

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015)

REF:	Radicado	05-001-33-33-007-2015-00115-00
	Actuación	ACCIÓN DE TUTELA
	Accionante	LIBIA VASQUEZ SALAZAR
	Afectada	MARIA SALAZAR CARDONA
	Accionado	ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S
	Tema	Derecho a la Salud y a la Seguridad Social, son Derechos Fundamentales -
	Sentencia	123

La señora **LIBIA VASQUEZ SALAZAR**, actuando como agente oficioso de su madre, la señora **MARIA SALAZAR CARDONA**, acude en ejercicio de la Acción de Tutela con el fin de solicitar a este Despacho la protección de los Derechos constitucionales Fundamentales de la afectada, los cuales considera amenazados por la omisión en la que incurre **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S**, al no autorizarle y hacerle entrega de los pañales que le fueron prescritos a la afectada por su médico tratante.

Solicita del Juez Constitucional se protejan los Derechos Fundamentales de su agenciada y en consecuencia se ordene a la entidad accionada le restablezca sus derechos, ordenándole que le suministren los pañales requeridos.

Para la prosperidad de su pretensión, se apoya en los fundamentos fácticos que este Despacho a renglón seguido resume:

Afirma la actora que la afectada en tutela tiene 82 años de edad y padece de “DEMENCIA SOCIADA A ENFERMEDAD DE PARKINSON, NO CONTROLA ESFINTERES”, por lo que refiere que el médico tratante le ordenó el uso de “PAÑALES DESECHABLES ADULTO” y el CTC de la EPSS niega el suministro de los mismos.

Así mismo, afirma la actora que su situación económica es muy precaria por lo cual no está en capacidad de asumir el costo de los pañales

TRÁMITE DEL PROCESO

Mediante auto del **6 de febrero de 2015** se admitió la tutela y se ordenó la notificación a la entidad accionada (**folio 12**), para lo cual se libró el oficio **889** de la misma fecha (**folio 13**) y recibido por la entidad accionada el día **10 de febrero de 2015 (folio 14)**.

POSICIÓN DE LA ACCIONADA

Por su parte, **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S** mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2015 (folios 15 y ss.), manifiesta que la afectada se encuentra afiliado a dicha EPS-S a través del Municipio de Medellín desde el 01/04/2012, presenta NO CONTROL DE ESFINTERES, y requiere SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES ADULTO.

Expresa que aunque la paciente presenta diagnóstico de “DEMENCIA” que se menciona en los hechos, la que registró el médico tratante y que justifica la prescripción de los pañales es el NO CONTROL DE ESFINTERES, por lo que solicita que en el fallo de tutela se haga alusión solo a esta patología.

Así mismo, señala que los pañales solicitados no se encuentra en el POS y más aún, están expresamente excluidos del mismo, al ser un implemento de aseo personal y no un servicio de salud, por lo que la EPS-S no puede autorizarlos, pero si los sometió al análisis por el CTC, quien según Acta 857, caso 156 del 26 de diciembre de 2014 (folio 4), los negó por estar excluidos del POS y no estar en riesgo la vida del usuario.

Solicita finalmente la accionada, que el Despacho se pronuncie únicamente frente a la patología denominada NO CONTROL DE ESFINTERES, que se declare improcedente la tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que los solicitado por la accionante, no es competencia de la EPSS y en caso que el Despacho decida tutelar, solicita se imponga a la SSS y PSA lo NO POS- Subsidiado para la patología de la afectada y se le posibilite el recobro por lo NO POS frente a la SSS y PSA.

RECUESTO PROBATORIO

Reposan en el expediente los siguientes elementos probatorios:

- Copia de Acta de Comité Técnico Científico (**folio 4**).
- Copia de solicitud de autorización de servicios de salud (**folio 5**).
- Copia de formula médica (**folios 6 y 11**).
- Copia de formato solicitud de medicamentos NO POS para tramitar ante la entidad aseguradora (**folio 7**).
- Copia de historia de consulta externa (**folio 8**).
- Copia de cédula de ciudadanía de la accionante y de la afectada en tutela (**folios 9 y 10**).

Vencidos los términos procesales y al no observarse en la presente Acción de Tutela causales de nulidad de lo actuado, se procede a dictar el fallo de instancia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción, en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000 y se está emitiendo fallo dentro del término perentorio y preferencial de diez (10) días, previsto en el inciso 4° de la citada disposición constitucional y en el artículo 15 del Decreto en mención.

Legitimación en la Causa:

El Decreto 2591 de 1991 que reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política en su artículo 10, dispone que la persona puede actuar por sí misma o a través de representante, por lo que la aquí accionante, señora **LIBIA VASQUEZ SALAZAR**, está legitimada para actuar como agente oficioso de su madre, la señora **MARIA SALAZAR CARDONA**, como quiera que ésta es una persona de avanzada edad que padece de demencia, como se advierte de los anexos de la acción.

Tampoco se discute la legitimación en la causa por pasiva de la accionada **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S**, toda vez que, en virtud de la relación contractual con el ente territorial, ésta es la encargada de la prestación del Servicio como Entidad Prestadora de Servicios de Salud al Régimen Subsidiado y es a ésta última a la que se le endilga la vulneración de los derechos fundamentales, razón por la cual el caso se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 1° y el ordinal segundo del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Problema Jurídico:

Deberá el Despacho resolver si en el presente caso se encuentran vulnerados los Derechos

Fundamentales de la afectada y en caso positivo, establecer si la accionada es la responsable de dicha vulneración.

De la Doctrina Jurisprudencial:

1. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia. Sentencia T-525 del 2011:

“3. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.

La Corte Constitucional, en sus inicios, manifestó que como el derecho a la salud era de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata, sin embargo, el Estado Colombiano estaba en la obligación de proteger el nivel más alto posible de acuerdo a su capacidad institucional y a sus recursos económicos.

Con el paso del tiempo esta tesis de cierto modo fue reevaluada, pues el derecho a la salud fue protegido a través de la acción de tutela, pero para ello se recurría a la teoría de la conexidad, pues se consideraba que el derecho a la salud por sí solo no podía ser protegido a través de este mecanismo, sino que era necesario demostrar la afectación a un derecho fundamental.

Más adelante, este tribunal constitucional sostuvo que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección¹¹. En la sentencia T-859 de 2003, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y dijo que la salud era por sí solo un derecho fundamental: "el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho".

En el mismo sentido, la Corte en la sentencia T-760 de 2008, reiteró lo anotado por la sentencia C-811 de 2007, en el sentido de establecer que "que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles." Posteriormente, la T-760 de 2008 concluyó diciendo que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda que en este momento el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que permite hacerlo exigible de manera directa a través de la acción de tutela”.

Fue esta misma Corporación la que sostuvo en sentencia T 683 de 2011. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

“4. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

En la Constitución Política, la salud viene definida como un servicio público, el cual puede ser prestado por entidades públicas o privadas. Sin embargo, la salud también es considerada como un derecho, el cual, según la Corte Constitucional, a pesar de tener un carácter prestacional, se estima fundamental en sí mismo en algunos eventos y, por ende, es exigible por vía de la acción de tutela.

Siguiendo la línea anterior, esta Corporación ha protegido este derecho por tres vías, “(I) estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; (II) reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de

especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; (III) afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”[.

Lo anterior no significa que en todos los casos el derecho a la salud pueda ser protegido a través del mecanismo de amparo pues, como se señaló, éste tiene un alcance prestacional, razón por la cual deben atenderse criterios de racionalidad en el manejo de los recursos con los que cuenta el sistema general de seguridad social en salud, para sufragar las demás contingencias que se puedan presentar.

En síntesis, se reconocerá la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se logre demostrar que la falta de reconocimiento de éste “(i) significa, a un mismo tiempo, lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) afectar a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”.

Con respecto al derecho a la salud de los menores de edad, la Constitución Política establece, en su artículo 44, que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. Derechos que prevalecen sobre los derechos de los demás.

Así mismo, por disposición del referido artículo constitucional, los encargados de materializar dichos derechos y de hacerlos efectivos son, en primer lugar, la familia como núcleo fundamental; en segundo lugar, la sociedad; y; en tercer lugar, el Estado.

La Corte Constitucional, en múltiple jurisprudencia, ha reiterado que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos protegidos de manera especial por la Constitución. Así pues, uno de los derechos que merece un trato preferencial es el de la salud, pues de ésta depende su adecuado desarrollo físico e intelectual. Al respecto, la Ley 12 de 1991 en su artículo 24 señala que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

A su vez, establece que los Estados Partes están en la obligación de asegurar el pleno disfrute del derecho a la salud y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para “asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

Posteriormente, el legislador profirió la Ley 1098 de 2006, en la cual se estableció que “todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, síquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”.

En observancia de lo expuesto, la Corte ha estimado que el derecho a la salud de la niñez debe atenderse de manera prioritaria y no puede, por ningún motivo, ser obstaculizado, en razón del estado de debilidad manifiesta en el que se encuentra este grupo de la población”.

2. Capacidad económica del usuario. Carga de la prueba¹.

“17. Conforme a las reglas jurisprudenciales vistas anteriormente, para que la tutela se torne procedente en los casos en los que se solicita la exoneración de copagos, la persona debe carecer de recursos para sufragarlos.

18. Como en todo proceso, los hechos deben ser probados y la falta de capacidad económica no es la excepción a esto. Sin embargo, existen unas reglas que se han venido consolidando jurisprudencialmente, acerca de sobre quién recae la carga de la prueba de tal hecho, teniendo en cuenta que tradicionalmente se entendería que le corresponde al actor. A continuación se exponen las pautas que se han creado:

“ i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) **ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario;** (iii) **no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba;** (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) **en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad**”^[19]

19. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la persona que pretende su amparo en sede de tutela se encuentra vinculada al sistema de seguridad social en salud en el nivel de atención SISBEN 2.

20. La situación de la población registrada en dicho nivel del SISBEN ha sido estudiada por esta Corporación; a propósito del tema, en la sentencia T- 158 de 2008 se afirmó:

“Ahora, otro aspecto que vale la pena resaltar es que, tratándose de una persona afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud o de un participante vinculado, es viable presumir la falta de capacidad económica, ya que uno de los requisitos para acceder a tal régimen es precisamente la escasez de recursos que se determina a través de una encuesta en la que tienen relevancia aspectos como los ingresos, egresos, situación de vivienda, nivel de educación y otros que permiten colegir el nivel social de quienes la presentan.”

21. Por lo tanto, se tiene que cuando el accionante manifiesta no tener capacidad económica para sufragar los copagos, la carga de la prueba se invierte, y es a las entidades demandadas a quienes corresponde probar lo contrario, toda vez que cuentan con las bases de datos que contienen la información necesaria para establecer la veracidad o no de tal afirmación”.

3. Salud y acceso a los servicios excluidos del POS:

La Honorable Corte Constitucional recientemente se pronunció sobre el tema de la salud y el acceso a los servicios excluidos del POS Contributivo y Subsidiado, esto en la Sentencia C-463 de 2008 en la cual analizó la demanda de inconstitucionalidad planteada en contra del literal j (parcial) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, señalando lo siguiente:

¹ Corte Constitucional sentencia T 725 de 2010.

“6.2 Aplicación de los principios generales y el carácter fundamental del derecho a la salud

6.2.1 De conformidad con las razones expuestas en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, el sistema general de salud constituye un derecho de carácter **obligatorio e irrenunciable**, cuyo cumplimiento, organización, dirección, vigilancia y control como servicio público se encuentra en cabeza del Estado, de conformidad con la ley, y que se encuentra gobernado por los principios de **universalidad, solidaridad y eficiencia** (arts. 48 y 49 CN).

El carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad, esto es, su carácter de **derecho fundamental**, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, ya que se trata, de un lado, de un derecho que es predicable de manera **universal** y sin excepción respecto de **todas las personas** sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación, tal y como lo prevé el artículo 49 Superior. Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, esta Corte ha reconocido también la fundamentabilidad del derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida digna e integridad personal.

“...En consecuencia, la Corte teniendo en cuenta el principio de “conservación del derecho” condicionará la exequibilidad del aparte contenido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las EPS objeto de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamentos y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legales de seguridad social en salud vigentes.

Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) **en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS–, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada;** (ii) **en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.**

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. **En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001...**”

Negrillas fuera de texto.

4. Suministro de pañales desechables. Reiteración de jurisprudencia.²

“El ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para preservar la supervivencia, sino para desempeñarse adecuadamente, de modo que las afecciones que comprometan la dignidad deben ser superadas o al menos paliadas, teniendo el paciente derecho a abrigar esperanzas de recuperación y conseguir alivio a sus dolencias, para procurar una vida acorde al “respeto de la dignidad humana”³

Así, en varias oportunidades esta Corte ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir dignamente; por ende, para su protección constitucional no se requiere estar enfrentando una situación inminente de muerte”⁴

En pronunciamiento del 23 de abril de 2009, en Sentencia T-292/09, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, frente al tema, estableció:

“En cuanto al suministro de pañales desechables, servicio no incluido en el POS, esta Corporación, en Sentencia T-965 de 2007 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) señaló: “corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará 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. En efecto, en la sentencia T-099 de 1999,⁵ la Corte protegió los derechos a la salud y a la vida digna de una persona de la tercera edad que sufre de incontinencia urinaria total; en tal oportunidad se ordenó la entrega de los pañales desechables solicitados, aunque los mismos no se encuentran incluidos en el POS. Se consideró, que la negativa de la EPS para suministrar tal elemento, tornaba indigna y sin calidad de vida la existencia de la actora (...) el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado una situación inminente de muerte, sino que al hacerse indigna la existencia ha de emerger la protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona mayor no puede controlar sus esfínteres y necesita pañales desechables.⁶ Subrayas y Negrillas Fuera de Texto.

(...)

4. En el presente caso se constata que, la negativa de la Nueva EPS de suministrar los pañales requeridos por la accionante, bajo el argumento que son implementos de aseo no incluidos en el POS, vulnera el derecho a la salud y a la vida digna de la señoraa Ernestina Aros de Manrique, si bien no es un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, la ausencia de su prestación amenaza la calidad de vida y la dignidad de la actora. Como se evidencia en la acción de tutela y en la certificación de la ESE Maria Auxiliadora de Garzón – Huila, la accionante ha presentado tres episodios de accidente cerebro vascular (ACV) dejándole secuelas motoras y sensitivas que le implican, entre otras cosas, incontinencia urinaria, y por tanto, el uso de pañales permanentemente. Con lo anterior, observa la Sala Segunda de esta Corporación que, el insumo solicitado lo que busca en últimas, es mejorar la calidad de vida de la accionante y permitir que esta subsista en condiciones de dignidad, más aun, siendo ésta una paciente discapacitada, con limitaciones físicas evidentes, que actualmente se encuentra en silla de ruedas y sin posibilidad de desplazarse.

Así mismo, se verifica la vulneración del derecho a la salud de la señoraa Ernestina Aros de Manrique, al negársele el suministro de pañales con base en el argumento de que no

² Confrontar Sentencia T-143/09

³ Artículo 1º Constitución Política.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 749 de 2012. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

⁵ MP Alfredo Beltrán Sierra.

