



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SENTENCIA No. 24/2017

SALA DE DECISIÓN N° 002 CONSTITUCIONAL

SIGCMA

2 CDNO

FLS. 8-15

Cartagena de Indias D.T. y C., Abril veintiséis (26) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-001-2017-00030-01
Demandante	WILFREDO REYES MOTTA EN REPRESENTACIÓN DE NORIS ESQUIVIA ARIZA
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Vulneración de los derechos a la salud, seguridad social y vida digna, por no suministro de insumos ordenados por médico tratante - Inaplicabilidad de régimen pos y no pos con la entrada en vigencia de la ley 1751 de 2015- suministro de paños húmedos.

I. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la IMPUGNACIÓN DE TUTELA² presentada por la parte accionada contra la sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2017³, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados a favor de la señora NORIS ESQUIVIA ARIZA.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor WILFREDO REYES MOTTA⁴, identificado con la C.C. No. 10.531.786 de Popayán, en calidad de agente oficioso de su madre NORIS ESQUIVIA ARIZA, identificada con la C.C. 22.757.918.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la Nueva E.P.S. S.A.

¹ Se advierte que esta Sala de Decisión, está conformada por los Honorables Magistrados Moisés Rodríguez Pérez, Edgar Alexi Vásquez Contreras y Luis Miguel Villalobos Álvarez; sin embargo, debido al uso de incapacidad en que se encuentra el Dr. Edgar Alexi Vásquez Contreras y al permiso otorgado al Dr. Luis Miguel Villalobos Álvarez se procedió a integrar esta Sala de Decisión convocando a los H. Magistrados Roberto Chavarro Colpas y Claudia Patricia Peñuela Arce.

² Fls. 42-45 cdno 1

³ Fls. 29-39 cdno 1

⁴ Fls. 1-15 cdno 1

IV. ANTECEDENTES**4.1. Pretensiones**

WILFREDO REYES MOTTA, solicita se le protejan a su madre, NORIS ESQUIVIA ARIZA, los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y la vida digna; en consecuencia se ordene a la entidad accionada que le entregue a su madre los paños húmedos, cantidad: 7 paquetes por 100 pañitos c/u mensualmente, que ordena el médico tratante en la clínica Linde Remeo, Dr. Germán David Melo, registro médico: 13-10451.

4.2. Hechos⁵

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos, que se compendian así:

Afirma el agente oficioso que, es mesero y trabaja en el Hotel Caribe, pero que lleva más de 2 años incapacitado por psiquiatría y sus quincenas no superan los \$180.000;oo.

Dice que su madre Noris Esquivia Ariza recibe una pensión de la ExxonMobil de \$968.000;oo.

Manifiesta que tiene que pagar a la empleada domestica, entre sueldo y seguridad social la suma de \$770.000;oo; que los servicios públicos superan los \$500.000;oo y que en alimentación son más de \$800.000;oo; Sumándole a ello todos los gastos que conlleva tener un paciente hospitalizado, transportes diarios de ida y vuelta a la clínica.

Señala que no tiene como seguir comprando esos paños húmedos, y que a su madre, por el estado vegetal en que se encuentra, demanda ser aseada sólo con paños húmedos.

Afirma que a su madre, por orden de tutela le entregaron los paños desechables; pero manifiesta que para la entrega de los paños húmedos en la Nueva EPS le manifiestan que debe instaurar la acción de tutela y que sea un juez quien lo autorice, por lo que ni siquiera aceptaron la formula médica para su estudio.

4.3 Contestación de la Nueva EPS⁶

Ángela María Espitia Romero, en su calidad de Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS S.A., rindió informe en los siguientes términos:

"Los pañitos húmedos, no tienen cobertura POS al considerarse elementos diseñados para el aseo personal, y no forman parte de ningún protocolo de

⁵Fl. 2 cdno 1

⁶Fls. 22 – 23 (reverso) cdno 1

SENTENCIA No. 24/2017

tratamiento, sin embargo, su uso y respectiva autorización están sujetos relacionada (sic) con la atención integral que se le brinde a los pacientes dado que las condiciones de salubridad son importante a la hora de evitar complicaciones en salud que puedan empeorar o entorpecer la recuperación de los pacientes.

