



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-006-2019-00040-01
ACCIONANTE: CRISTINO MANUEL ZABALETA SEHUANEZ, en
representación de su hija PAOLA ANDREA
ZABALETA CASTILLEJO
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la **impugnación** presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 05 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

El señor **CRISTINO MANUEL ZABALETA SEHUANEZ**, actuando en representación de su hija **PAOLA ANDREA ZABALETA CASTILLEJO**, interpuso acción de tutela contra la **NUEVA E.P.S.**, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad accionada suministrar a la joven Paola Andrea Sabaleta Castillejo *pañales desechables tipo Tena talla L, Olopatadina 0.2% gotas, Hialuronato de Sodio 0.1%, Sulfato de Condroitin 0.18% colirio libre de conservantes (HUMYLUB PF)*, así como también,

¹ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

valoración por cornea y segmento anterior y lentes monofocales de característica OD-1000-3.00 15 NC OI-7.50.250*165 NC.*

1.2. Hechos²:

Manifiesta el accionante Cristino Manuel Zabaleta Sehuanez, que su hija Paola Andrea Zabaleta, quien cuenta con 26 años de edad, fue diagnosticada con síndrome de Down.

Señala, que la joven fue valorada por el Doctor Héctor Enrique Sierra, médico especialista en medicina interna, que le ordenó pañales desechables tipo tena, talla L.

Refiere, que igualmente su hija es atendida por los Doctores Héctor Parra y Eduardo Mejía, especialistas en optometría, por encontrarse con diagnóstico de *Miopía, astigmatismo, sumado a ambliopiaqueratocono OD, conjuntivitis alérgica crónica AO.*

Alude, que debido al diagnóstico descrito, le fue ordenado *Olopatadina 0.2% gotas cada 24 horas por 4 meses, Hialuronato de Sodio 0.1%, Sulfato de Chondroitin 0.18% colirio libre de conservantes (HUMYLUB PF) por 4 meses, así como también, valoración por cornea y segmento anterior con seguimiento por 4 meses, y lentes monofocales de característica OD-1000-3.00* 15 NC OI-7.50.250*165 NC.*

Añade, que una vez realizadas las respectivas prescripciones médicas, se dirigió a La Nueva E.P.S., quien pese a que generó las órdenes, estas resultan ineficaces, debido a que por un lado, la farmacia Trimed Distribuidora Ltda. no ha hecho entrega de los insumos ordenados; y en cuanto a los lentes monofocales, manifiesta la E.P.S., que no pueden ser entregados debido a que son un servicio NO POS.

² Folios 1 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Por último, manifiesta el accionante, que son personas de escasos recursos económicos, que no cuentan con los insumos necesarios para el tratamiento de la joven.

1.3.- Contestación³.

La **NUEVA E.P.S.**, por conducto de apoderada judicial, informa que la usuaria Paola Zabaleta Castillejo, registra afiliación en la entidad y se encuentra activo en el régimen subsidiado.

Indica, que los pañales solicitados por el accionante, fueron aprobados y dirigidos a la Farmacia Trimed, pues, actualmente, no cuenta con más proveedores de medicamentos y por tal razón, hará los acercamientos pertinentes con la misma, para verificar lo solicitado por la accionante y gestionar lo que haya lugar.

Pide, que se vincule al señor Rafael Márquez, gerente de la Farmacia Subsidiada Trimed Distribuidora Ltda. Sincelejo, para que informe sobre la demora en la entrega de los medicamentos autorizados por la Entidad Promotora de Salud.

En cuanto a la solicitud de los lentes, manifiesta, que estos se encuentran clasificados como complementarios por la Resolución 006408, por lo que es menester que dicha solicitud sea valorada por un grupo de profesionales en junta médica para que sea aprobada o en su defecto, rechazada por los mismos.

Solicita, que se vincule al señor Rafael Márquez, en calidad de gerente de la Farmacia Subsidiada Trimed Distribuidora Ltda. Sincelejo, para que rinda informe sobre la tardanza en la entrega de los medicamentos autorizados por la Nueva E.P.S. a la accionante.

³ Folios 40 - 45 del cuaderno de primera instancia.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela y que se reconozca a su favor la facultad de repetir en contra de la Secretaría de Salud Departamental de Sucre o al Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA, para que cobrar el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la Nueva E.P.S., de los cuales no se encuentra legalmente obligada.