⁶ Cfr. T-829 de 2006 (octubre 5), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-155 de 2006 (marzo 2), M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de 2003 (diciembre 12), M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-899 de 2002 (octubre 24), M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

presento solicitud de este servicio ante el Comité Técnico Científico, teniendo en cuenta que, como se expuso, esta obligación se encuentra en cabeza de la entidad y no del usuario como alega la Nueva EPS.

De conformidad con lo expuesto, decide la Sala tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenar a Nueva EPS que en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, suministre los pañales requeridos por la accionante en la cantidad y periodicidad solicitada en la orden médica de la doctora Cira Astrid Perdomo, medico tratante de la señoraa Ernestina Aros de Manrique. La Nueva EPS podrá repetir contra el Fosyga los costos en los que haya incurrido y en virtud de la regulación no le corresponda asumir. No obstante, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en casos similares, se advertirá al Fosyga que en virtud de la regla de recobro parcial fijada por la Ley 1122 de 2007,⁷ cuya constitucionalidad fue estudiada en la sentencia C-463 de 2008,⁸ no puede pagar a la EPS más del 50% del monto que ésta tenga derecho a repetir, en la medida en que no tramitó adecuadamente la solicitud de la accionante...”.

El artículo 47 de la Constitución, califica a los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” como merecedores de atención especializada, ante toda clase de novedades de salud y en sentencia T-179 de febrero 24 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se expresó que “hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno)”.

En este mismo sentido, se pronunció la H. corte Constitucional más recientemente en sentencia T 749 de 2010. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

“Esta corporación se ha ocupado de múltiples solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración de los derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, cuando las empresas que prestan el servicio respectivo se niegan a autorizar un procedimiento, intervención o medicamento científicamente indicado para la superación de una determinada afección, o al menos como paliativo.

Recuérdese, por ejemplo, que mediante sentencia T-949 de octubre 7 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se concedió amparo a una mujer que requería un medicamento, negado por la empresa prestadora del servicio y por el Juzgado del conocimiento, sobre la base de que su falta no le estaba amenazando derechos fundamentales al punto de poner en peligro su vida, siendo claro que lo anhelado no es la mera garantía de pervivencia en cualesquiera condiciones, sino con dignidad y bajo los menores padecimientos posibles.

Posteriormente, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estudió el caso de una señoraa de 85 años que estaba en “postración total”, por “alzheimer... con apraxia para la marcha” y pérdida de control de esfínteres, negándosele el suministro de pañales desechables al no estar incluidos en el POS ni haber sido formulados por un médico adscrito, no obstante lo cual se ordenó a la EPS suministrarlos.

Se estimó que la negativa a entregar esos elementos comprometía “aún más la dignidad de su existencia, pues a la inhabilidad para controlar esfínteres y su avanzada edad, se suma la imposibilidad de desplazarse y que la piel se le ha estado ‘quemando’ o ‘pelando’, sin que la EPS demandada haya acreditado situación económica adecuada de alguno de los comprometidos a solventar la subsistencia de la señoraa para costear los implementos reclamados”, hallándose sin fundamento “la suposición contenida en el fallo de instancia de

⁷ Al respecto ver la sentencia T-760 de 2008, apartado [4.4.4.4.] de las consideraciones.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2008.

que los hijos de la enferma, quien carece de pensión o renta alguna, ‘podrían eventualmente, sufragar los gastos para el suministro de estos pañales’”.

Como también se rememoró en la precitada providencia acerca del requisito de la fórmula expedida por un médico adscrito a la EPS, la Corte en fallo T-899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el ISS, al cual ordenó entregar los pañales, pese a que no aparecía formulación por un médico adscrito a esa entidad, pero resultando obvia la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana.

Lo anterior realza que, respecto a enfermedades o dolencias que afectan la calidad y la dignidad de la vida, se debe proteger el derecho respectivo, más aún tratándose de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

Del caso concreto:

1 Señala la accionante, que al no autorizársele y suministrársele los pañales que requiere su madre, se vulneran los Derechos Constitucionales Fundamentales de la afectada en tutela, lo que le permite promover esta acción constitucional de protección para que se ordene a la EPSS Alianza Medellín Antioquia, se suministre lo requerido.

LA EPS-S ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA, dio contestación en los términos ya indicados.

2 Encuentra el Despacho que la entidad competente de otorgar la autorización y el **efectivo suministro** que a través de esta solicitud de amparo requiere la señora **MARIA SALAZAR CARDONA**, es aquella que tiene a su cargo actualmente el servicio de salud, por lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011 que en el **Título VI, atribuye la prestación de dicho servicio a cargo de las EPS, EPS-S, IPS y ESE** entre otras; por lo que en el presente caso, es la **EPS-S ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA** quien debe autorizar lo requerido por la afectada en tutela y lograr que se materialice su prestación.

Es claro también que de los documentos que reposan en el expediente se infiere que el médico tratante, Doctor Carlos A. Figueroa, el 4 de noviembre de 2014, ordenó “**PAÑALES DESECHABLES ADULTO TALLA S**” (folio 5), los cuales según Acta de Comité Técnico Científico de ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S (folio 4), fueron negados por encontrarse expresamente excluidos del POS y no estar en riesgo la vida de la paciente.

Advierte el despacho que, el Derecho a la Seguridad Social en Salud es un derecho que tiene el carácter fundamental y que dicho carácter **se justifica también por su importancia para la vida digna de las personas**. Si bien es cierto que en el presente caso no se pone directamente en riesgo la vida de la afectada, si se afecta el derecho a la salud, ligado este a la vida digna de la señora **MARIA SALAZAR CARDONA**; siendo claro además que la agenciada requiere del suministro que está solicitando para preservar su salud, ligada a las condiciones dignas de vida, ya que el mismo le fue ordenado por su médico tratante y fue justificado por éste en la patología que aqueja a la afectada, tal y como se observa en folio 5 vto. del expediente en el cual se consigna *paciente con cuadro de demencia asociada a enfermedad de Parkinson. No controla esfínteres*, máxime teniendo en cuenta lo establecido por la honorable Corte Constitucional en Sentencia T-160 de 2011, en la que a este respecto señaló:

“Conforme lo establece la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos sobre la materia, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal.

Precisamente y para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan obligatorio de salud⁹ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del Plan Obligatorio de Salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, 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; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo¹⁰.

En este sentido, en sentencia T-760 de 2008 esta Corporación, indico:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”

Los pañales desechables, al ser insumos que se encuentran excluidos del POS, deben cumplir con los requisitos expuestos anteriormente. No obstante, existe jurisprudencia de esta Corporación que ha obviado uno de estos requisitos: la orden del médico tratante.

La justificación que ha dado la jurisprudencia para tomar la referida decisión es que la negación de este producto afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables.” (Negrillas del despacho)

Teniendo en cuenta lo anterior y si bien es cierta la afirmación de la entidad accionada en cuanto a que los pañales desechables **no son un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, la ausencia de su prestación amenaza la calidad de vida y la dignidad de la afectada, por lo que la negativa de la EPS para suministrar tal insumo, torna indigna y sin calidad de vida la existencia de la paciente.**

Si la Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en tutelar el derecho de los usuarios a recibir el suministro de pañales que se requieran, incluso cuando no obra fórmula médica de por medio, es lógico concluir que es viable ordenarlos, en un caso como el actual, en que la **afectada es una**