... No es un simple capricho de nueva eps el no entregar medicamentos o autorizar procedimientos no pos, sino que como somos una entidad promotora de salud vigilada por la superintendencia nacional de salud, debemos cumplir con la normatividad especial que regula este tema.

... Para que un afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tenga derecho a que el Sistema asuma las coberturas económicas de las enfermedades y suministro que requieran es necesario que los mismos estén contemplados dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud POS

*... Adicionalmente la **CORTE CONSTITUCIONAL** ha precisado en reiteradas oportunidades, cuales son los requisitos que se deben tener para efectos de determinar la inaplicación de las normas legales o reglamentarias, que regulan del POS (sic)."*

Concluye solicitando que no se acceda a las pretensiones del accionante, declarando la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho.

V. FALLO IMPUGNADO⁷

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 27 de febrero de 2017, resolvió conceder el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la accionante a la dignidad humana, salud, seguridad social y vida digna, violados por la Nueva EPS; en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la decisión tomada, autorice a la paciente NORIS ESQUIVIA ARIZA el suministro de pañitos húmedos en las cantidades prescritas por su médico tratante.

VI. IMPUGNACIÓN

6.1. NUEVA EPS S.A.⁸

La entidad accionada impugnó el fallo, simplemente reiterando lo consignado en la contestación de la presente tutela, solicitando la revocatoria del fallo judicial, y en su lugar no acceder a las pretensiones del accionante, declarando la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho.

⁷Fls. 29 – 39 cdno 1

⁸Fls. 43 – 45 cdno 1

VII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 08 de marzo de 2017⁹, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 21 de marzo de 2017¹⁰, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el 22 de marzo de 2017¹¹.

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Fotografía de la apariencia física actual de la accionante¹².
- Orden médica solicitando la autorización de la entrega de los pañitos húmedos para limpieza de la zona genital, expedida por el médico Germán David Melo¹³.
- Historia clínica de la accionante¹⁴.
- Recibos de pago de donde labora el hijo (agente oficioso) de la accionante¹⁵.
- Recibos de la consignación de la pensión que recibe la accionante¹⁶.
- Copia de incapacidad médica del hijo (agente oficioso) de la accionante¹⁷.
- Copia de incapacidad medica del hijo (agente oficioso) de la accionante, aparentemente expedida por médico particular¹⁸.

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**9.1. La competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente impugnación, en consideración a lo señalado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

9.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

⁹Fl. 47 cdno 1

¹⁰Fl. 3 cdno 2

¹¹Fls. 4 y 5 cdno 2

¹²Fl. 5 cdno 1

¹³Fl. 6 cdno 1

¹⁴Fls. 7 y 8 cdno 1

¹⁵Fls. 9 y 10 cdno 1

¹⁶Fls. 11-13 cdno 1

¹⁷Fl. 14 cdno 1

¹⁸Fl. 15 cdno 1

¿Vulnera la NUEVA EPS S.A. los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud, seguridad social, igualdad y a la vida digna de la señora NORIS ESQUIVIA ARIZA, al no autorizar la entrega de unos pañitos húmedos, destinados a la limpieza genital de la accionante, los cuales han sido ordenados por su médico tratante, argumentando que estos son elementos de aseo no contemplados en el P.O.S.?

Para abordar el problema planteado, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) El derecho fundamental a la salud; iii) El derecho a la salud y su protección integral en las personas de la tercera edad; iv) Nueva Ley Estatutaria de Salud; v) La jurisprudencia constitucional sobre acceso a medicamentos no cubiertos en el antiguo P.O.S.; vi) Caso concreto

9.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sostendrá que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, ya que, la Nueva EPS S.A., está negando, de manera arbitraria e infundada el suministro de elementos de aseo ordenados por el médico tratante; los cuales son requeridos por la accionante, dado su grave estado de salud, y por tratarse de una persona de la tercera edad, lo que la deja en una posición de debilidad manifiesta.

Aunándole a ello que en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), ya no existe división entre medicamentos pos y no pos, puesto que el mandato del legislador es que ya no debe haber un comité técnico científico (CTC) que autorice los medicamentos, sino que los médicos tratantes tienen la autonomía para emitir las ordenes, las cuales deben ser inmediatamente autorizados por la E.P.S.; circunstancia que le impone a esta judicatura adoptar las medidas tendientes a proteger las garantías fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, de que es titular la accionante, bajo este entendido, y no solo por las razones de la juez A quo, quien fundamentó su decisión en los casos en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional autorizaba la entrega de medicamento no pos.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la

posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución de protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebrantamiento o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2590 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.5. El derecho fundamental a la salud

La Constitución Política, en sus artículos 48 y 49, consagra el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley¹⁹. Así mismo, su prestación debe ser continua²⁰, es decir, de forma ininterrumpida, constante y permanente sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional. Los artículos superiores citados, han sido desarrollados paulatinamente por sendas jurisprudencias de la Corte

¹⁹El artículo 2º de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma como debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

"a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)".

²⁰ Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

SENTENCIA No. 24/2017

Constitucional, en las que se han precisado las pautas de su aplicación, alcance y defensa.

En tal sentido, se destaca la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se analizó los requisitos establecidos -excesos y carencias- en la regulación legal de la prestación del servicio de salud en el país, y en la que se determinó que todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, ante cualquier amenaza o violación, reafirmando la categoría autónoma de fundamental para el derecho a la salud, bajo el siguiente tenor:

"El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."

Con esa perspectiva, por su naturaleza prestacional, la salud es considerada un derecho fundamental²¹ y un servicio público de amplia configuración legal; no obstante, corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. En tal razón la propia Corte Constitucional ha considerado que:

*"En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento

²¹ Con la misma línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en las cuales se ha indicado que esta garantía es de raigambre fundamental, puede consultarse las sentencias T-999/08, T-566/10

o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudir directamente a la tutela para lograr su protección”²².

Ello quiere decir, que procede el amparo en sede de tutela, cuando resulta imperioso, velar por los intereses de cualquier persona, que así lo requiera²³. En ese orden, la materialización del derecho fundamental a la salud, exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana²⁴.

9.6. El derecho a la salud y su protección integral en las personas de la tercera edad

La facultad para demandar judicialmente el suministro de los servicios tendientes a satisfacer la salud es procedente en todos aquellos casos en el que el sujeto especialmente protegido por la Constitución, pueda verse gravemente vulnerado en su dignidad al estar imposibilitado para asumir la carga de los costos económicos que demanda el tratamiento de sus afecciones y especialmente cuando el afectado es sujeto de especial

²² Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

²³ Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde se señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

²⁴ En la sentencia T-790 de 2012, la Corte Constitucional, indicó: “Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratía, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó:// Siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad en intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.

SENTENCIA No. 24/2017

protección constitucional; por lo que una persona de la tercera edad que no pueda asumir las onerosas cargas provenientes de su situación de debilidad, es acreedora directa de una tutela judicial capaz de detener la amenaza o vulneración de su derecho fundamental a la salud.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado²⁵:

"A ese respecto, no solo el artículo 13 de la Carta señala que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan, sino que el artículo 46 del mismo Texto expresasamente dispone que "el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria... y se les garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".

... Es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran".

De lo anterior, se infiere que las personas de la tercera edad, tienen derecho a los servicios de salud de forma integral, lo cual implica que la efectiva garantía del derecho fundamental no se cumple únicamente al suministrársele los medicamentos requeridos o únicamente los tratamientos necesarios, sino que se le brinde una atención completa, continua y articulada, en correspondencia con lo exigido por su condición.

9.7. Nueva Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015)

El legislador estatutario mediante la ley 1751 de 2015, expidió la Ley Estatutaria de Salud, en virtud de la serie de inconvenientes que venían afectando la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre los cuales se encontraban, el acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles, los problemas de calidad en la prestación del servicio, la ineficiencia en el uso de los recursos, el énfasis en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo, la iliquidez y dudas en relación con la sostenibilidad del sistema, entre otros.