Concomitantemente, sin que su concepto sea parte de la respuesta a la demanda, el **MINISTERIO PÚBLICO** presentó sus apreciaciones⁴, manifestando que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha establecido que el Juez constitucional debe amparar los derechos invocados por los accionantes, en el caso de que los servicios sean ordenados por el médico tratante y el paciente no cuente con los recursos económicos para solventarlos, como se colige en el sub examine, por la afiliación de la accionante en la régimen subsidiado y además por ser un sujeto de especial protección constitucional.

1.4.- La providencia recurrida⁵.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 05 de marzo de 2019, tutela el derecho fundamental a la salud y la vida digna de la joven Paola Andrea Zabaleta Castillejo, resolviendo lo siguiente:

“3.2. Ordena a la Nueva EPS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia:

- o Entregue los medicamentos olopatadina 0.2% (gotas); hialuronato de sodio 0.1% + sulfato de condroitin 0.18% colirio 10 ml libre de conservantes (HUMILUB PF) (GOTAS), que le ordenó el médico tratante de la demandante el 1º de agosto de 2018.*
- o Entregue los lentes monofocales con las especificaciones que le ordenó el médico tratante de la demandante el 18 de octubre de 2018.*

⁴ Folios 35-39, Cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 64 - 73 del cuaderno de primera instancia.

- o *Entregue los pañales desechables para adulto talla L (G) máxima absorción en la cantidad que ordenó el médico tratante de la demandante el 18 de diciembre de 2018.*

3.3 Ordena a la Nueva EPS, que en adelante se abstenga de incurrir en actuaciones que afecten el derecho fundamental de la joven Paola Andrea Zabaleta Castillejo.

3.4 Ordena a la Nueva EPS que suministre a la demandante los exámenes, medicamentos, procedimientos o servicios médicos que se le ordenen para el tratamiento de la miopía + astigmatismo + ambliopía e incontinencia fecal que padece.

3.5 Niega la solicitud de vinculación al presente trámite de la Farmacia Trimed Distribuidora LTDA- Sincelejo y de la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre"

Como fundamento de su decisión, expone el A-quo, que es indispensable que la EPS suministre a la accionante los medicamentos, pañales desechables y lentes monofocales que fueron prescritos por el médico tratante, toda vez, que se debe tener en cuenta la patología de la paciente, quien padece de síndrome de Down, miopía, astigmatismo, ambliopía e incontinencia fecal, lo que la hace sujeto de especial protección constitucional.

Expresa, que la accionante no cuenta con los recursos económicos para pagar los insumos que requiere, los cuales, no pueden ser sustituidos por otros servicios que se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, por lo que los obstáculos que le impiden el acceso a ello, atentan contra sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

Señala, que el artículo 58 de la Resolución No. 5857 de 2018, incluyen el suministro de los lentes monofocales en el Plan de Beneficios de Salud (PBS), por tanto, es obligatorio que la EPS los entregue a la paciente.

Con relación a la entrega de los medicamentos y pañales, refiere, que no existe justa causa para que la Farmacia Trimed Distribuidora Ltda., no haya hecho entrega de ellos, lo que genera se desconozcan los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicios de salud.

Precisa, que la Nueva E.P.S. debe seguir suministrando a la paciente los medicamentos, procedimientos, exámenes o servicios médicos que requiera para el tratamiento de miopía, astigmatismo, ambliopía e incontinencia fecal que padece, esto en aras de evitar la presentación de acciones de tutela por cada servicio que prescriban los galenos, de conformidad con el diagnóstico descrito.

Por último, añado, que no es necesario vincular al presente trámite de tutela la Farmacia Trimed Distribuidora Ltda., en virtud de que es la Empresa Promotora de Salud quien tiene el deber de suprimir las barreras que se le han impuesto a la accionante, para acceder a los medicamentos y pañales desechables a través de las IPS que hacen parte de su red de servicios.

1.5.- La impugnación⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la Nueva E.P.S. la impugna, con el fin de que la misma sea revocada, señalando que los pañales desechables no se encuentran cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, debido a que forman parte de los productos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico, según el artículo 14 del Decreto 1545 de 1998.

Refiere, que su falta de entrega no pone en riesgo la vida del paciente puesto que no tienen injerencia sobre la evolución de la patología que padece, por tanto, la prescripción que versa sobre el uso de los pañales, constituye una recomendación de uso de un elemento de aseo y no una indicación médica que influya en el diagnóstico de la accionante.

