



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2018-00418-01
ACCIONANTE: GLADYS BERTHA QUIÑONEZ DE ALANDETE, en representación de su madre LEONOR MARÍA ROMERO DE QUIÑONEZ
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 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió parcialmente el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

La señora **GLADYS BERTHA QUIÑONEZ DE ALANDETE**, actuando en representación de su madre **LEONOR MARÍA ROMERO DE QUIÑONEZ**, 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 señora Leonor María Romero, pañales desechables talla M, así como también, crema anti-pañalitis, paños húmedos y crema anti-escaras.

¹ Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Pide además, que la Nueva EPS garantice de forma ininterrumpida cualquier otro tratamiento, procedimiento o medicamentos POS y no POS, que requiera el paciente en razón de su enfermedad.

1.2. Hechos²:

Manifiesta la accionante Gladys Bertha Quiñonez, que su madre, la señora Leonor María Romero, es una persona de la tercera edad, diagnosticada con *Enfermedad de Alzheimer, Hipertensión Arterial, Insomnio e Incontinencia Urinaria*, lo que ha disminuido ostensiblemente su capacidad de movilidad y recibe atención médica en casa.

Señala, que como consecuencia de lo anterior, el médico tratante adscrito a la Nueva EPS, le ordenó pañales desechables talla M, cada 12 horas, siendo 180 unidades cada 3 meses.

Refiere, que pese a las autorizaciones emitidas por la Nueva EPS, no se ha hecho entrega de los pañales por parte de la IPS Farmacia Trimed Distribuidora Ltda., habiendo transcurrido un mes desde la autorización del servicio.

Alude, que realizó una queja ante la Defensoría del Pueblo para que dicha entidad requiriera a la Nueva EPS, por la demora en la entrega de lo solicitado por la accionante, a lo que la Nueva EPS hizo caso omiso.

Añade, que su madre es beneficiaria del régimen subsidiado de salud y no cuenta con los recursos económicos para solventar los gastos de pañales, ni tampoco de implementos como paños húmedos y cremas anti-escaras y anti-pañalitis.

Por último, manifiesta la señora Gladys Bertha Quiñonez, que es también de la tercera edad, que no tiene capacidad económica para hacerse cargo de lo que requiere su madre, por las múltiples enfermedades que padece.

² Folios 1 - 4 del cuaderno de primera instancia.

1.3.- Contestación³.

-. La **NUEVA E.P.S.**, por conducto de apoderada judicial, informa que la usuaria Leonor Romero de Quiñonez registra afiliación en la entidad y se encuentra activa en el régimen subsidiado.

Indica, que los pañales solicitados por la accionante, fueron aprobados y dirigidos a la Farmacia Trimed Distribuidora Ltda., 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 paños húmedos, crema anti-escaras y crema anti-pañalitis, manifiesta, que para ello la accionante no cuenta con orden médica que prescriba dichos insumos, por lo que antes de solicitarlo por tramite tutelar, debe acudir a valoración por medicina general, para así determinar su plan de manejo clínico; o si en su defecto, cuenta con orden médica reciente, proceda a radicarla ante la EPS.

Aduce, que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa que puede hacer valer, en atención a que la tutela es un mecanismo judicial que tiene carácter excepcional, que permite la protección de derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular; y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, esta resulta viable, siempre que se origine en hechos ciertos

³ Folios 17 - 19 del cuaderno de primera instancia.

y reconocidos, de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela y vincular a la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre, para que atienda las pretensiones No PBS de la accionante, así como también, que en caso que se amparen los derechos de la accionante, se reconozca el derecho a la Nueva EPS, a través de su representante legal, de repetir contra las prestaciones a las cuales no se encuentre obligada.

- **El Departamento de Sucre - Secretaría de Salud Departamental**, fue vinculado al proceso mediante auto del 11 de diciembre de 2018⁴, sobre lo cual rindió informe⁵, solicitando que se declare improcedente el trámite tutelar con respecto a su persona jurídica, toda vez, que no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la tutelante, pues, es responsabilidad exclusiva de la Nueva E.P.S., someter a comité científico la aprobación de los insumos pedidos NO POS, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la resolución 1479 de 2015.

- La **Farmacia Trimed Distribuidora Ltda.**, fue también vinculada al proceso mediante auto 11 de diciembre de 2018; sin embargo, no rindió informe alguno.

1.4.- La providencia recurrida⁶.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, tutela de forma parcial el derecho fundamental a la salud, la vida digna y a la seguridad social de la señora Leonor María Romero de Quiñonez, ordenando a la Nueva EPS, que haga entrega de los pañales desechables talla M, en la forma como lo prescribió el médico tratante. Ordena además, que sean entregados de forma periódica y permanente, por el tiempo que lo requiera la paciente, lo

⁴ Folios 37-39, Cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 47-49, Cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 53 – 61, Cuaderno de primera instancia.

relacionado a insumos de paños húmedos, crema anti-escaras y crema anti-pañalitis.