Esta norma señala que tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección, manifestando que

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2016, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, Bogotá D.C., Febrero 25 de 2016.

SENTENCIA No. 24/2017

este es autónomo e irrenunciable, y que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud; igualmente indica en su artículo segundo:

"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

Ello no es más que la positivización de lo que la H. Corte Constitucional ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia, en cuanto autonomía frente a otros derechos fundamentales como la vida.

Igualmente se define al Sistema de Salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud. Y se señalan la obligación del Estado, de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Dentro de los elementos y principios del derecho fundamental a la salud se resalta el de la accesibilidad, establecido en el literal c) del artículo 6, el cual establece que:

"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"

Frente a la integralidad, el artículo 8vo de la norma señala que:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

SENTENCIA No. 24/2017

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada". (Negrilla de la Sala)

Mientras que en los literales "a)" e "i)" del artículo 10, el cual trata de los derechos y deberes de las personas en relación con la prestación del servicio de salud se señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; e igualmente a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

De igual manera se reitera que los sujetos de especial protección, gozarán, valga la redundancia, de especial protección por parte del Estado, que su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

También establece la ley, que 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, y advierte una lista de elementos sobre los cuales no se podrán designar los recursos públicos destinados a la salud.

9.8. La jurisprudencia constitucional sobre acceso a los medicamentos no cubiertos en el antiguo P.O.S.

La Corte ha dicho que, como regla general, los usuarios del sistema de seguridad social en salud tienen derecho a acceder a todas aquellas prestaciones establecidas en el P.O.S., siempre que concurren algunos presupuestos, entre ellos i) Sea ordenada por el médico tratante, generalmente adscrito a la EPS, ii) Sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente y iii) Sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.

Sin embargo, dada la constatación de que garantizar todo aquello que, se ha advertido, supone el derecho a la salud a la luz de las exigencias constitucionales, en no pocas ocasiones comporta prestaciones no contempladas en el P.O.S., en abundante jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que es posible ordenarlas con el propósito de hacer verdaderamente eficaz la garantía de dicha prerrogativa, puesto que se trata de una circunstancia excepcional, también su procedencia tiene ese carácter y se halla sometida a unas condiciones estrictas.

En sentencia T-210 de 2015, con ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo se señaló:

SENTENCIA No. 24/2017

"(i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo"

9.9. Caso Concreto

En el presente asunto, la accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, seguridad social, salud, igualdad y vida digna por encontrarse presuntamente conculcados por la Nueva E.P.S. S.A.; así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

Está acreditado que la señora NORIS ESQUIVIA ARIZA, se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. S.A.

Del caudal probatorio, también se desprende que efectivamente la paciente sufre de múltiples patologías, a saber, 1. Insuficiencia respiratoria crónica, 2. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica, 3. Secuelas de enfermedad cerebro vascular a repetición, 4. Hipertensión arterial crónica, 5. Enfermedad de Alzheimer, 6. Traqueostomía, 7. Gastrostomía. Paciente tendida en cama permanentemente con secuelas neurológicas y físicas importantes en ventilación mecánica con buen acople alternada con oxígeno por tienda. Igualmente es alimentada por gastrostomía, con baja probabilidad de recuperación, diuresis en pañal al igual que las excretas (sic), por lo que se hace dependiente de cuidadores bien entrenados, quienes deben suplirle sus necesidades más básicas, diagnosticada por médico tratante, tal como consta en la historia clínica de la actora²⁶; en la que adicionalmente el profesional de la salud formuló orden médica, solicitándole entrega de Pañitos Húmedos (7 paquetes por 100 pañitos), destinados a la limpieza de la zona genital y paragenital (sic) en cada cambio de pañal, para treinta (30) días.

Por otro lado, se encuentra probado, conforme a los hechos narrados y a la contestación de la accionada, que dicho insumo fue solicitado por el señor Reyes Motta debido a la complejidad del estado de salud de su madre,

²⁶ Fls. 7 y 8 cdho 1

SENTENCIA No. 24/2017

quien por dicha razón no puede levantarse de la camilla y necesita ser aseada por cuidadores; y que a la fecha la entrega de los paños no ha sido autorizada por parte de la NUEVA E.P.S. S.A.

Para la Sala, está demostrado, de acuerdo al concepto médico, que la demora en la entrega de los paños húmedos representa una afectación significativa de la integridad física y a las condiciones de existencia de la accionante, teniendo en cuenta la historia clínica anexada y las múltiples patologías evidenciadas, de las cuales se sustrae que está requiere de cuidados especiales. Así las cosas, no es aceptable dentro un Estado Social de Derecho como el nuestro, que una entidad que maneja recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, alegue, por un lado que los insumos ordenados por el médico tratante no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud; y por el otro que los mismos son elementos diseñados para el aseo personal y que no forman parte de los protocolos de tratamiento.

Esto debido a que en virtud de la nueva Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015), en especial a lo regulado en el artículo 15 de esta normativa, vigente desde febrero de este año, ya no hay distinción entre medicamentos pos y no pos, si no que los médicos tratantes tienen la autonomía, dentro de los criterios éticos y de autosuficiencia del sistema, de ordenar los medicamentos que consideren necesarios para propender por la salud y la mejora de los pacientes; razón por lo cual es irrelevante la discusión que en sede judicial plantea la accionada sobre el asunto, máxime, si se tiene en cuenta que la protección constitucional a los grupos sociales más vulnerables es un mandato que viene ordenado por la Constitución y que ha sido reiterado ampliamente en la jurisprudencia constitucional.

A ello debe sumársele el hecho que ese mismo articulado señala cuales son los servicios y tecnologías a los que no podrán destinarse los recursos públicos destinados al Sistema de Salud, advirtiendo esta Sala que los paños húmedos prescritos no corresponden a ninguna de las categorías allí descritas, por lo que, mal haría en deducirse que solo por tratarse de elementos de aseo personal, no contribuyan a la atención de una enfermedad.

Incluso con la regulación anterior, la Corte ya venía reiterando el hecho que, aun cuando aquello que disponga el médico tratante no esté incluido en el conjunto del denominado P.O.S., no se debe llegar necesariamente a la conclusión que la persona debe ser privada de lo requerido para la atención y tratamiento de su condición médica, debido a que en presencia de ciertos presupuestos, se activa la protección constitucional de los servicios o medicamentos que, aunque descartadas del P.O.S., son indispensables para

SENTENCIA No. 24/2017

salvaguardar el ejercicio del derecho a la salud y una subsistencia en condiciones dignas, como es el presente caso. Esos presupuestos eran que la orden fuese prescrita por su médico tratante; que el medicamento, intervención o insumo no tuviese reemplazo dentro de los medicamentos incluidos en el P.O.S.; que el medicamento fuese indispensable para la vida el tratamiento o la recuperación del paciente y que no pudiese ser costeadado por él mismo, situación que se presume y debe ser desvirtuada por la accionada.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las razones en que se basó el juez de primera instancia se encuentran ajustadas a los preceptos constitucionales analizados, motivo por el cual la decisión impugnada se confirmará en su totalidad.

X. CONCLUSIÓN

En conclusión de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es positivo, por cuanto la NUEVA E.P.S. S.A., se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de la señora NORIS ESQUIVIA ARIZA, al no efectuar la entrega de los pañitos húmedos ordenados por el médico tratante, debido a que el principio de integralidad, comporta que la atención y la prestación de los servicios de las personas de la tercera edad no sea parcial ni fragmentada, si no que, en atención a su condición de indefensión y vulnerabilidad, sea brindada de modo que se les garantice su bienestar físico, psicológico y psíquico, entendido como un todo.

XI. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 27 de febrero de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la presente acción de tutela.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



SENTENCIA No. 24/2017

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: Por Secretaría, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen del diligenciamiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 25 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

ROBERTO CHAVARRO GÓMEZ

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-001-2017-00030-01
Demandante	WILFREDO REYES MOTTA EN REPRESENTACIÓN DE NORIS ESQUIVIA ARIZA
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