⁹ El Decreto Reglamentario 806 de 1998 (Art. 3°), establece como planes de beneficios en salud (i) el plan de atención básica en salud (PAB), (ii) plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POS), (iii) plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), (iv) atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y (v) atención inicial de urgencias.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T 760 de 2008

persona “con demencia asociada a enfermedad de Parkinson. No control de esfínteres”, discapacitado, sujeto de especial protección; que los pañales que requiere fueron ordenados por su médico tratante, indicando además, *permanece postrada en cama o sentada en el mismo sitio la mayor parte del tiempo, por lo que es propensa a desarrollar úlceras de presión, al control ilegible cuado (sic) de orina o heces irritan la piel y puede ser un factor de riesgo de ilegible, infecciones cutáneas y escaras (folio 7 vto.)*; máxime teniendo en cuenta que se trata de una persona de escasos recursos económicos, tal y como se desprende de la consulta efectuada por el Despacho en la Base de Datos del Municipio de Medellín (folio 23), la cual arrojó que la afectada está clasificada en el nivel 1 de pobreza en el SISBEN, por lo cual se infiere su incapacidad económica para sufragar lo requerido, situación que no fue desvirtuada por la entidad.

Por lo anterior, se hace necesario tutelar los derechos fundamentales de aquella, ya que al no obtener los pañales que necesita y no poder costear su suministro, se ve afectado su Derecho a la Salud y a la Dignidad Humana.

Así las cosas, cotejadas las pruebas y hecho el análisis respectivo a los lineamientos legales y jurisprudenciales fundamento de la presente decisión, se concluye que la entidad accionada **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S** aún no ha garantizado los Derechos Fundamentales invocados por la accionante, razón por la cual el Despacho tutelar los mismos, disponiendo que en el término de **ocho (8) días hábiles**, contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y suministre a la afectada, los “**PAÑALES DESECHABLES ADULTO TALLA S (360)**”, suministro que deberá efectuarse mes a mes según la prescripción médica y **en tanto lo señale el galeno tratante**.

Ahora bien, es de advertir que toda vez que el insumo cuya autorización y entrega se ordenará a la accionada **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S** se encuentra excluido del POS-S, se le autoriza para que, ajustándose a los lineamientos legales, acuda en recobro ante la **SSS Y PSA** por el valor de los mismos.

Se hace necesario advertir que si bien la parte accionada refiere que la demencia padecida por la afectada no tiene relación alguna con la prescripción de pañales, ello no tiene incidencia en la presente acción como quiera que no se solicitó tratamiento integral alguno donde haya que determinar específicamente la patología padecida.

Por último, se advierte a la parte actora que para efectos de impartir el **TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO previsto por el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, deberá poner en conocimiento del Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión**”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución;

FALLA

1°. TUTELAR los Derechos Fundamentales que **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S**, vulnera a la señora **MARIA SALAZAR CARDONA**, quien se identifica con **CC. 21.727.690**.

2°. ORDENAR a ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S que en el término de **ocho (8) días hábiles**, contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y suministre a la afectada, los “**PAÑALES DESECHABLES ADULTO TALLA S (360)**”, suministro que deberá efectuarse mes a mes según la prescripción médica y **en tanto lo señale el galeno tratante**.

3°. Se FACULTA a la **ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS-S** para que recobre a la **SSS Y PSA**, el valor de los servicios que preste al joven **MARIA SALAZAR CARDONA**, ordenados en este fallo en caso de que no se encuentren incluidos en el POS.

4°. Del acatamiento al presente fallo deberá informarse al Despacho, al siguiente día hábil en el cual se dé cumplimiento al mismo.

5°. Por Secretaría, notifíquese la sentencia por cualquier medio expedito u ordénese librar un telegrama con tal fin, tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Se advertirá que contarán con el término de tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia para efectos de la impugnación, que concede el artículo 31 Ibidem.

6°. Si no fuere impugnada esta providencia, envíese lo actuado a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

7°. Para efectos de impartir el TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO previsto por el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, la PARTE ACTORA deberá poner en conocimiento del Despacho, la omisión por parte de la entidad en atender las órdenes impartidas en la sentencia de tutela, en el evento que no haya procedido de conformidad y en los términos previstos en esta decisión”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BEATRÍZ STELLA GAVIRIA CARDONA

Juez.

a.h