Niega, las demás pretensiones de la acción.

Como fundamento de su decisión, expone el A-quo, que la entidad accionada vulnera el derecho a la salud de la accionante, dado que la protección de los derechos invocados debe verse materializada y además cumpliendo las condiciones de integralidad y continuidad, máxime cuando se trata de personas sujeto de especial protección constitucional.

Expresa, que la tesis que maneja el Despacho, es aquella que considera que la Entidad Promotora de Salud es la encargada de que se cumpla con la entrega de los medicamentos e insumos solicitados, por ello, aunque se hubiere vinculado a Farmacia Trimed Distribuidora Ltda., la primera es la responsable del suministro oportuno y eficiente, contando además con autonomía para la contratación de las entidades que hacen parte de su red de servicios.

Con relación a la entrega de los elementos de higiene y cuidado personal, que no fueron prescritos por el médico tratante, señala, que sí su necesidad resulta evidente, el juez puede aún sin prescripción médica, ordenar su suministro, en atención a la jurisprudencia constitucional que ha procedido de esta forma, una vez demostradas las condiciones de diagnóstico y la falta de capacidad económica del paciente para solventar lo requerido.

Por último, con relación a la pretensión realizada para la prestación de servicios y medicamentos, que en adelante requiera la paciente en razón de su enfermedad, manifiesta, que la acción de tutela no es procedente para ordenar atención futura e incierta, pues, para colegir la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, es necesario que tengan las características de ciertos y reales.

1.5.- La impugnación⁷.

Inconforme con la decisión de primer grado, la Nueva E.P.S. la impugna, con el fin de que la misma sea revocada, reiterando lo expuesto en el escrito de contestación de la tutela, referente a que no ha negado los servicios médicos requeridos por la actora y por el contrario, le ha suministrado cada uno de los prescritos por los galenos tratantes, a través de las autorizaciones emitidas y dirigidas a las distintas IPS y Farmacia Trimed Distribuidora Ltda. – Sincelejo.

Insiste, en que el medicamento requerido fue aprobado y dirigido a la aludida farmacia y que actualmente, no cuenta con otro proveedor de medicamentos, por lo que hará las gestiones pertinentes.

Reitera su oposición a la solicitud concerniente al suministro de paños húmedos, crema anti-escaras y crema anti-pañalitis, toda vez, que como lo manifestó anteriormente, la accionante no cuenta con orden médica que considere la necesidad de utilización de estos.

Y reitera su solicitud, de que en caso de accederse al amparo de tutela, se le reconozca el derecho a repetir contra el FOSYGA (hoy ADRES), por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la entidad.

1.6.- Trámite en segunda instancia.

Por auto del 12 de febrero de 2019⁸, se resolvió admitir la impugnación contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

⁷ Folios 63 - 64 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 9 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: ¿Vulneran los derechos a la salud y a la vida digna, las entidades prestadoras de salud, por la negativa de ordenar el suministro de pañales, pañitos húmedos y cremas antipañalitis a personas de la tercera edad, con serios quebrantos de salud, 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; *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 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...”*⁹, criterio compartido en providencia del 25 de febrero de 2009¹⁰, 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 dignidad¹¹. Para la Corte Constitucional¹², 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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

¹¹ 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.

¹² 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.”¹³

¹³ 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 discapacidad¹⁴.

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 pañales¹⁵, 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 esfínteres¹⁶.

Por tal razón, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en

¹⁴ Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

algunas circunstancias, ha llevado al juez de tutela, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.

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”¹⁷.

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 excluidos¹⁸.

¹⁷ 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, ente otras.

¹⁸ Resolución No. 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

A este respecto, comienza una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional¹⁹, en materia de protección del derecho a la salud por el no 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 2014²⁰ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

2.3.6. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

El artículo 4º *Superior* recuerda que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley, prevalece la norma 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”²¹

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 constitucionales²².

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

²¹ Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² *Ibidem*

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.”

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 2010²³, 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

²³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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 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 comunidad²⁴. 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 pago²⁵.

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

²⁴ Ver sentencia C-529 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁵ Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

pañales. En todo caso, este criterio objetivo debe combinarse con criterios subjetivos, como el número de personas que derivan su sustento del ingreso familiar. Estos aspectos subjetivos, deben ser informados de buena fe por el interesado²⁶.

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.

2.4. 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 la señora GLADYS BERTHA QUIÑONEZ DE ALANDETE, en representación de su señora madre LEONOR MARÍA ROMERO DE QUIÑONEZ, consistente en ordenarle a la NUEVA E.P.S., la entrega de pañales Tena Talla M, de conformidad con la prescripción médica realizada por el galeno tratante, así como también, el suministros de paños húmedos, crema anti-escaras y crema- antipañalitis.

Pues bien, en el expediente se advierte (1) que la señora LEONOR MARÍA ROMERO DE QUIÑONEZ, tiene 94 años de edad²⁷ 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 contestación²⁸.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Según se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 6 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folio 17, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, (2) se observa que la accionante presenta un diagnóstico de *Enfermedad de Alzheimer, Hipertensión Arterial, Insomnio e Incontinencia Urinaria*, como se ve en historia médica realizada bajo el control clínico del profesional médico Marlon Javier Sierra²⁹.

Por otro lado, de la formula médica suscrita por el médico tratante, se desprende, (3) que le fue prescrita al accionante el uso de pañales desechables talla M, cada 12 horas durante 3 meses³⁰.

En virtud de lo anterior, (4) la Nueva E.P.S. pre-autorizó los respectivos servicios el día 01 de noviembre de 2018³¹, para que la paciente reclamara lo ordenado en la Farmacia TRIMED Distribuidora Ltda. No obstante, la accionante alega en su tutela, que no le han sido entregadas las cantidades requeridas, habiendo transcurrido más de un mes de la autorización de los mismos, sin (5) contar con los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos que esto implica.

Frente a lo anterior, la Nueva E.P.S. informa que (6) los medicamentos fueron aprobados y dirigidos a la Farmacia Trimed Ltda.; 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.

Pues bien, pese a lo manifestado por la entidad accionada, lo cierto es que razón tiene el A-quo, acorde con el marco normativo descrito, cuando señala que la demora en la entrega de los pañales prescritos por el médico tratante, vulnera los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas y justas de la señora Leonor María Quiñonez, toda vez, que la Entidad Promotora de Salud, es quien debe velar porque se cumpla con la entrega de los medicamentos e insumos solicitados, teniendo

²⁹ Folios 9 - 10, cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 8, cuaderno de primera instancia.

³¹ Folio 7, cuaderno de primera instancia.

además la autonomía de escoger las entidades que forman parte de su red de servicios, sin que se pueda oponer razones de orden presupuestal.

A parte de lo anterior, la Nueva E.P.S, como contratante de Farmacia Trimed Ltda., es la encargada de garantizar el cumplimiento de su contratista, materializando y efectivizando el objeto contractual, debiendo así, constatar que la farmacia contratista haga la entrega material, de los medicamentos prescritos por sus médicos adscritos y autorizados por ella.

Lo anterior, aunado a que la paciente, reúne los requisitos para ser atendida de manera especial, dadas sus condiciones de vulnerabilidad devenida de la edad, los quebrantos de salud que padece y su condición económica y la de su familia, que impide reclamar la solidaridad familiar (tanto quien funge como demandante oficioso, como su madre, anuncian que no tienen ingresos económicos).

Aspectos que a su vez, implican que pueda aplicarse la excepción de inconstitucionalidad sobre la exclusión establecida en el ítem 42 del Anexo Técnico de la Resolución 5267 de 2017, referente a toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo, en los términos anotados en el marco normativo.

Aunado a lo anterior, también se advierte que la accionante solicitó que se ordenara a la Nueva E.P.S., cumplir con la integralidad de los servicios médicos, tales como exámenes, especialidades médicas, procedimientos y/o cualquier otro servicio que demanda en relación a la patología que padece.

Frente a lo anterior, no se comparte la decisión del A-quo consistente en negar el amparo con relación a dicha solicitud, ya que, en atención al principio de atención integral³², es necesario que la entidad, además de

³² 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

brindar los insumos requeridos, siga generando las órdenes a que haya lugar y suministre, oportunamente, los medicamentos, procedimientos y tratamientos que requiera la paciente en razón su diagnóstico de Enfermedad de Alzheimer, Hipertensión Arterial, Insomnio e Incontinencia, atendiendo a la características del caso y que tales padecimientos devienen de diagnóstico emitido por la propia entidad demandada.

Finalmente, en lo que respecta al recobro de los insumos y medicamentos ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA (hoy 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.

En ese orden de ideas, habrá de confirmarse parcialmente el fallo recurrido que tuteló los derechos invocados por la parte actora, modificándose su contenido en cuanto hace a la atención integral.

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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. En su lugar se dispone: **“ORDENAR** a la NUEVA E.P.S., *garantizar, de forma oportuna e ininterrumpida, atención integral a la señora LEONOR MARÍA ROMERO DE QUIÑONEZ, con relación a las patologías que padece y que haya sido debidamente diagnosticada por el ente accionado, atendiendo las reglas que al efecto imperan”*.

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”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

CUARTO: 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.

QUINTO: 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. 0023/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA