



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (16) de abril de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 053

TEMAS:

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL – LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL P.O.S., A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD - E.P.S.- CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA INCAPACIDAD ECONÓMICA PARA ASUMIR LOS GASTOS DE SERVICIOS MÉDICOS

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala, la impugnación interpuesta por la parte accionada, en oposición a la sentencia del 19 de marzo de 2015, proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE, dentro del proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró CELINA CASTAÑO DE SALAZAR, en contra de la NUEVA E.P.S. S.A.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La Demanda:

MIRIAN SALAZAR CASTAÑO actuando como agente oficioso de su señora madre, CELINA CASTAÑO DE SALAZAR, presentó ACCIÓN DE TUTELA



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

en contra de LA NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y vida digna.

1.2. Reseña Fáctica:

Manifiesta la actora, que se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. S.A., en calidad de cotizante independiente, y que actualmente cuenta con una edad de 75 años, aduciendo que padece de varias enfermedades como lo son: Incontinencia urinaria más insuficiencia renal crónica, con antecedentes de hidrocefalia, epilepsia, HPTA controlada, cardiomegalia, enfermedad de párkinson, hipoacusia, edema GI inferiores por incontinencia urinaria.

Señala que, la señora CELINA CASTAÑO DE SALAZAR, por su estado de salud y edad avanzada, no puede ejercer su propia defensa, circunstancias que conllevaron a que su hija ejerciera como agente oficiosa. También afirma que en el diagnostico medico¹ aportado como prueba, su condición física se encuentra afectada por el estado degenerativo de su enfermedad, y que por esta motivo no se vale por sí misma y requiere de cuidados especiales.

Igualmente alude la accionante, que con motivo a las enfermedades que padece la paciente, no posee control de sus esfínteres, y que por lo anterior el médico tratante (Rosa E. Tulena G), adscrita a la EPS le recomendó que tiene que usar pañales desechables de forma obligatoria, cinco veces al día, es decir 150 pañales mensuales, los que en su criterio poseen un alto costo, y no puede ser sufragado por no contar con los recursos necesarios para la compra de los mismo, pues solo devenga un salario mínimo, encontrándose en la necesidad de acudir a la acción de tutela, para que le sean suministrado por la entidad accionada.

También aduce la actora que por permanecer en cama, se le debe cambiar de posición permanentemente cada dos horas, para evitar que se le siga presentando

¹ Ver fol. 6-7.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

la formación de escaras, indicando además, que el médico tratante le ordenó pasta granugena 60 gramos, para hacer curaciones una vez al día y que igualmente requiere de otros tratamientos tales como carbidopa 25 mg, levodopa 250 mg, ácido valproico, alopurinol 300 mg, furosemida, alprazolam, cambios posicionales cada 2 horas, terapia física, alimentación balanceada, curaciones diarias en casa y lavorden jabón biácida 250ml; agregando que lo anteriormente referido se puede constatar en la historia clínica, y que también demuestra que su estado de salud es muy delicado, teniendo en cuenta que no puede valerse por sí misma y que además requiere de una persona para sus cuidados todo el día y en horas de la noche.

Señala además que el día 23 de octubre y 5 de diciembre de 2014, se solicitaron a través de derecho de petición, ante la NUEVA E.P.S., los pañales desechables y que la respuesta de ello fue negativa, con el argumento que no se encontraba en el Plan Obligatorio de Salud (POS), y que con esta negativa la falta de colaboración en el cumplimiento de su deber en la prestación del servicio de salud de forma obligatoria y eficaz que requiere la paciente.

1.3. Las Pretensiones:

Solicita la actora que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida digna y en consecuencia, se le ordene a la NUEVA E.P.S. S.A., autorizar la entrega de los pañales desechables, crema anti escaras, (pasta granugena de 60 gramos), pañitos húmedos y se le suministre todo tipo de tratamiento, medicamentos y realización de procedimientos que sean requeridos con relación a las enfermedades que padece.

2. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 4 de marzo de 2015 (fol. 1 a 5).