Con respecto a la solicitud sobre los lentes, manifiesta que se ofrece la prestación de servicios bajo la cobertura del Plan de Beneficios de Salud, por ende, la paciente tiene dentro de ella la opción de lentes externos, de acuerdo a las siguientes condiciones: *“En el régimen subsidiado: a. para personas menores de 21 años y mayores de 60 años de edad, se cubren una vez al año, por prescripción médica o por optometría y para defectos que*

⁶ Folios 79 - 81 del cuaderno de primera instancia.

disminuyan la agudeza visual. La cobertura incluye el suministro de la montura hasta por un valor equivalente al 10% del salario mínimo legal mensual vigente. B. Para las personas mayores de 21 años y menores de 60 años de edad se cubren los lentes externos una vez cada cinco años por prescripción médica o por optometría para defectos que disminuyan la agudeza visual. La cobertura incluye la adaptación del lente formulado a la montura; el valor de la montura es asumido por el usuario".

Frente al tratamiento integral ordenado, señala, que el juez de primera instancia rebasa los parámetros establecidos por la normatividad vigente, pues, dicho tratamiento se plantea dentro de derechos futuros e inciertos, que no han sido amenazados o vulnerados por la Entidad accionada, lo que como consecuencia genera una presunción de mala actuación por parte de la misma, ya que, no se puede colegir que los servicios o medicamentos requeridos a futuro van a ser negados.

Añade, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando el juez constitucional impone cargas que sobrepasan las obligaciones sujetas a las PES o ARS, se deben ordenar recobros a su favor para mantener el equilibrio financiero del sistema.

Por último, solicita que en caso de no ser revocado el fallo de primera instancia, se adicione a la parte resolutive del mismo, la orden de facultar a la Nueva E.P.S, para que realice el respectivo recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), por el valor total de todos y cada uno de los gastos que asuma la E.P.S. para el cumplimiento del presente fallo.

1.6.- Trámite en segunda instancia.

Por auto del 14 de marzo de 2019⁷, se resolvió admitir la impugnación contra la sentencia de fecha 05 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

⁷ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia

II. CONSIDERACIONES

2.1- Competencia.

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2.2- Problema jurídico

En el sub examine, el debate central se circunscribe en establecer: ¿Vulnera los derechos a la salud y a la vida digna, la entidad prestadora de salud, por la negativa de ordenar el suministro de pañales y lentes monofocales, junto con los medicamentos relacionados a personas con discapacidad física y mental, que son sujetos de especial protección constitucional?

Para abordar el problema planteado, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de tutela, iii) Del principio de atención integral y sus efectos en la prestación del servicio de salud; iv) El precedente constitucional, respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar insumos de aseo personal; v) Suministro de tecnologías y servicios complementarios al Plan de Beneficios de Salud, según la legislación vigente; vi) Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad; vii) Alcance del principio de solidaridad familiar y viii) Caso en concreto.

2.3- Análisis de la Sala.

2.3.1. Generalidades de la Acción de Tutela.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución 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 amenazados o vulnerados 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; la búsqueda de objetivos distintos, para los cuales el ordenamiento jurídico prevé otras instancias y jurisdicciones diferentes a la constitucional, excede el contexto establecido para la misma, tanto en la Carta Suprema, como en la ley.

2.3.2.- Del carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de acción de tutela.

La salud no cabe duda, es un derecho fundamental y autónomo. Así ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien ha precisado que *“la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”*⁸, criterio compartido en providencia del 25 de febrero de 2009⁹, por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual reseñó:

“El derecho a la salud, de rango constitucional y fundamental, es un pilar esencial en el ordenamiento jurídico colombiano, pues crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad¹⁰. Para la Corte Constitucional¹¹, el derecho a la salud es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.

Bajo la connotación de derecho fundamental autónomo, *per se*, es evidente la procedencia de la acción de amparo para su protección, cuando quiera que el mismo, sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o particulares. Este carácter, permite su guarda, sin necesidad de

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

¹⁰ Su importancia es tan preponderante, que en la Constitución Política se encuentra determinado entre otros, en los artículos 44, 46, 47, 49, 50, 52, 64, 78, 95 y 336.

¹¹ Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

estar en conexión con otros derechos fundamentales, verbigracia, la integridad, la vida, etc.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, quien en torno al tema, en sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, recalcó:

“... 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. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales”.

Siendo contundentes y bajo la misma línea de decisión, la alta Corporación en sentencia T-676 de 12 de septiembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, precisó:

“... si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado”.

2.3.3. Del principio de atención integral y sus efectos en la prestación del servicio de salud.

El principio de atención integral ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, como una piedra angular a la hora de afrontar problemáticas constitucionales, en torno a la prestación del servicio de salud.

Desde una comprensión normativa, el numeral 3º del Art. 153 de la Ley 100 de 1993, lo enuncia de la siguiente forma:

“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”.

Y desde un marco jurisprudencial sobre el tema, el Alto Tribunal Constitucional ha asimilado este principio, como una herramienta efectiva para regular la prestación de los servicios médicos, así como entrega de suministros no definidos por los parámetros del Plan Obligatorio de Salud (POS), donde se ha indicado, que es la situación en particular y las exigencias del caso, las que definen la manera como las EPS deben brindar los elementos y recursos indispensables para la atención de la patología tratada, máxime, cuando se está en presencia de individuos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad.

Sobre el principio de atención integral, la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2009, recalcó:

“Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones 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 paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.”¹²

¹² Véase también, Corte Constitucional Sentencia T-209 de 2013. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

2.3.4. El precedente constitucional, respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar insumos de aseo.

El acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, cremas antipañalitis, entre otros, ha tenido un desarrollo especial por la Corte Constitucional, al otorgarles un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad¹³.

En recientes pronunciamientos, la Corte ha reiterado su postura garantista y ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando el suministro de pañales¹⁴, sobre todo si la patología que aqueja al accionante origina incontinencia urinaria.

Lo anterior en tanto, existe la suficiente claridad para entender que el suministro de pañales desechables, si bien no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres¹⁵.

Por tal razón, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias, ha llevado al juez de tutela, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.

¹³ Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁴ Ver sentencia T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; sentencia T-260 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; sentencia T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; sentencia T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵ Cfr. por ejemplo, las sentencias: T-023 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, T-610 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, hubo consenso en la Corte Constitucional, en establecer que una EPS desconocía el derecho a la salud de una persona que requería un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud –POS- cuando:

“(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”¹⁶.

Respecto de los anteriores requisitos, en la sentencia C-313 de 2014, se explicó, que *“estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”*.

Empero, con la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, surgieron cambios sustanciales, que obligan, a la luz de la nueva normatividad, a evaluar si deben existir nuevos requisitos de control constitucional, cuando se trata del suministro de servicios o elementos expresamente excluidos¹⁷.

A este respecto, comienza una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional¹⁸, en materia de protección del derecho a la salud por el no

¹⁶ Ver sentencia T-970 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también las sentencias: T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-020 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y; T-471 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

¹⁷ Resolución No. 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁸ Ver sentencia T-014 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia T-120 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; sentencia T-178 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; sentencia T-260 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; sentencia T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; sentencia T-637 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

suministro de pañales, recordando que la Corte Constitucional siempre vela por la protección de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana.

2.3.5. Suministro de tecnologías y servicios complementarios al Plan de Beneficios de Salud según la legislación vigente.

En relación al derecho a la salud, el análisis efectuado a la sentencia C-313 de 2014¹⁹ que examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, tuvo en consideración factores económicos, particularmente cuando se refirió a la constitucionalidad del literal i) del artículo 8° -principio de sostenibilidad- y artículo 15° -criterios de exclusión de los servicios y tecnologías del sistema de salud-, en donde se concluyó que eran admisibles las exclusiones, para propender por el equilibrio financiero del sistema, a fin de garantizar su viabilidad en el tiempo.

Sin embargo, a propósito de la declaratoria de exequibilidad del literal i) del artículo 8° y del artículo 15 de la ley antes mencionada, se recordó que la sostenibilidad financiera, no puede invocarse para vulnerar los derechos de los usuarios del sistema de salud, ni desconocer la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, como se mencionó en líneas anteriores, se reitera que a través de la Resolución 5267 de 2017 expedida por el Ministerio de la Salud y Protección Social, se excluye expresamente del PBS, los pañitos húmedos e *insumos de aseo*, término que se ha dicho, incluye los pañales desechables y la crema antipañalitis; empero, tal circunstancia debe analizarse en punto de los derechos fundamentales alegados, relacionando la constitución y la normatividad que lo regula.

2.3.6. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad. El artículo 4° *Superior* recuerda que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley, prevalece la norma

¹⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

constitucional. Es tal su importancia en un Estado Social de Derecho, que incluso, la inaplicación de una norma contraria a la Constitución, es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad, bajo la figura de la “excepción de inconstitucionalidad”.

De ahí que, la facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad, puede darse de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando:

“(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental”²⁰

En este último evento, surge de analizar el caso en concreto, cuando la aplicación de una norma de carácter legal, conlleva consecuencias que no son acordes al ordenamiento *iusfundamental*. Dicho de otra manera, puede haber una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto, sin vulnerar disposiciones constitucionales²¹.

En palabras de esta Corporación, en la sentencia C-313 de 2014, se dijo que:

“Aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.”

²⁰ Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²¹ *Ibidem*

Por consiguiente, en el presente escenario, es necesario examinar si el precepto que excluye los pañales desechables del PBS contenido en la Resolución 5267 de 2017, emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, deben ser objeto de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, toda vez que no tienen un equivalente dentro de las prestaciones cubiertas por el PBS y su carencia, restringe el efectivo goce de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

2.3.7. Alcance del principio de solidaridad familiar

La Ley 1751 de 2015, en su artículo 6º, establece los principios del sistema general de salud y en el literal j), se refiere así al principio de solidaridad:

“El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”.

Sobre este principio constitucional, la Corte en la sentencia T-730 de 2010²², dijo:

“... cuando las personas de la tercera edad cuentan con ingresos propios y tienen apoyo familiar, no requieren con tanto apremio los subsidios, ayudas y beneficios estatales que deben ser entregados, prioritariamente, a quienes están en evidentes circunstancias de vulnerabilidad. Ello con el fin de que el estado pueda alcanzar paulatinamente las metas de eliminación de la pobreza y de asistencia social para las personas más necesitadas.

Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo 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

De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones

²² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.

En este sentido, con el propósito de favorecer el interés colectivo en materia de seguridad social integral, los recursos que el Estado destina a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios deben beneficiar en primer lugar, a las personas que por sus condiciones, requieren mayor atención, a fin de garantizarles los derechos irrenunciables. El cumplimiento de las obligaciones estatales, está condicionado por las circunstancias de cada caso particular, y se debe tener en cuenta las contingencias concretas. Por esta razón el juez de tutela debe ponderar el principio de solidaridad, para determinar a quién le corresponde, en primer término, el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, pues, en primer lugar, se encuentra el propio individuo y después, la familia, la sociedad y el Estado.

De esta forma, la Corte, en Sentencia T-900 de 2002 (MP.Alfredo Beltrán Sierra), respecto de una solicitud de suministro de los recursos necesarios para un desplazamiento al lugar donde se autorizó realizar un procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, indicó que:

Si la persona afectada en su salud no puede acceder a algún servicio expresamente excluido, de índole meramente económico o logístico, son los parientes cercanos del afectado, en aras del principio de solidaridad, a los que se les debe exigir el cumplimiento de este deber, y que, en tal virtud, deben acudir a suministrar lo que el paciente requiera y que su capacidad económica no le permite. A lo cual agrega que: tales gastos pueden ser asumidos por la propia persona o por sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad social de que trata la Constitución Política. Sólo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente, sólo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado.

Así pues, es claro que sólo ante la falta de recursos económicos del actor o de su familia, le corresponde al Estado asumir su asistencia.”

De acuerdo a lo anterior, se puede extraer que el sistema de seguridad social en salud es un esfuerzo mancomunado y colectivo, creado sobre la lógica de que la protección de las contingencias individuales, ocurre con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad²³. La razón fundamental de la solidaridad sobre la cual se basa el sistema de salud, es que los recursos destinados al mismo son limitados y normalmente escasos y deben ser reservados para asuntos prioritarios. Por este motivo, el juez constitucional ha previsto, que uno de los requisitos que debe acreditarse para obtener el suministro de servicios expresamente excluidos del PBS, es la falta de capacidad económica de la persona o su grupo familiar, para sufragar los costos de los mismos.

En principio, no hay un derrotero para determinar la capacidad económica, ya que no es un asunto simple, ni para el juez constitucional, ni para las entidades prestadoras de servicios de salud. Sin embargo, existe una presunción respecto de los afiliados al régimen subsidiado, ya que es claro que no están en la capacidad de cubrir los costos de prestaciones expresamente excluidas, como los pañales desechables.

Como se ha mostrado, en el régimen subsidiado del sistema de salud al estar dirigido a la población más vulnerable, desde el punto de vista económico, el criterio objetivo de afiliación de una persona a dicho régimen es la falta de capacidad de pago²⁴.

Otro escenario diferente es el de las personas afiliadas al régimen contributivo, ya que estos individuos cuentan con al menos un ingreso mensual del cual se desprende el monto de cotización al sistema de salud, conocido como IBC; ahora el IBC, se erige como un criterio objetivo, pues permite establecer la capacidad económica familiar para cubrir el costo de pañales. En todo caso, este criterio objetivo debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso

²³ Ver sentencia C-529 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

familiar. Estos aspectos subjetivos, deben ser informados de buena fe por el interesado²⁵.

En conclusión, el juez constitucional deberá analizar en cada caso, variables como el régimen al que se encuentra afiliada la persona, el nivel del ingreso, el costo de los insumos, medicamentos o prestaciones requeridas, así como la conformación del grupo familiar y el número de personas que dependen del mismo ingreso. Estos factores son criterios válidos de decisión, para considerar en qué casos las personas podrían, en principio, asumir la carga económica para acceder a los servicios y tecnologías, no incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud.

2.3.4. Caso concreto.

Para resolver el fondo del asunto, corresponde a la Sala aplicar las reglas jurisprudenciales arriba descritas, en aras de comprobar, si resulta procedente el amparo solicitado por el señor CRISTINO MANUEL ZABALETA SEHUANEZ, en representación de su hija PAOLA ANDREA ZABALETA CASTILLEJO, consistente en ordenarle a la **NUEVA E.P.S.**, la entrega de *pañales desechables tipo Tena talla L, Olopatadina 0.2% gotas, Hialuronato de Sodio 0.1%, Sulfato de Condroitin 0.18% colirio libre de conservantes (HUMYLUB PF)*, así como también, *valoración por cornea y segmento anterior, y lentes monofocales de característica OD-1000-3.00* 15 NC OI-7.50.250*165 NC*.

Pues bien, en el expediente se advierte que la joven PAOLA ANDREA ZABALETA CASTILLEJO, tiene 26 años de edad²⁶ y se encuentra afiliada a la Nueva E.P.S., en el **régimen subsidiado** en salud, conforme lo afirma en el escrito de tutela y lo acepta la entidad accionada en su contestación²⁷.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ Según se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 4 del cuaderno de primera instancia.

²⁷ Folio 40, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, se observa que la accionante presenta un diagnóstico de *DX de síndrome de down, incontinencia fecal, dependencia funcional moderada, hipotiroidismo en suplencia e hígado graso*, de igual forma se advierte la indicación de uso de *pañales desechables talla L número 180 para 2 cambios diarios*, como consta en historia médica realizada bajo el control clínico del profesional Héctor Enrique Sierra Angulo, especialista en medicina interna²⁸.

Por otro lado, se tiene que la accionante presenta *conjuntivitis alérgica crónica*, para lo que se le ordena como plan a seguir *olopatadina 0.2% por 4 meses permanente, hialuronato de sodio 0-1%, sulfato de condroitin 0.18% colorio 10 ML libre de conservantes (humylub pf)*, como se evidencia en historia clínica suscrita por el médico oftalmólogo Héctor Hernando Parra Pinedo²⁹.

Así mismo, la orden de uso de lentes, por *miopía ao, astigmatismo ao y ambliopía ao*, suscrita por el médico optómetra Eduardo Mejía Acuña³⁰

Se advierte también, pre-autorizaciones de servicios No. (POS-8522) 6108-111986767, No. (POS-8522) 6108-111986766, No. (POS-8522) 6108-111986765, No. (POS-8522) 6108-111986642, No. (POS-8522) 6108-11764648, No. (POS-8522) 6108-111986641³¹, No. (POS-8522) P021-120606296, No. (POS-8522) P021-120811493, No. (POS-8522) P021-120811494³², mediante las cuales la Nueva E.P.S. genera las órdenes para entrega de los medicamentos y los pañales desechables.

Frente a lo anterior, la Nueva E.P.S. informa, que los medicamentos fueron aprobados y dirigidos a la Farmacia Trimed; que actualmente, no cuenta con más proveedores de medicamentos, por lo que manifiesta que hará los acercamientos pertinentes con la misma, solicitando además al juez de primera instancia que se vincule a la entidad farmacéutica dentro del trámite tutelar.

²⁸ Folios 7 - 8, cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folios 9-13, cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 20, cuaderno de primera instancia.

³¹ Folios 14-19, cuaderno de primera instancia.

³² Folios 24-27, cuaderno de primera instancia.

Pues bien, pese a lo manifestado por la entidad accionada, lo cierto es que razón tiene el A-quo, cuando señala que la demora en la entrega de los medicamentos prescritos por el médico tratante, vulnera los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de la joven Paola Andrea Zabaleta Castillejo, pues, se trata de un sujeto de especial protección constitucional, que no cuenta con los recursos económicos para solventar los gastos que acarrearán **los múltiples tratamientos** ordenados para enfrentar la patología que padece.

Por otro lado, con respecto a lo aducido por la Nueva E.P.S. en el escrito de impugnación, referente a que los paños desechables son considerados como insumos de aseo de carácter personal, los cuales se encuentran fuera de la cobertura del Plan de Beneficios de Salud (PBS), se encuentra señalado en decantada jurisprudencia constitucional, que los pañales desechables constituyen un elemento indispensable, para garantizar la vida digna de los pacientes cuya enfermedad o discapacidad ameriten el uso de los mismos y los cuales no tengan la capacidad económica para asumir el costo que implica su uso³³.

Con relación al suministro de los lentes, no se encuentra razón por la cual, la Nueva E.P.S. niegue la entrega de los lentes ordenados por el médico optómetra, pues, según lo dispuesto en la resolución No. 5857 de 2018, mediante la cual se actualizó el Plan de Beneficios en Salud (PBS), para las personas pertenecientes al régimen subsidiado que se encuentre entre mayores de 21 y menores de 60 años (predicable para el caso de la accionada), son financiados los lentes externos, con su adaptación a la montura, siendo el valor de esta última asumida por el paciente, siempre que no implique este último valor, per se, afectación de un derecho fundamental del interesado.

Así mismo, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis sobre la procedencia de la acción de tutela con relación a las afectaciones de la

³³ Véase, Sentencia T-215 de 2018, T-552 de 2017, T-120 de 2017, T-336 de 2019.

visión, puesto que, las mismas constituyen situaciones que propician un detrimento a la salud de los usuarios *“Las afecciones que menoscaban la visión de una persona, reducen y limitan su calidad de vida ya que le impiden al individuo usar adecuadamente uno de los sentidos de los que ha sido dotado para conocer el mundo exterior. En esta medida, la intervención del juez constitucional se hace necesaria para restaurar a la persona en su dignidad, ordenándole a la entidad que sea del caso, autorizar o practicar la cirugía. De no practicarse la operación o el tratamiento u omitirse el suministro de los medicamentos o elementos, se extendería un deterioro en la salud y/o en la calidad de vida, que hace necesaria la intervención del Juez constitucional con miras a restaurar a la persona en su dignidad y en su integridad física”*³⁴.

Aunado a lo anterior, este Tribunal comparte la decisión del A-quo consistente en ordenar que la accionada cumpla con el suministro de exámenes, medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera en razón de la patología que padece, ya que, en atención al principio de atención integral³⁵, es necesario que la entidad, además de brindar los insumos y servicios requeridos en este trámite tutelar, siga generando las órdenes a que haya lugar en razón al diagnóstico de la accionante consistente en miopía, astigmatismo, ambliopía e incontinencia fecal.

Finalmente, en lo que respecta al recobro de los insumos y medicamentos ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRESS) se señala, que ello corresponde a un trámite administrativo que deberá adelantar la Nueva E.P.S. con la correspondiente entidad territorial; por tanto, este Tribunal se abstendrá de emitir una orden al respecto.

³⁴ Véase, Sentencia T-637 de 2008, Sentencia T-1081 de 2001.

³⁵ Según la Corte Constitucional, el principio de integralidad comprende: *“El principio de integralidad, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. La materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio se realice de manera oportuna, eficiente y con calidad; de lo contrario se vulneran los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud”*.

En ese orden de ideas, habrá de confirmarse el fallo recurrido que tuteló los derechos invocados por la parte actora.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 05 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 199.

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.

CUARTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0038/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA