no autoriza la práctica o el suministro de procedimientos, elementos o insumos excluidos del plan beneficios?

5. Para resolver estos interrogantes, la Corte iniciará sus consideraciones con el examen de procedencia de la acción de tutela en el caso objeto de análisis. En caso de ser procedente, la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) contenido y alcance del derecho a la salud; (ii) la acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el plan de beneficios; (iii) el procedimiento para el suministro de pañales desechables y pañitos húmedos según la Resolución 3951 de 2016, y (iv) el alcance del principio de solidaridad frente a sujetos de especial protección constitucional. Posteriormente, con base en dichos presupuestos, se resolverá el caso concreto.

Examen de procedencia de las acciones de tutela

- **Legitimación por activa**

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

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

En este caso, la señora *Demetra* manifiesta expresamente que presenta la acción en representación de su hijo. Así mismo, de las pruebas aportadas por

ambas partes se advierte que en todas las diligencias administrativas y judiciales desplegadas hasta el momento ella actúa como representante del menor de edad, hecho que no ha sido desvirtuado por la entidad accionada. Por lo tanto, se concluye que ella está legitimada para interponer la tutela con el fin de que se protejan los derechos del niño.

- **Legitimación por pasiva**

7. La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.[14]

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares. En los casos objeto de estudio se advierte que la accionada es una entidad prestadora del servicio público de salud, motivo por el cual está legitimada por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 superior y 42 del Decreto 2591 de 1991[15].

- **Subsidiariedad e inmediatez[16]**

8. Para determinar la procedencia de la acción de tutela se debe analizar el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. De una parte, el requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la violación de los derechos fundamentales invocados, con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica[17].

9. En el caso bajo estudio, la Sala encuentra que se cumple el **requisito de inmediatez**, en la medida en que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. En particular, se advierte que transcurrieron seis meses desde que se emitieron las actas del comité técnico científico que negaron los

---

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

[15] Decreto 2591 de 1991. Artículo 42: *"Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:*
(…)
2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía."

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

[17] Ver Sentencias T-730 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 678 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

insumos no contemplados en el plan obligatorio hasta la presentación del recurso de amparo.

10. Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable[18]. En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

(i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable[19], caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal[20].

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

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que éste se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones[21].

---

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

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

[20] Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

11. En vista de que en este caso se controvierte la autorización de entrega de elementos o insumos no contemplados en el plan de beneficios, es preciso analizar si el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es un medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

12. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[22], cuando se presenten discrepancias entre usuarios y entidades prestadores de salud originadas en solicitudes dirigidas a obtener el suministro de procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del POS, la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 -artículo 126[23]- amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó la resolución de controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre

---

[22] Ley 1122 de 2007. Artículo 41. *Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. "Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud".*

[23] Ley 1438 de 2011. Artículo 126. *"Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: "e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".*
Modificar el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:
"La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

entidades del sistema y (iii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. La normativa mencionada modificó el trámite del mecanismo y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario.

13. Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de dichas atribuciones. En particular, la **sentencia C-119 de 2008**[24] estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, *"(…) en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es* ***residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente****."* (Negrillas fuera del texto).

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

14. Tras la modificación del procedimiento que realizó la Ley 1438 de 2011 y la ampliación de las competencias a cargo de la Superintendencia de Salud, este Tribunal exaltó, además de la prevalencia, la idoneidad del mecanismo[25]. Así, la Corte ha establecido que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es la vía ordinaria, principal y prevalente para el restablecimiento de los derechos y la solución de las controversias que surgen respecto del aseguramiento y prestación de los servicios en el sistema de seguridad social en salud.

No obstante, en múltiples oportunidades[26] la Corte ha tenido por cumplido el requisito de subsidiariedad, a pesar de que no se haya acudido preliminarmente a la vía judicial ordinaria, cuando ha advertido en el caso concreto la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los

---

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

[25] Ver sentencias T-825 y T-914 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

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

derechos, que el mecanismo ordinario no resulta idóneo y por ende la tutela procede como medio principal de protección.

15. La Sala observa que en el caso objeto de estudio existe una controversia en torno a la entrega de insumos no contemplados en el plan de beneficios que podría ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con la competencia asignada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. No obstante lo anterior, si bien en principio el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud es un medio idóneo, se advierte que en el expediente de la referencia, se ven involucrados los derechos de un niño que padece delicados quebrantos de salud y que se encuentra ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable a causa de la dificultad para acceder a los insumos dirigidos a llevar una vida en condiciones dignas.

En este orden de ideas, es claro que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, lo cual evidencia una situación de vulnerabilidad que hace necesaria la intervención del juez constitucional.

Por consiguiente, la Sala considera que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud no resulta eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos del menor *Apolo*.

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

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia[27]

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

En numerosas oportunidades[28] y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, **su carácter de servicio público**. En cuanto a ésta última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna,

[27] La Sala tomará como parámetro de referencia lo consignado en las sentencias T-562 de 2014, T-925 de 2014 T-955 de 2014 y T-098 de 2016, en lo relacionado con las características generales del derecho a la salud.
[28] Ver, entre otras, las sentencias T-760 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-126 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-593 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que éste derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial[29] y legislativo[30], cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la **sentencia T-760 de 2008** se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

17. En aras de garantizar el derecho a la salud, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado[31].

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015[32], cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención, controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos, asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia, y adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores[33].

---

[29] Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[30] Ver Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.
[31] Ley 1751 de 2015. Artículo 2º.
[32] Cfr. Ley 1751 de 2015. *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".* Artículo 5.
[33] Ver sentencia T-760 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos[34].

La jurisprudencia constitucional[35] ha reconocido que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

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

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población[36];

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida[37];

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance

[34] Ibíd.
[35] Ver, entre otras, sentencias T-737 de 2013. M. P. Alberto Rojas Ríos; C-313 de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-754 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[36] Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; T-234 de 2013. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-384 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; y T-361 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[37] Ver, entre otras, sentencias T-468 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-563 de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo; y T-318 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información. [38]

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios[39].

19. Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[40].

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

20. En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios), esta Corporación ha precisado[41] que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

21. Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del sistema de seguridad social se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el POS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del POS, en la

---

[38] Ver, entre otras sentencias T-447 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa; T-076 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-455 de 2015. M. P. M. P. Myriam Ávila Roldán.
[39] Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; T-745 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-200 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos; y T-519 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[40] Ver, ente otras, sentencias T-612 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-499 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos; y T-126 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[41] Ver, entre otras, sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

medida en que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

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

Por lo anterior, como lo resaltó la **sentencia T-017 de 2013**[42], de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del POS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

23. Para facilitar la labor de los jueces, la **sentencia T-760 de 2008**[43], resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos no previstos en el POS con el fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran las siguientes condiciones:

> *"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".*

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

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del POS, continuarán por fuera de éste y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente

---

[42] Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[43] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

24. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el POS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece[44].

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

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte[45], sino que su protección exige además asegurar una calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

26. En torno a la segunda *subregla*, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte[46] que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS[47].

---

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

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

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

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

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

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

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

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

28. Finalmente, en torno a la cuarta *subregla*, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA-, sólo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad, no puedan costear los asociados. Así, en estos casos se deben analizar las condiciones socio económicas específicas en las que el interesado se encuentre y las obligaciones que sobre él recaigan, con el fin de determinar si el costo del servicio "*afect[a] desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona"*[48].

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

Procedimiento para el suministro de pañales desechables y pañitos húmedos según la Resolución 3951 de 2016

29. Según la más reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud[49], los pañales desechables no están incluidos dentro de aquellos insumos que son

[48] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[49] Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Sin embargo, este elemento no ha sido excluido expresamente del plan de beneficios en salud, pues según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías que se enmarquen dentro de alguna de las categorías o criterios establecidos en esa misma disposición, deberán ser apartados de la cobertura del plan de beneficios[50], lo cual no ha ocurrido hasta el momento con los pañitos húmedos y los pañales desechables.

30. Este tipo de insumos es lo que la Ley ha denominado servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios en Salud[51]. Según el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la prescripción de este tipo de insumos debe hacerse conforme a las siguientes reglas:

> *"Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación:*
>
> *1. La prescripción que realice el profesional de la salud de estos servicios o tecnologías, se hará únicamente a través del aplicativo de que trata este acto administrativo.*
>
> *2. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), una vez cuenten con el concepto de la Junta de Profesionales de la Salud, deberán registrar la decisión en dicho aplicativo, en el módulo dispuesto para tal fin.*

---

[50] Ley 1751 de 2015, artículo 16: *"El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.*
En todo caso, ***los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:***
a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
e) Que se encuentren en fase de experimentación;
f) Que tengan que ser prestados en el exterior.
Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente*. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad."*

[51] Mediante la Resolución 3951 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció un nuevo procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC . Según esta regulación, se entiende por servicios o tecnologías complementarias, aquellas *"(…)que si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad."*

3. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, la solicitud de concepto se realizará al interior de la misma.

4. Cuando la prescripción de servicios o tecnologías complementarios se realice por un profesional de una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no cuente con Juntas de Profesionales de la Salud, o por un profesional habilitado como prestador de servicios independiente, deberá dar aplicación a lo dispuesto en la presente resolución y la entidad encargada del afiliado solicitará el concepto de una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores."

31. Este nuevo procedimiento de prescripción de servicios o tecnologías complementarias busca evitar que se trasladen a los usuarios las demoras en el suministro de estos insumos, pues a diferencia del procedimiento anterior, primero se ordena la entrega del insumo a través del aplicativo virtual creado para tal efecto ("MIPRES"), y con posterioridad se realiza el recobro a que haya lugar.

En este orden de ideas, bajo el nuevo esquema de entrega de pañales desechables, *"(...) los insumos de aseo e higiene, al no estar expresamente excluidos bajo las garantías del procedimiento establecido por la ley, podrían ser suministrados por una entidad EPS o IPS con cargo a los recursos públicos previstos para servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios de Salud, siempre que el profesional de la salud o la junta de profesionales de la salud prevista en la ley pudiera justificar técnicamente la decisión adoptada de forma coherente con el diagnóstico clínico."*[52]

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

32. En virtud de los artículos 5º, 42 y 95 -numeral segundo- Superiores, toda persona está obligada a obrar conforme al principio de solidaridad social, el cual ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *"(...) un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo."*[53]

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

[52] Sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
[53] Sentencia C-503 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

fundamental de la sociedad, está llamada a cumplir dicho deber en concurrencia con el Estado.

33. En materia de salud, la Corte ha determinado que la responsabilidad de proteger y garantizar este derecho, recae principalmente en la familia y en la sociedad, bajo la permanente asistencia del Estado[54]. En este sentido, el vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulando emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar[55]; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento.

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

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

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

Análisis del caso concreto

34. La demandante formuló acción de tutela contra CAPRESOCA EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo menor de edad, generada por la negativa de autorizar servicios e insumos para el tratamiento y cuidado de la patología que lo aqueja. En consecuencia, la actora solicitó que se ordenara a la EPS demandada (i) suministrar los servicios e insumos que fueron negados -i.e. 3 paquetes de pañitos húmedos y 180 pañales desechables para un periodo de tres meses-; (ii) autorizar todos los exámenes, citas de control, procedimientos médico quirúrgicos y en general todos los servicios de salud presentes y futuros que requiera el niño; (iii) cubrir los gastos de transporte, hospedaje y alimentación

[54] Corte Constitucional. T-507 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[55] Corte Constitucional. T-867 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que se generen como consecuencia de los desplazamientos de la demandante y su hijo para el tratamiento de su enfermedad.

35. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, la Sala evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) el menor de edad *Apolo* tiene 12 años de edad; (ii) el niño fue diagnosticado con parálisis cerebral espástica con secuelas de encefalitis viral; (iii) según su historia clínica presenta limitaciones físicas que generan una dependencia importante, pues no puede caminar, hablar, comer, ni controlar esfínteres, y (iv) la madre del niño afirmó que no cuenta con recursos económicos suficientes para asumir los gastos en que debe incurrir para el cuidado del menor de edad, hecho que no fue desvirtuado por ninguna de las entidades demandadas.

36. Al analizar los presupuestos fijados por esta Corporación para determinar si procede el suministro de los elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios como pañales y pañitos húmedos, se advierte que en este caso todos se cumplieron, como se verá a continuación:

i. A partir de las historias clínicas aportadas se evidencia que el menor de edad presenta un delicado estado de salud que genera una dependencia importante.

ii. En atención a los padecimientos del niño, se advierte que requiere del suministro de ciertos insumos no incluidos en el POS que si bien no hacen parte del tratamiento, son necesarios tanto para su pervivencia en condiciones dignas, así como para evitar el desarrollo de nuevas patologías. En efecto, para la entidad accionada el niño requiere de los pañales desechables y pañitos húmedos, tal y como lo manifestó en la contestación de la tutela.

iii. Los referidos insumos no fueron autorizados por la entidad accionada debido a que se trata de elementos excluidos del plan de beneficios. Como se dijo con anterioridad, aunque los pañales desechables y los pañitos húmedos son elementos no incluidos en el plan de beneficios, sobre éstos no se ha surtido el procedimiento técnico-científico y participativo previsto en la Ley 1751 de 2015 que conlleve a su exclusión de dicho plan. En esa medida, no es de recibo el argumento esbozado por la parte accionada para negar el suministro de los referidos insumos.

iv. Existen indicios fiables de que la situación socio económica de la actora y su hijo es precaria, pues (a) pertenecen al régimen subsidiado en salud; (b) no registran afiliaciones a los sistemas de seguridad social en pensiones o riesgos laborales; (c) estuvo vinculada hasta 2015 a programas de asistencia social dirigidos a población vulnerable (i.e. familias en acción), y (d) según su puntaje en la encuesta Sisbén, se encuentran en nivel I, es decir, dentro del grupo más vulnerable de la

> población. En adición a lo anterior, la entidad accionada no demostró que el núcleo familiar estuviera en condiciones de solvencia que les permitiera sufragar los insumos solicitados, sino que se limitó a expresar que no les constaba cuál era su situación socio económica.

37. Por todo lo anterior, la Sala concluye que en este caso se cumplieron todos los requisitos fijados por la jurisprudencia para que proceda el suministro de los insumos no incluidos en el plan de beneficios, y en esa medida, CAPRESOCA EPS vulneró los derechos fundamentales del menor de edad porque además de la existencia de un concepto médico, su enfermedad es un hecho notorio que da cuenta de la necesidad de ciertos insumos con el fin de que pueda llevar su vida en condiciones dignas.

Ahora bien, este Tribunal no puede invadir las competencias propias de los profesionales de la salud al ordenar la entrega de los insumos solicitados en las cuantías específicas requeridas por los accionantes, en razón a que los médicos son quienes tienen la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la cantidad de los referidos elementos. No obstante lo anterior, en este caso se advierte que existe certeza sobre los insumos solicitados, pues estos fueron prescritos por un profesional de la salud mediante orden médica del 10 de noviembre de 2016 (180 pañales desechables y tres paquetes de pañitos húmedos para un periodo de tres meses).

En este orden de ideas, se concederá el amparo y se ordenará la entrega de los insumos prescritos en esa orden médica para los tres meses posteriores a la notificación de esta de esta providencia. Adicionalmente, como quiera que no existe certeza sobre los insumos que requerirá el menor de edad con posterioridad a los tres meses, se ordenará una valoración médica para establecer en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los referidos elementos.

38. En cuanto a la petición consistente en autorizar todos los exámenes, citas de control, procedimientos médico quirúrgicos y en general todos los servicios de salud presentes y futuros que requiera el niño, la Sala considera que no es posible acceder a dicho reclamo pues, el juez de tutela no puede conceder el amparo de derechos fundamentales con base en hechos futuros e inciertos.

39. La Corte tampoco encuentra razones para acceder a la pretensión relacionada con el cubrimiento de todos los gastos de transporte, hospedaje y alimentación que se generen como consecuencia de los desplazamientos de la demandante y su hijo para el tratamiento de su enfermedad. Esta Corporación considera que asiste razón a la entidad demandada sobre este asunto, pues demostró con el historial de autorizaciones aportado que la última cita a la que el menor de edad tuvo que acudir fuera de su domicilio fue en enero de 2010, mientras que la demandante, a pesar de haber sido requerida para que

suministrara información que permitiera establecer la necesidad de estos traslados, guardó silencio.

Conclusiones y decisión a adoptar

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

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

- El derecho a la salud puede tener un espectro de protección más amplio cuando se trate del suministro de medicamentos, tratamientos e insumos no incluidos en el plan de beneficios, cuando de las circunstancias fácticas se advierta notoriamente que éstos son necesarios para garantizar la vida en condiciones de dignidad, como sucede, en algunos casos, con los pañitos húmedos y los pañales desechables, que son insumos no previstos expresamente en el plan de beneficios, pero que no han sido excluidos conforme al procedimiento establecido en la Ley 1751 de 2015 para tal efecto.

- El juez de tutela no puede conceder pretensiones consistentes en conceder el suministro o autorización de todas las prestaciones económicas y asistenciales del sistema de seguridad social en salud "presentes y futuros", pues no procede el amparo de los derechos fundamentales con base en hechos ulteriores e inciertos.

- Cuando se advierta que a una persona se le prestan los servicios de salud en su domicilio, no es procedente que el juez de tutela conceda pretensiones relacionadas con el cubrimiento de gastos de transporte, hospedaje y alimentación.

5. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala **revocará** la sentencia del 30 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal. En su lugar, la Sala **ordenará** a CAPRESOCA EPS (i) que le suministre al menor de edad *Apolo* los insumos prescritos por el médico tratante en la orden médica del 10 de noviembre de 2016, esto es, 180 pañales desechables y tres paquetes de pañitos húmedos para un periodo de tres meses, y (ii) realizar una valoración médica para establecer en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren estos insumos con posterioridad, una vez se agoten aquellos que fueron ordenados el 10 de noviembre de 2016 por el médico tratante.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 30 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal, mediante la cual se negó el amparo solicitado por *Demetra*, en calidad de representante legal de su hijo menor de edad *Apolo*. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor de edad.

SEGUNDO.- ORDENAR a CAPRESOCA EPS que en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, suministre los insumos prescritos por el médico tratante en la orden médica del 10 de noviembre de 2016, esto es, 180 pañales desechables y tres paquetes de pañitos húmedos para un periodo de tres meses. Este periodo se contará a partir de la fecha en que se notifique la presente sentencia a la entidad promotora de salud.

TERCERO.- ORDENAR a CAPRESOCA EPS que en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta providencia, practique una valoración médica al menor de edad *Apolo* para determinar en qué cantidad y con qué periodicidad se requieren los pañales desechables y pañitos húmedos, una vez se agoten aquellos que fueron ordenados el 10 de noviembre de 2016 por el médico tratante.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Ausente con permiso

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General