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

- Admisión de la demanda: 6 de marzo de 2015 (fol. 13).
- Notificación a las partes: 9 de marzo de 2015 (fol. 14 y 55).
- Contestación a la demanda: 13 de marzo de 2015 (fol. 16 a 29).
- Sentencia de primera instancia: 19 de marzo de 2015 (fol. 30 a 41).
- Notificación a las partes: 20 de marzo de 2015 (fol. 42 y 43).
- Impugnación ente accionado: 26 de marzo de 2015 (fol. 44 a 58).
- Concesión de la impugnación: 27 de marzo de 2015 (fol. 59 y 60).
- En la Oficina Judicial (Reparto): 27 de marzo de 2015 (fol. 2 C-2).
- Secretaría del Tribunal: 8 de abril de 2015 (fol. 3 C-2).

3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juez de primera instancia, concedió el amparado solicitado, por considerar que se cumplieron plenamente los presupuestos exigidos en la jurisprudencia constitucional para proteger los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de la actora, en especial por sus condiciones de deterioro de su salud y edad.

4. LA IMPUGNACIÓN:

La NUEVA E.P.S. S.A., impugnó la sentencia en mención, el 26 de marzo de 2015, manifestando que el *A-quo* no tuvo en cuenta las normas de carácter legal y jurisprudencial presentadas en la contestación de la tutela.

Aduce la parte accionada que no es procedente el anterior reclamo, ya que los pañales desechables son exclusión expresa del P.O.S. de acuerdo a normatividad vigente; en este caso el artículo 49 del acuerdo 029 de 2011.

De igual forma la entidad accionada hace alusión al artículo 14 del Decreto 1545 de 1998 por el cual se reglamenta parcialmente los regímenes sanitarios del control de calidad y de vigilancia de los productos de aseo higiene y limpieza de uso domestico.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

También hace énfasis en la Resolución 5521 de 2013, título VII, exclusiones de cobertura del plan obligatorio de salud, en su artículo 130 numeral 18, donde se expresa que los pañales desechables son un elemento de aseo que no hace parte de un tratamiento que modifique el estado clínico del usuario; no modifican la evolución clínica de la patología que presenta el paciente así como tampoco son insumos vitales para su existencia, ni contribuyen a su rehabilitación.

Asimismo manifiesta la entidad, que la solicitud presentada por la accionante, no es procedente en el insumo CREMA ANTIESCARAS y PAÑITOS HUMEDOS, ya que es una exclusión expresa del POS según Resolución 5521 de 2013, artículo 130 numeral 26: “cremas hidratantes o humectantes”.

Por otra parte la NUEVA E.P.S. S.A., alega que en los documentos que acompañan a la demanda no se evidencia ordenamiento del médico de tratante que solicite este insumo cosmético.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar:

¿Es procedente ordenar la entrega de insumos o elementos que no son considerados como clínicos y que están expresamente excluidos del P.O.S., pero que han sido ordenados por el médico tratante por ser necesario para preservar el óptimo estado de salud del paciente acorde con su estado grave de salud y avanzada edad?

Así, pasa la Corporación a abordar el fondo del asunto:



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales, si hay lugar a ello.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 consagra a favor de todas las personas, el derecho a reclamar del Estado, en cumplimiento de los fines que le son propios, les garantice la prestación del servicio público de salud. La Corte Constitucional, ha sido reiterada en afirmar que el carácter de fundamental de un derecho, no lo determina que el texto constitucional lo diga de forma expresa o su ubicación formal en el mismo, por lo que la definición de estos se basa en el concepto de dignidad humana, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona y el caso concreto, como lo regula el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991.

Analizado lo anterior, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiará los siguientes temas: i) El derecho a la salud y la atención integral, ii) La prestación de servicios no incluidos en el P.O.S., a cargo de la entidad prestadora de salud - E.P.S., iii) Carga de la prueba para demostrar la incapacidad económica para asumir los gastos de servicios médicos. v) el caso concreto.

5.1. DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL:

El derecho a la salud, consagrado en nuestra carta política a través del artículo 46, manifestando de manera concreta, el ser un servicio que se presta a toda persona, garantizando el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado de dirigir y reglamentar la prestación de servicios



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental, para así ser protegido o amparado en uso propio de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de la sentencia T-760 de 2008 de la misma corporación, hace que la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención en salud.

Frente a lo anterior, es de recalcar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no en el POS esté frente a una presunta violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponde al juez de tutela.

Además, la protección del derecho a la salud consagrada en el ordenamiento constitucional, se complementa con la normativa internacional adoptada por Colombia, como lo es dentro del sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establece las obligaciones de los Estados partes sobre el tema, así:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

A lo anterior se suma que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política establece que es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento, máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015².

² Dicha normativa, lo define como: **“Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Teniendo en cuenta la relevancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado lo valioso de que este derecho se preste con base en el principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir

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.”



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS)”.³(Subrayas pertenecientes a la Sala).

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

Es así como para la Corte Constitucional este principio, de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización

En virtud de lo expuesto la Corte Constitucional en Sentencia T-576 de 2008, precisó:

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.

De lo anterior, se infiere de la atención integral que todos los servicios médicos deben ser iniciados con prontitud y constituyen una obligación para todos los que deben asumir la prestación del servicio indicado a cada usuario, quien a su turno tiene el derecho a que tales servicios le sean prestados con calidad y de manera oportuna⁴.

5.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL P.O.S A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD, E.P.S:

El derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad. Es por ello que la Sala indicará los elementos básicos de esta prestación, haciendo énfasis en el catálogo de servicios a los que tiene derecho cualquier persona, máxime cuando nos encontramos frente a un caso especial, teniendo en cuenta su estado de salud y la enfermedad padecida, hechos estos que no se deben pasar por alto a la hora de hacer efectivos los servicios médicos requeridos

En primer lugar, para garantizar la prestación de los servicios de salud se requiere la existencia de un conjunto de personas e instituciones que faciliten el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y legales establecidos para ello. Es así que, se tiene claridad de que son las E.P.S, las que deben de prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el POS, exceptuando circunstancias de especial contemplamiento, tales circunstancias se pueden apreciar sobre el particular, ya que quien reclama los servicios médicos y solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales es una paciente quien presenta una grave enfermedad que amenaza su óptimo estado de salud.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-940 de 2012. M.P. NILSON PINILLA PINILLA



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Tales excepciones han quedado resueltas no solo por los parámetros reglamentarios que trata la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, “*Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)*”, define, aclara y actualiza integralmente el plan de servicios, sino también por los lineamientos constitucionales y los planteamientos fijados por la abundante jurisprudencia que sobre el particular ha sido expuesta.

Al respecto el Máximo órgano de lo Constitucional ha manifestado:

“Esta corporación ha indicado que existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención no POS, en aquellos eventos en los que dicha situación amenaza o vulnera la integridad personal y la vida en condiciones dignas y justas del paciente.

...

Es necesario recordar que este Tribunal en abundante jurisprudencia ha estudiado el asunto del suministro de pañales⁵, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud, para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, y debe ser facilitado aunque no allegue al expediente fórmula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba su suministro.

...

En numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimar si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.”⁶ (Texto destacado de la Sala).

En igual sentido expone la H. Corporación:

“Para esta Corporación, el servicio de salud debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de las personas. Por lo que, para el cumplimiento de tal cometido se deben orientar todas las actuaciones a que de manera pronta, efectiva y eficaz, se garantice la recuperación del paciente o se logre por lo menos menguar las consecuencias que se derivan de sus problemas de salud.

...

⁵ Ver Sentencias T-320 de 2011, T-110 de 2012, T-073 de 2013, T-089 de 2013 y T-111 de 2013.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-039 de 2013. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

El ser humano, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad.⁷ (Negrillas de la Sala).

Lo anterior nos da una clara perspectiva de que efectivamente el derecho fundamental a la salud de cada persona en particular, prevalece frente a cualquier presupuesto formal, como quiera que la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme en considerar que la negativa de las entidades de salud a suministrar a sus afiliados los servicios que requieren con urgencia, así estén excluidos del P.O.S, cuando han sido ordenados por el médico tratante y son necesarios para preservar su salud, es claramente una vulneración de sus derechos fundamentales, habida cuenta que se observa además, el grave estado de salud y la connotación de la enfermedad padecida debe entonces otorgar una protección reforzada que se materialice con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios médicos que requieran.

Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en plan obligatorio de salud están a cargo de las E.P.S., también lo es que, si este se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio financiero de tal manera que si el servicio lo ha de prestar la E.P.S., pueden acudir al recobro frente al Estado a través de la entidad encargada de su financiamiento, y de acuerdo a la reglamentación existente para el efecto⁸.

Concluyendo de esta manera que la responsabilidad total de los procedimientos médicos, entrega de medicamentos y actuaciones **incluidas o no dentro del P.O.S., corren de manera explícita a cargo de las E.P.S.** que prestan el respectivo servicio al afiliado, pudiendo recobrar aquellos que se encuentra

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-089 de 2013. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

⁸ Ver Resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

excluidos del mismo al FOSYGA.

Sobre el tema concreto de los pañales desechables, en decisión reciente, la CORTE CONSTITUCIONAL ha retomado el tema, en el siguiente sentido:

“Igualmente, esta Corporación ha indicado que si bien el suministro de los pañales no garantiza la recuperación de salud de los pacientes que no controlan esfínteres, sí ofrece un apoyo para continuar con sus vidas a pesar de sus limitaciones, y facilita a sus familiares su cuidado⁹. Por esta razón, ha considerado necesario ordenar en algunos casos la autorización de pañales.

5.4. La jurisprudencia constitucional ha establecido corresponde al juez constitucional reconocer los pañales desechables, a pesar de no contar con una orden médica que los sugiera, siempre que se evidencie su necesidad en el paciente¹⁰.

5.5. En suma, los pañales desechables pueden ser reconocidos por el juez constitucional cuando determine que la ausencia de autorización vuelve indigna la existencia de la persona que los requiera. Para tal efecto, deberá acudir a las reglas establecidas por la Corte para inaplicar el POS y a las circunstancias del caso, cuando no medie orden médica que los prescriba.”¹¹

Por lo anterior, no puede desecharse de tajo, como lo pretende el impugnante, afirmando solamente que los pañales son elementos de higiene y no de salud, por lo que ha de analizarse si efectivamente están ordenados por el médico tratante y por las circunstancias del estado del paciente, se hace imperativo ordenar a la EPS que los suministre.

5.3. CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA INCAPACIDAD ECONÓMICA PARA ASUMIR LOS GASTOS DE SERVICIOS MÉDICOS:

Respecto del tema la Corte Constitucional en sentencia T-940, del 14 de diciembre de 2009. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA precisamente ha dicho:

⁹ Ver entre otras sentencias la T-692 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

¹⁰ Ver sentencias T- 437 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-053 y T-320 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-478 de 2012 (MP Adriana María Guillén Arango), entre otras.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500 de 2013. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

*“Frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, la Corte¹² ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. **En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario.**” (Negrillas para resaltar).*

Así pues, tenemos que frente a la existencia de una negación indefinida dentro de un trámite constitucional, se invierte la carga de la prueba y quien deberá demostrar lo contrario es la parte demandada, es decir, que en el caso en estudio a quien le corresponde demostrar la capacidad económica de la accionante y sus familiares para asumir el costo de los insumos requeridos es a la NUEVA E.P.S. S.A., partiendo de la base que como entidad que recauda las cotizaciones, posee la información financiera y de ingresos de sus afiliados como base para el pago de los aportes, razón adicional para interpretar que posee la facilidad de demostrar que las afirmaciones de los accionantes carecen de veracidad.

Teniendo en cuenta el anterior marco jurisprudencial y normativo, entra la Sala a estudiar:

6. EL CASO CONCRETO:

Analizados los hechos de la demanda, encontramos que efectivamente la presente acción de tutela fue instaurada por la señora MIRIAN SALAZAR CASTAÑO, actuando como agente oficioso de la señora CELINA CASTAÑO DE SALAZAR, la cual se encuentra legitimada por activa para que instaure la presente acción, en calidad de hija tutelante, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en atención al avanzada edad y grave deterioro de la salud de la accionante, la que posee la calidad de cotizante independiente, se encuentra afiliada a la NUEVA

¹² Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-683 de 2003, T-771 de 2005, T-200 de 2007.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

E.P.S. S.A. como lo acepta la entidad accionante de forma expresa al contestar la tutela¹³ y actualmente tiene 77 años de edad¹⁴.

También se puede observar de la historia clínica, que la actora fue diagnosticada con INCONTINENCIA URINARIA, MÁS INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, CON ANTECEDENTES DE HIDROCEFALIA, APILEPSIA HPTA CONTROLADA, CARDIOMEGALIA, ENFERMEDAD DE PÁRKINSON, HIPOACUSIA, EDEMA GI INFERIORES POR INCONTINENCIA URINARIA¹⁵ y que debido a la gravedad de la enfermedad, se hace indispensable el uso de pañales desechables tres veces al día como parte del proceso de recuperación y evolución médica ante el proceso infeccioso que la recurrente presenta, como se describe en la historia clínica allegada.

En este orden de ideas, respecto a los pañales desechables, crema anti escaras y pañitos húmedos, si bien no se anexa en las pruebas la existencia de orden médica expedida concreta en el que se le haya recetado los elementos pedidos en las pretensiones de la demanda, ello no impide que, por la condición de sujeto especial protección (longevo postrado en una cama), de la señora CELINA CASTAÑO DE SALAZAR, este Tribunal Administrativo toma como imperiosa la concesión del amparo, a partir de lo que se verifica en la historia clínica.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto los elementos requeridos no se encuentran incluidos dentro del plan obligatorio de salud¹⁶, y estos no son considerados como de servicio médico, también lo es, tal y como se dejó dicho en

¹³ Fol. 16.

¹⁴ Fol. 7.

¹⁵ Fol. 6.

¹⁶ Resolución 5521 de 2013, MINSALUD: “**ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS.** Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación –UPC- y son las siguientes:

...

18. Pañales para niños y adultos.

...

20. Artículos cosméticos.

...

26. Cremas hidratantes o humectantes.”



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

líneas anteriores, las pautas establecidas por el criterio de la jurisprudencia constitucional van encaminadas a superar los formalismos y los argumentos administrativos, los que no pueden estar por encima y dejar de lado la vida en condiciones dignas de un paciente, de ahí que toda persona tiene derecho a que los servicios de salud y seguridad social le sean prestados de manera eficiente, máxime cuando se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, como sucede en el caso *sub examine*.

Siendo así, es claro para la Sala que la actora requiere con urgencia los elementos ya mencionados, y que su entrega la debe hacer la entidad accionada tal como lo ordenó el *A quo* en el fallo de primera instancia.

Ahora bien, respecto a los argumentos del impugnante referentes al no cumplimiento de las normas de carácter legal y de los requisitos jurisprudenciales para el suministro de insumos no P.O.S., la Sala considera en primer lugar que estamos frente a un caso de especial connotación teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad que presenta la paciente y el estado de salud de la misma, lo que a todas luces la enmarca dentro las esferas de los lineamientos jurisprudenciales, toda vez que como bien mismo lo dice la jurisprudencia “*que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida a la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no solo cuando existe inminente riesgo de muerte sino cuando la ausencia de la droga o el tratamiento altera las condiciones de existencia digna*”¹⁷ y en segundo lugar el ente accionado no desvirtuó la presunción de incapacidad económica del afiliado y su núcleo familiar, adicional a que se informa que la actora cotiza sobre el salario mínimo, aunado a esto los elementos requeridos vienen bajo recomendación y órdenes del médico tratante.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1032 de 2001.M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Así las cosas, esta Magistratura no encuentra justificación para que la entidad accionada continúe colocando en riesgo la vida de la actora al no dar cumplimiento a la decisión tomada por el Juez en primera instancia.

En atención a lo expuesto, ante la evidente necesidad de garantizar el derecho fundamental a la Salud de la accionante y en aras de que no se le prive de los servicios médicos requeridos para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 19 de marzo de 2015, por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el día 19 de marzo de 2015, por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a la actora, a la entidad demandada y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 047.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Ausente con permiso