167

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-215 DE 2018

Referencia:

Expedientes acumulados: T-6.381.161, T-6.390.241, T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517.

Acciones de tutela presentadas por: Ómar de Jesús Maya Noreña como agente oficioso de Julia Rosa Noreña viuda de Maya contra Asmet Salud EPS-S; Omaira María Urueña contra Emcosalud IPS; Ilda Maricel Álzate Salazar como agente oficioso de María Nohemy Salazar Montes contra Fundación Médico Preventiva; Nelly María Romero de Gutiérrez como agente oficioso de Manuel Vicente Gutiérrez contra la Nueva EPS; y Amalfi Mejía Acuñá como agente oficioso de Miguel de los Santos Acuña Muñoz contra la Nueva EPS.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., primero (01) de junio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias de tutela proferidas en primera instancia, por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

1. Sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira -Risaralda-, del 27 de abril de 2017, la cual negó el amparo solicitado por el señor Ómar de Jesús Maya Noreña, quien

167

Aleja Rubeo.
1/06/18

actuó como agente oficioso de su progenitora Julia Rosa Noreña viuda de Maya contra Asmet Salud EPS-S (T-6.381.161).

2. Fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Girardot -Cundinamarca-, del 16 de junio de 2017, que declaró improcedente el amparo tramitado por la señora Omaira María Urueña contra Emcosalud IPS (T-6.390.241).

3. Decisión proferida por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín -Antioquia-, del 6 de julio de 2017, la cual negó la solicitud de amparo deprecada por Ilda Maricel Álzate Salazar, en calidad de agente oficioso de su progenitora María Nohemy Salazar Montes contra la IPS Fundación Médico Preventiva (T-6.405.786).

4. Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande -Atlántico-, del 13 de marzo de 2017, la cual negó las pretensiones de Nelly María Romero Gutiérrez, quien fungió como agente oficioso de su esposo Manuel Vicente Gutiérrez contra Nueva EPS (T-6.416.185).

5. Providencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, del 22 de junio de 2017, la cual negó el amparo constitucional deprecado por Amalfi Acuña de Mejía, como agente oficioso de su padre Miguel de los Santos Acuña Muñoz contra Nueva EPS (T-6.419.517).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, mediante auto del 13 de octubre de 2017, la Sala de Selección de Tutelas No. 10[1] de la Corte Constitucional seleccionó y acumuló entre sí, para efectos de revisión, los expedientes T-6.381.161 y T-6.390.241. Posteriormente, en auto del 27 de octubre de 2017, la misma Sala escogió los expedientes T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517 y decidió acumularlos a los expedientes previamente seleccionados, por presentar unidad de materia para fallarlos en una sola sentencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6.381.161

1. Solicitud y hechos

El señor Ómar de Jesús Maya Noreña como agente oficioso de su progenitora Julia Rosa Noreña viuda de Maya, mediante escrito de marzo de 2017 presentado ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, solicitó la protección de los derechos a la salud,

[1] La Sala de Selección No. 10 estuvo conformada por los magistrados Diana Fajardo Rivera y Antonio José Lizarazo Ocampo.

dignidad humana y seguridad social, presuntamente vulnerados por Asmet Salud EPS-S, por el no suministro de pañales, suplementos vitamínicos y productos de aseo personal. El señor Ómar Maya sustentó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. La accionante tiene 90 años de edad, padece de hipertensión arterial, diabetes mellitus, incontinencia urinaria, incapacidad funcional para la deambulación (silla de ruedas) por antecedente de cirugía de cadera y demencia senil[2].

1.2. Comentó que su progenitora es usuaria de la EPS Asmet Salud, entidad del régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, y en razón a su situación, requiere para el manejo de sus patologías y para mejorar su calidad de vida el uso de pañales, suplementos vitamínicos y productos de aseo personal[3].

1.3. A pesar de que en el expediente no hay constancia que señale la necesidad de los insumos, el actor mediante derecho de petición solicitó dichos productos, a lo cual la accionada, señaló que dichos insumos no hacen parte de la cobertura integral de salud dispuesta por la Ley 1751 de 2015.

1.4. Adicionalmente, indicó que no cuenta con las condiciones económicas para sufragar los gastos de 4 a 5 pañales diarios, así como de los suplementos vitamínicos y productos de aseo personal.

2. Contestación de la Demanda

2.1. ASMET SALUD EPS–S[4]

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira manifestó que la entidad accionada guardó silencio, a pesar del término de ley otorgado[5].

2.2. SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA[6]

2.2.1. Por intermedio de su representante legal, la entidad vinculada señaló que los pañales y cremas solicitadas exceden el Plan de Beneficios de ambos regímenes; sin embargo, en la Resolución 1479 de 2015 se establece el procedimiento de recobro por concepto de tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios.

---

[2] Expediente T-6381161, cuaderno 1, folios 3 y 9.
[3] Expediente T-6381161, cuaderno 1, folio 10.
[4] El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, por medio de auto del 6 de abril de 2017, admitió la tutela y ordenó correr traslado a la EPS-S Asmet Salud, orden que se materializó mediante correo electrónico de fecha 7 de abril de 2017 (Expediente T-6381161, cuaderno 1, folio 16).
[5] Expediente T-6381161, cuaderno 1, folio 34, revés.
[6] Expediente T-6381161, cuaderno 1, folios 17 y 18.

2.2.2. De igual manera, sostuvo que si se tratan de elementos imprescindibles que exceden el Plan de Beneficios, se puede acceder a ellos con la prescripción del profesional en salud tratante, y luego, someterse al Comité Técnico Científico en los términos de la ley.

2.2.3. Finalizó, en escrito cuya redacción es confusa[7], solicitando se ordene a la aseguradora cumplir con lo establecido en la Resolución 1479 de 2015 y agotar efectivamente los procedimientos administrativos a su cargo, para autorizar lo requerido por su afiliado y declarar que su representada no es la entidad encargada de la atención integral de la misma, siendo responsabilidad de la EPS-S.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de cédula de ciudadanía del agente oficioso y de la accionante (folios 2 y 3).

3.2. Copia de historia clínica que contiene controles médicos realizados el 25 de agosto de 2016 y 9 de febrero de 2017 (folios 4 a 6).

3.3. Copia de oficio OFIC-GJ-RIS1653 con asunto "*Respuesta a derecho de petición*" (folios. 7 y 8).

4. Decisión Judicial

4.1. En Sentencia de 27 de abril de 2017, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Ómar de Jesús Maya Noreña, agente oficioso de Julia Rosa Noreña viuda de Maya, al evidenciar que los pañales, los insumos de aseo y los suplementos vitamínicos no fueron prescritos por un profesional de la medicina, ni tampoco constaba en la historia clínica las patologías aducidas en escrito de tutela, lo que hubiese permitido determinar la necesidad de los aditamentos objeto de reclamación[8].

4.2. Contra la decisión adoptada, no se interpuso recurso de apelación.

2. Expediente T-6.390.241

1. Solicitud y hechos

La señora Omaira María Urueña solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna, ante el Juez Tercero Penal Municipal de Girardot, que al parecer fueron vulnerados por Emcosalud IPS, al negar el suministro de 100 pañales para adulto. La accionante sustentó su solicitud, en los siguientes hechos:

---

[7] En el escrito de la referencia, se menciona a otro usuario y otra EPS diferentes a los sujetos procesales.
[8] Expediente T-6381161, cuaderno 1, folio 35 revés.

1.1. Manifestó tener más de 77 años de edad, y en su calidad de pensionada del Fondo Pasivo Nacional de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Emcosalud IPS, es la responsable de la prestación de servicios médicos.

1.2. Además, sostuvo que padece cáncer de útero fase IV con aparición de masa vegetante en genitales, además de otras manifestaciones, que se manejó con radioterapia y quimioterapia hace 5 meses.

1.3. Que debido a estas enfermedades, el Dr. Abelardo Bermúdez -especialista en ginecología-, expidió orden médica de fecha 24 de mayo de 2017, de 100 pañales de adulto para uso genital por diagnóstico de cáncer de útero, los cuales fueron solicitados a Emcosalud IPS, sin que a la fecha se haya hecho entrega de los mismos.

1.4. Finalmente indicó, que ella misma y sus familiares han sufragado directamente el costo de los pañales y en otras oportunidades los ha asumido gracias a la caridad y buenos corazones de la gente[9].

2. Contestación de la Demanda

2.1. EMCOSALUD IPS S.A.[10]

2.1.1. Por intermedio de su representante legal, la IPS Emcosalud S.A. informó que es un contratista del Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y es éste último quien garantiza la prestación de los servicios en salud a sus usuarios a través de la red de IPS que tiene contratada.

2.1.2. Que conforme a lo anotado, la accionada se ciñó estrictamente al pliego de condiciones contratado, por esa razón, la entrega de pañales desechables no estaba contemplada, insumos que fueron establecidos como exclusiones de los servicios contratados, de acuerdo al contrato de selección abreviado No. 017-2014[11].

2.1.3. Frente al particular, recalcó la no procedencia de autorizar la entrega de pañales por cuanto están por fuera del POS y del PAC, y en virtud de las normas que regulan la materia, los pañales desechables son considerados elementos de aseo, por lo que no hacen parte del servicio de salud[12].

2.2. FONDO PASIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES[13]

2.2.1. La entidad vinculada manifestó ser un establecimiento público del nivel nacional adscrito al Ministerio de Salud y entidad adaptada conforme al artículo

---

[9] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folios 1, 3 y 8.
[10] El Juzgado Tercero Penal Municipal de Girardot, mediante auto del 2 de junio de 2017 avocó conocimiento de la tutela y ordenó correr traslado a la IPS Emcosalud por el término de 2 días, orden materializada mediante envío de correo electrónico de fecha 3 de junio de 2017.
[11] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folio 22.
[12] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folio 24.
[13] El Juzgado Tercero Penal Municipal de Girardot, mediante auto del 8 de junio de 2017 vincula al Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales corriéndole traslado por el término de 1 día para pronunciarse sobre la acción.

236 inciso 3° de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1890 de 1995, encargada de administrar la prestación de los servicios de salud de sus afiliados pensionados y de sus grupos familiares[14].

2.2.2. Indicó, en lo que tiene que ver con la prestación de servicios de salud a su afiliada Omaira María Urueña, que se contrató a la IPS Sociedad Clínica Emcosalud para prestar los servicios integrales en salud con sujeción al Plan Obligatorio de Salud (POS) y al Plan de Atención Complementario (PAC) incluyendo programas de prevención y promoción[15].

2.2.3. Respecto de la usuaria Omaira Urueña, se informó sobre su calidad de afiliada al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como pensionada desde el 21 de julio de 2000; además se reiteró que la actora ha recibido el tratamiento médico conforme a su cuadro clínico. En cuanto al suministro de pañales, se indicó que no hacen parte de la Resolución 5261 de 1994, no estando la accionada en la obligación de suministrarlos por cuanto están excluidos, por lo que no constituye vulneración alguna[16].

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de cédula de ciudadanía de la demandante (folio 5).

3.2. Copia de fórmula médica para el suministro de 100 pañales para adulto de 24 de mayo de 2017 (folio 7).

3.3. Copia de la historia clínica de la actora (folios 8 a 11).

4. Decisión Judicial

4.1. Mediante fallo de 16 de junio de 2017, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Girardot –Cundinamarca-, "declaró improcedente la tutela" (sic) interpuesta por la señora Omaira María Urueña, al considerar que la accionante pertenece al régimen contributivo en salud y recibe una mesada pensional.

4.2. Con relación al costo de los pañales, el fallador recordó que la demandante y su grupo familiar, han asumido dicha carga sin hacer referencia a la falta de recursos para cubrir estos gastos; de esta manera, iteró que en atención al principio de solidaridad, la Corte Constitucional ha sostenido que si el paciente o sus familiares se encuentran asumiendo el gasto de los pañales, sin que mengüe significativamente su mínimo vital, son ellos los que deben cubrirlo, para salvaguardar la estabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud[17].

4.2. Contra el fallo adoptado, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

---

[14] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folio 38.
[15] *Ibidem.*
[16] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folio 39.
[17] Expediente T-6390241, cuaderno 1, folio 49.

3. *Expediente T-6.405.786*

1. Solicitud y hechos

La señora Ilda Maricel Álzate Salazar actuando como agente oficiosa de su madre María Nohemy Salazar Montes, ante el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna presuntamente vulnerados por la IPS Fundación Médico Preventiva, entidad que se negó al suministro de pañales desechables requeridos por su progenitora quien padece de Alzhéimer e incontinencia urinaria completa. La actora basó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. Manifestó que "*mi madre se encuentra postrada en la cama y no puede movilizarse por sí misma*"[18]. Según documento de identidad, que obra en expediente, la actora tiene 67 años.

1.2. Además indicó, que su madre es una persona mayor, que desde hace 14 años sufre de la enfermedad progresiva y degenerativa de Alzheimer, con incontinencia completa, razón por la cual requiere el uso de los pañales.

1.3. Debido a lo mencionado, sin que obre en el expediente orden médica, mediante derecho de petición adiado el 6 de junio de 2017, solicitó a la entidad accionada autorización para entrega de pañales, la cual se respondió, indicando que dicho insumo pertenece a una de las exclusiones al no encontrarse contemplado dentro del plan de atención del régimen de excepción del Magisterio[19].

2. Contestación de la Demanda

2.1. FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA[20]

2.1.1. Por intermedio de apoderada general, la IPS Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. informó que la señora María Nohemy Salazar Montes, se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para la prestación de servicios médicos asistenciales con encargo fiduciario a Fiduprevisora S.A., y como prestador de servicios de salud, la accionada[21].

2.1.2. Adicionalmente, aclaró que a la accionante no se le ha negado ningún servicio al que tenga derecho, indicando en relación con la solicitud de pañales desechables, que son elementos que hacen parte de la exclusión del Plan de Beneficios del programa del Magisterio Antioquia y cuya cobertura no se contempló, ni hizo parte en los términos de referencia.

---

[18] Expediente T-6405786, cuaderno 1, folio 1.
[19] Expediente T-6405786, cuaderno 1, folios 2 y 3.
[20] El Juzgado 21 civil municipal de oralidad de Medellín admitió la tutela el 22 de junio de 2017, notificándose en debida forma a Fundación Médico Preventiva.
[21] Expediente T-6405786, cuaderno 1, folio 13.

170

2.1.3. Reiteró que la entidad que representa no es una EPS, sino una IPS que por invitación pública resultó elegida para la prestación de servicios médicos y asistenciales, a la cual deben ceñirse estrictamente. Por otro lado, solicitó la vinculación de la Fiduciaria La Previsora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2. FIDUCIARIA LA PREVISORA Y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[22].

2.2.1. Por intermedio del Vicepresidente de la entidad, se indicó que el accionante no aportó ninguna prueba a través de la cual se pueda establecer que Fiduprevisora. S.A. en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio haya vulnerado los derechos fundamentales de la petente.

2.2.2. En el mismo escrito, se agregó que para el caso concreto habría falta de legitimación por pasiva e imposibilidad fáctica y jurídica de acceder a las pretensiones de la actora, porque Fiduprevisora no es la llamada a garantizar la prestación del servicio de salud, ya que su función es la de administrar un encargo fiduciario.

2.2.3. Finalizó el memorial, indicando que es la IPS Fundación Médico Preventiva, la llamada a garantizar los derechos fundamentales de la afiliada accediendo a lo requerido.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de cédula de ciudadanía de la demandante y del agente oficioso (folios 8 y 9).

3.2. Copia de derecho de petición de 6 de junio de 2017 radicado ante la IPS, en el que se solicitó pañales a la Fundación Médico Preventiva (folios 2 y 3).

3.3. Copia de respuesta a derecho de petición No. 139124, en que se indicó que no media orden médica y se agregó que los pañales se encuentra excluidos del PBS (folios 4 a 6).

3.4. Copia de la historia clínica de cita de control de 17 de mayo de 2017 (folio 7).

4. Decisión Judicial

4.1. A través de sentencia del 6 de junio de 2017, el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín -Antioquia-, negó la tutela interpuesta por Ilda Maricel Álzate Salazar actuando como agente oficiosa de la señora María Nohemy Salazar Montes, en consideración a la ausencia de un concepto o

[22] El Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín –Antioquia-, mediante auto del 29 de junio de 2017 vincula a la Fiduprevisora y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corriéndoles traslado por el término de 2 días para pronunciarse sobre los hechos constitutivos de la acción.

justificación de un profesional de la salud donde se determine la intensidad del riesgo que la aqueja y la afectación de sus derechos, además de la falta de una orden médica expedida por su galeno, aspecto que fue confirmado directamente por la accionante[23].

4.2. Contra la decisión adoptada, ninguna de las partes hizo uso del recurso de apelación.

4. Expediente T-6.416.185

1. Solicitud y Hechos

La señora Nelly María Romero de Gutiérrez actuando como agente oficiosa de su esposo Manuel Vicente Gutiérrez, acudió ante la jurisdicción, solicitando el amparo a los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, al negarse a la entrega de pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis. La accionante basó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. Mencionó que su esposo tiene 67 años y se encuentra afiliado en la Nueva EPS, gozando de todos sus servicios. Que tal y como consta en la historia clínica (la cual no fue aportada), su esposo fue diagnosticado con Alzheimer, enfermedad mental progresiva que afecta las células nerviosas del cerebro con manifestaciones de pérdida de memoria y deterioro intelectual[24].

1.2. Afirmó que para subsistir en condiciones dignas a causa del diagnóstico y negativa a la entrega de medicamentos y tratamientos, le ha tocado costear los insumos mencionados con sus propios medios y préstamos de terceros.

1.3. Indicó que la accionada dio el diagnóstico de la enfermedad de Alzheimer, desconociendo los elementos e insumos requeridos por su esposo, lo que conllevó a que su enfermedad cause franco deterioro en su condición física, siendo una enfermedad de carácter irreversible[25].

1.4 Que debido a lo acaecido, radicó derecho de petición a la entidad accionada el 6 de septiembre de 2016 sin que a la fecha haya obtenido respuesta, en el que exigió la entrega mensual de 180 pañales talla L, reconocimiento sin demora del medicamento prescrito y reembolso de cada uno de los gastos asumidos de manera particular[26].

1.5. No obstante lo afirmado por la petente en el escrito de tutela, no se observó en el expediente, material probatorio que permitiera determinar la cantidad de pañales requeridos por el agenciado, ni tampoco conocer el

[23] Expediente T-6405786. cuaderno 1, folio 35.
[24] Expediente T-6416185, cuaderno 1, folio 3.
[25] Expediente T-6416185, cuaderno 1, folio 4.
[26] *Ibidem.*

nombre del medicamento prescrito y mucho menos se aportó soportes de los gastos, que la actora adujo haber asumido[27].

2. Contestación de la demanda

2.1. NUEVA EPS[28]

2.1.1. El apoderado judicial de la accionada dio contestación al libelo de tutela, manifestando que el actor se encuentra afiliado en calidad de cotizante pensionado activo, gozando de todos los beneficios del Plan Obligatorio de Salud.

2.1.2. Señaló, que conforme al Decreto 1545 de 1998, los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis, son insumos considerados implementos de aseo, higiene y uso personal, que no constituyen un servicio de salud. De la misma manera, agregó que los pañales se encuentran expresamente excluidos del POS, conforme a la Resolución 5521 de 2013.

2.1.3. De igual manera, recordó jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha señalado que los insumos requeridos deben ser cubiertos por los familiares del paciente en aplicación del principio de solidaridad. Además de indicar que el sistema de salud se erigió como instrumento para cubrir necesidades de salud y no para subsidiar el costo de vida total de implementos de cada patología[29].

2.1.4. En cuanto a la pretensión de tratamiento integral, expresó que no se pueden ordenar tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, por cuanto estos son ordenados por el médico tratante del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de cédula de ciudadanía del accionante y de la agente oficiosa (folios 24 y 25).

4. Decisión Judicial

4.1. Por medio de sentencia de 13 de marzo de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande resolvió "negar la acción de tutela" (sic) instaurada por Nelly María Romero de Gutiérrez, agente oficiosa de Manuel Vicente Gutiérrez, al considerar que no existió una orden médica emitida por el especialista de la EPS que dé cuenta de la necesidad del suministro de insumos[30].

---

[27] Expediente T-6416185, cuaderno 1, folio 2.
[28] El Juzgado Promiscuo de Sabanagrande -Atlántico-, por medio de auto del 24 de febrero de 2017, admitió la acción de tutela y ordenó requerir a Nueva EPS, mediante oficio 177 de la misma fecha.
[29] Expediente T-6416185, cuaderno 1, folio 57.
[30] Expediente T-6416185, cuaderno 1, folio 79.

4.2. Agregó el fallador, que la ausencia de la historia clínica del agenciado dentro del proceso, no permitió tener certeza de la necesidad de los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis.

4.3. Contra el fallo adoptado, ninguna de las partes interpuso el recurso de alzada.

5. Expediente T-6.419.517

1. Solicitud y hechos

La señora Amalfi Acuña Mejía, en calidad de agente oficiosa de su padre Miguel de los Santos Acuña Muñoz, mediante escrito de 5 de junio de 2017, solicitó ante el juez de tutela la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social y la dignidad personal, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, al no brindar atención domiciliaria y pañales desechables. La actora basó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. Manifestó que su padre es un anciano de 91 años de edad, afiliado a la Nueva EPS en calidad de beneficiario, quien fue diagnosticado con diabetes tipo 2, enfermedad que ha tenido el manejo adecuado, así mismo, su progenitor ha tenido varias hospitalizaciones por cuadros de hipoglicemia[31].

1.2. Que debido a su condición, el agenciado no controla esfínteres, no tiene noción del tiempo, no puede caminar, sufriendo caídas en diferentes ocasiones con golpes y raspaduras al momento de asistir a citas médicas de control[32].

1.3. Por lo anterior, el 11 de mayo de 2017 presentó derecho de petición ante la entidad accionada, que respondió indicándole que la solicitud de pañales desechables y atención domiciliaria no es procedente conforme a la Resolución 5592 de 2015.

1.4. Sostuvo la actora, que no cuenta con los recursos económicos para comprar los pañales desechables para el uso permanente que requiere su padre[33].

2. Contestación de la demanda

2.1 NUEVA EPS[34]

2.1.1. Por intermedio de su gerente zonal, la accionada dio respuesta dentro del término legal, informando frente a las pretensiones que no existe vulneración de los derechos fundamentales, y que su representada siempre ha garantizado los servicios de salud requeridos por el usuario[35].

---

[31] Expediente T-6419517, cuaderno 1, folio 1.
[32] Expediente T-6419517, cuaderno 1, folio 2.
[33] *Ibidem.*
[34] El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 9 de junio de 2017 admitió la tutela y ordenó la notificación a la Nueva EPS para que rindiera el informe del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 por el término de 2 días, actuación que se surtió con el envío al buzón electrónico de la parte pasiva.
[35] Expediente T-6419517, cuaderno 1, folios 14 a 18.

2.1.2. En ese orden de ideas, reiteró que el accionante no registra ordenamientos médicos para el suministro de pañales desechables y frente a la atención domiciliaria, es un galeno en salud el único que puede identificar y ordenar los servicios requeridos por el usuario.

2.1.3. Respecto de la solicitud de pañales, es una junta de profesionales en salud que analiza la pertinencia y necesidad de utilizar un servicio complementario, posterior a que el médico tratante, bajo la nueva ley estatutaria en salud, radique la solicitud en la plataforma MIPRES del Ministerio de Salud en cumplimiento de la Resolución 3951 de 2016.

2.1.4. Finalmente, indicó que la EPS no puede proceder a la entrega de pañales, sin que se haya agotado el procedimiento establecido por el Ministerio de Salud, acorde con la resolución arriba mencionada.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de cédula de ciudadanía del actor (folio 7).

3.2. Copia respuesta a derecho de petición de 18 de mayo de 2017 (folio 6).

4. Decisión Judicial

4.1. Mediante providencia del 22 de junio de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena negó la tutela deprecada por Amalfi Acuña de Mejía, actuando como agente oficiosa del señor Miguel de los Santos Acuña Muñoz, al no avizorar dentro del expediente prueba de orden médica ni copia de la historia clínica del agenciado; o siquiera prueba sumaria que permitiese inferir la veracidad de los hechos, la necesidad de los pañales[36].

4.2. Contra la decisión adoptada, ninguna de las partes interpuso recurso de impugnación.

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Mediante auto de 18 de diciembre de 2017, la Magistrada sustanciadora, consideró la necesidad de recaudar mayores elementos probatorios para mejor proveer en el expediente seleccionado, por lo que ordenó lo siguiente:

> *"A los doctores José Jair Bedoya Gallego y Héctor Jairo Umaña Giraldo, que dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, rindan concepto médico sobre la necesidad de uso de pañales desechables de la señora Julia Rosa Noreña, afiliada de Asmet Salud EPS-S, por su condición de encontrarse en una silla de ruedas (imposibilidad de deambulación) posterior a cirugía de corrección de cabeza de fémur por fractura realizada a mitad de año de 2016.*

[36] Expediente T-6419517, cuaderno 1, folio 22.

Al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, certifique a este Despacho el ingreso base de cotización (IBC) de la señora Omaira María Urueña identificada con cedula de ciudadanía No. 20.602.942.

A la accionante, que dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, aporte copia de recibo de energía del predio donde reside.

A Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, certifique el ingreso base de cotización (IBC) de la señora María Nohemy Salazar Montes identificada con cedula de ciudadanía No. 22.081.111.

A Nelly María Romero de Gutiérrez que dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, aporte en copia historia clínica integra, completa y legible de su esposo Manuel Vicente Gutiérrez.

A la Nueva EPS, dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, certifique a este Despacho el ingreso base de cotización (IBC) de sus afiliados Manuel Vicente Gutiérrez identificado con cédula de ciudadanía No. 3.753.160 y de Amalfi Acuña Mejía identificada con cédula de ciudadanía No. 45.428.555.

A Amalfi Acuña Mejía que dentro de los 2 días siguientes al recibo de la presente comunicación, aporte en copia historia clínica integra, completa y legible de su padre Miguel de los Santos Acuña"[37].

5.2. Por medio de oficio del 20 de febrero de 2018, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al Despacho Sustanciador sobre la recepción de comunicaciones del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Nueva EPS, de Nelly María Romero de Gutiérrez[38] y de Amalfi Acuña Mejía[39].

5.3. No obstante, las respuestas remitidas por las entidades accionadas, en el auto aludido, se hizo necesario dentro del expediente T-6.381.161, oficiar al gerente de la ESE Salud Pereira[40] y reiterar la orden impartida al Dr. Héctor Jairo Umaña Giraldo[41], ya que no allegó al expediente la prueba decretada. Así mismo, en el expediente T-6.390.241, se tuvo que reiterar la orden impartida a la señora Omaira María Urueña[42]; como también en el expediente T-6.405.786, solicitar información sobre la capacidad económica de la accionante.

---

[37] Expediente T-6381161, cuaderno 2, folios 17 a 20.
[38] Expediente T-6416185, cuaderno 2, folios 21 a72.
[39] Expediente T-6419517, cuaderno 2, folios 22 a 154.
[40] Expediente T-6381161, cuaderno 2, folio 42.
[41] Expediente T-6381161, cuaderno 2, folio 28.
[42] Expediente T-6390241, cuaderno 2, folio 47.

5.4. Con la gestión desplegada por este Despacho, en el expediente T-6.381.161, se recibió escrito de la ESE Salud Pereira, en el que indica es una IPS de primer nivel de atención y los pañales deben ser formulados por un especialista, y escrito del ente territorial durante el traslado de las pruebas; en el proceso T-6.390.241, la accionada y parte vinculada se pronunciaron en los mismos términos que en el proceso de instancia ante el juzgado de conocimiento[43], mientras que la parte accionante guardó silencio; en el radicado T-6.405.786, se allegó certificación del ingreso base de cotización (IBC) de la accionante y copia de la resolución que otorgó pensión de vejez[44]; por último, en los expedientes T-6.416.185 y T-6.419.517, se aportaron a los respectivos procesos, certificado de ingreso base de cotización (IBC) y copia de la historia clínica de cada uno de los accionantes.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia y procedibilidad

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional tiene la competencia para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

Legitimidad de la acción

1.1. El artículo 86 de la Constitución Política permite, que cualquier persona pueda acudir a la acción de tutela para ejercer la defensa de sus derechos fundamentales; en igual sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que en todo momento y lugar, la acción de tutela podrá ser ejercida, incluso en causa ajena, cuando el titular de los derechos fundamentales no se encuentre en condiciones de acudir por sí mismo[45].

1.2. Frente a la agencia oficiosa, esta Corporación, mediante sentencia T-029 de 2016[46], ha reiterado que procede cuando concurren 2 elementos:

> *(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional".*

---

[43] Expediente T-6390241, cuaderno 2, folios 24 y 31.
[44] Expediente T-6405786, cuaderno 2, folio 27.
[45] El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). Así mismo, de conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 le brinda la posibilidad de que una persona agencie derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.
[46] M.P. Alberto Rojas Ríos.

La misma sentencia concluye, indicando que: "*La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales*".

1.3. La Sala encuentra que la legitimidad en la causa por activa, se cumple en los 5 casos objeto de estudio; en uno de los cuales se acudió en nombre propio (T-6.390.241), y en los otros expedientes, se hizo por agencia oficiosa (T-6.381.161, T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517), en consideración a que los agenciados son personas de la tercera edad y que debido a sus precarias condiciones de salud, les era difícil promover las acciones por sí mismos.

1.4. La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado. En palabras de la Corte Constitucional, en relación con la legitimidad en la causa por pasiva, en sentencia T-1001 de 2006[47] se estableció:

> *"La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material."*

A su vez, esta Corporación ha referido que:

> *"Con el cumplimiento de este requisito procesal, se busca entre otras cosas, evitar que se profieran sentencias desestimatorias con base en argumentos formales o de ritualidad exclusiva, que como es obvio resultan perjudiciales para el demandante, e igualmente, que se adopten decisiones inhibitorias las cuales se encuentran proscritas en sede de amparo constitucional por expreso mandato del parágrafo único del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991"*[48].

1.5. Particularmente, la Sala de Revisión al verificar los casos objeto de estudio, da cuenta que en los expedientes T-6.381.161, T-6.416.185 y T-6.419.517 se dio cumplimiento con el requisito de procedibilidad señalado, ya que los sujetos demandados son personas jurídicas encargadas de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud en los términos de los artículos 177 y 181 de la Ley 100 de 1993[49].

---

[47] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[48] Ver sentencia T-560 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[49] Artículo 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.
Artículo 181.-Tipos de entidades promotoras de salud. La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como entidades promotoras de salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las

124

Ahora bien, frente a los expedientes T-6.390.241 y T-6.405.786, las accionantes dirigieron la tutela contra las prestadoras Emcosalud IPS y Fundación Médico Preventiva IPS, respectivamente; en este sentido, la Corte se ha pronunciado, indicando que:

> *"Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. Son entidades organizadas para la prestación de los servicios de salud, que tienen como principios básicos la calidad y la eficiencia, cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, y deben propender por la libre concurrencia de sus acciones"*[50].

Adicionalmente, se ha hecho la distinción entre EPS e IPS, indicando que: "*Si bien las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que están autorizadas para prestar los servicios de salud de acuerdo con lo reglado en la Ley 100 de 1993, ostentan características específicas que comportan tratamientos diferenciales*"[51].

En este orden de ideas, los jueces de instancia, de manera acertada, procedieron a vincular de oficio a las entidades que tienen la obligación de garantizar el servicio de salud. De suerte que, en el expediente T-6.390.241 se vinculó al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y en el expediente T-6.405.786 se vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y su vocero la Fiduciaria La Previsora S.A.

Inmediatez

1.6. El principio de inmediatez, se predica en los casos en que la acción de tutela debe ser incoada dentro de un término razonable a partir del acaecimiento del hecho generador de la violación de los derechos fundamentales. De esta manera, la sentencia T-332 de 2015[52] se pronunció sobre el particular, así:

> *"El principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados."*

---

siguientes entidades: (...) b) Las cajas, fondos entidades o empresas de previsión y seguridad social del sector público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 236 de la presente ley; (...) f) Los organismos que hayan sido organizados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la presente ley, siempre que se constituyan como personas jurídicas independientes; (...).

[50] Ver sentencia C-064 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[51] Ver sentencia T-197 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[52] M.P. Alberto Rojas Ríos.

1.7. En los casos *sub examine,* la Sala encuentra que se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que las tutelas se interpusieron en un plazo razonable; así, para los expedientes T-6.381.161, T-6.405.786, T-6.416.185 y T-6.419.517, la solicitud de amparo fue interpuesta a los pocos días de la respuesta nugatoria dada por las accionadas a derecho de petición elevado por los accionantes, y para el caso del expediente T-6.390.241, transcurrieron 9 días entre la fecha de expedición de la orden médica y la fecha de admisión de la tutela. Además, tratándose de prestaciones que deben ser suministradas continuamente, la presunta afectación a los derechos fundamentales perdura y persiste en el tiempo, por tal motivo la valoración de éste requisito debe entenderse superada.

Subsidiariedad

1.8. Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto[53].

1.9. Frente a este último punto, es preciso establecer si los casos revisados por la Sala debieron someterse al procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007[54] y Ley 1438 de 2011[55], que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, para la resolución de controversias entre las EPS y sus afiliados, toda vez que se trata de la negativa de las entidades

---

[53] Ver sentencia T-571 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

[54] Artículo 41°. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. (...)Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la ley 446 de 1998.

[55] Artículo 126. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo. (...) Modificar el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así: La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

125

accionadas en la entrega de insumos excluidos del nuevo Plan de Beneficios en Salud.

1.10. Es importante tener presente, que las personas afectadas son sujetos de especial protección constitucional debido a su avanzada edad y a sus particulares condiciones de salud, situación que les impide acudir a la Superintendencia Nacional de Salud en igualdad de condiciones que otras personas, por lo tanto, existe cierta flexibilidad frente al cumplimiento del referido requisito, haciendo que el trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no sea un medio idóneo ni eficaz para estas personas[56].

Por las razones expuestas la Sala procederá a hacer un análisis de fondo de las solicitudes de amparo.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. Le corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿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, en razón a encontrarse expresamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud –en adelante PBS-?

2.2. Para resolver el problema jurídico, la Sala examinará (i) El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015, (ii) el precedente constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar insumos de aseo, (iii) el suministro de tecnologías y servicios complementarios al PBS según la legislación vigente, (iv) concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad, (v) alcance del principio de solidaridad familiar, (vi) carencia actual de objeto por hecho superado; para luego realizar los análisis de cada caso en concreto.

3. El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015

3.1. Uno de los pilares fundamentales que soporta el derecho a la salud es el consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, al establecer que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado. Para reforzar el carácter imperativo del derecho a la salud, el artículo 49 *ibídem,* señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud[57].

---

[56] Ver sentencia T-425 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[57] Ver sentencia T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

3.2. Los avances en materia de protección al derecho a la salud, se han dado a través de la jurisprudencia constitucional; así, en un primer momento se protegió el derecho a la salud en conexidad a la vida[58], posteriormente, en un segundo momento, se le dio un tratamiento de derecho fundamental autónomo[59], siendo necesaria la cita de la sentencia T-760 de 2008[60] como una sentencia hito, que emitió una serie de parámetros y órdenes a diferentes entidades para propender por la efectiva protección al derecho a la salud, entendido como de naturaleza fundamental.

3.3. En lo que se refiere a personas de la tercera edad, la Corte Constitucional, en sentencia T-1081 de 2001[61] admitió la protección del derecho fundamental a la salud como derecho autónomo de los adultos mayores por ser sujetos de especial protección.

Más adelante, en sentencia T-020 de 2013[62], se reiteró que:

> *"La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como 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", y garantizándolo bajo condiciones de "oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad". Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales."*

3.4. Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, se da una mayor protección del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo. Así, el artículo 2° reitera el carácter *iusfundamental* del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo[63].

Por otro lado, el artículo 8° ibídem establece que:

> *"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el*

---

[58] A modo de ilustración, algunas de las sentencias de esta primera etapa fueron: Sentencia T-290 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y sentencia T-1024 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[59] Algunas sentencias fueron: Sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, y sentencia T-180 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[60] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[61] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[62] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[63] Ver sentencia T-001 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario".

En este sentido, la sentencia C-313 de 2014[64] -revisión previa de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria en Salud-, señaló respecto del artículo 8° lo siguiente:

"Que el legislador estatutario reconoce un derecho cuyo arraigo constitucional se encuentra en el mandato del artículo 2 de la Carta, dado el fin estatal de realizar efectivamente los derechos de los asociados y, en el inciso 1° del artículo 49 del Texto Superior, en razón de la garantía en el acceso al servicio de promoción, protección y recuperación de la salud.

(...) la Corte Constitucional ha manifestado que el servicio de salud se rige por una serie de axiomas, entre los que se encuentra el principio de integralidad, que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (...)".

3.5. Ahora bien, el artículo 15° de la Ley 1751 de 2015 precisa cuáles son los servicios y tecnologías que serán explícitamente excluidos del sistema de salud, al respecto indica:

"El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

---

[64] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

e) Que se encuentren en fase de experimentación;

f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud. (...)"

3.6. Por ende, todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios, salvo las que expresamente estén excluidas; así pues, en desarrollo del presente artículo, el Ministerio de la Salud y Protección Social expidió la Resolución 5267 de 2017, que en su Anexo Técnico excluyó los insumos de aseo. Que indudablemente, atendiendo al sentido natural y obvio de las palabras[65], se deberá entender que el término: insumos de aseo cobija a los pañales desechables y la crema antipañalitis.

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

4.1. 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 discapacidad[66].

4.2. En recientes pronunciamientos, la Corte ha reiterado su postura garantista y ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los

[65] Artículo 28 del Código Civil.
[66] Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

accionantes, ordenando el suministro de pañales[67], sobre todo si la patología que aqueja al accionante origina incontinencia urinaria.

4.3. Existe la suficiente claridad para entender que el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero 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 esfínteres[68].

4.4. En definitiva, 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.

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, 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*[69].

4.5. 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"*.

---

[67] 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.

[68] A modo de ilustración se citan 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, 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.

[69] 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.

4.6. 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 excluidos[70].

4.7. A este respecto, comienza una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional[71], en materia de protección del derecho a la salud por el no suministro de pañales, recordando que la Corte siempre vela por la protección de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana.

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

5.1. En relación al derecho a la salud, el análisis efectuado a la sentencia C-313 de 2014[72] 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.

5.2. 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.

5.3. 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, en el sentir de la Sala, incluye los pañales desechables y la crema antipañalitis.

6. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

6.1. 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 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*".

6.2. Entonces, la facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede darse de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando:

---

[70] Resolución No. 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.
[71] 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.
[72] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

"(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 inexequibilidad 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."[73]

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 constitucionales[74].

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."

6.3. 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.

7. Alcance del principio de solidaridad familiar

7.1. La Ley 1751 de 2015, en su artículo 6°, 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".

---

[73] Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[74] *Ibídem*

Sobre este principio constitucional, la Corte en la sentencia T-730 de 2010[75], 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 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:*

[75] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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."

7.2. 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 comunidad[76]. 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.

7.3. 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[77].

7.4. 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 pago[78].

---

[76] Ver sentencia C-529 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.
[77] El precio de un pañal desechable de adulto, puede valer en promedio alrededor de $2.500 pesos.
[78] Ver sentencia T-552 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

7.5. 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 familiar. Estos aspectos subjetivos deben ser informados de buena fe por el interesado[79].

7.6. 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.

8. Carencia actual de objeto por hecho superado

8.1. En reiterada jurisprudencia constitucional, se ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o "*caería en el vacío*". En particular, se ha establecido que esta figura se presenta en aquellos casos en que tiene lugar (i) un daño consumado, (ii) un hecho superado, o (iii) acaece un hecho sobreviniente[80].

8.2. Para efectos del caso *sub examine*, nos referimos al *hecho superado,* que tiene ocurrencia cuando la pretensión del actor se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico no tendría efecto, y en consecuencia, contraría el objetivo de protección previsto para el amparo constitucional.

8.3. Específicamente, la Sentencia T-045 de 2008[81], estableció los siguientes criterios para determinar si en un caso concreto estamos o no en presencia de un hecho superado, a saber:

> *"1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.*
>
> *2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.*

---

[79] *Ibidem.*
[80] Ver sentencia T-363 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[81] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado".

9. Análisis de los casos concretos

9.1. Expediente T-6.381.161

9.1.1. El agente oficioso entabló acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de la señora Julia Rosa Noreña viuda de Maya, los cuales consideró transgredidos porque su EPS-S no suministró pañales desechables, suplementos vitamínicos y productos de aseo personal, ignorando su avanzada edad -90 años- y sus enfermedades[82], en especial, haber tenido una *cirugía de cadera,* que la dejo postrada en una silla de ruedas.

9.1.2. De las pruebas obrantes en el proceso de la referencia, la Sala evidencia que se encuentran acreditados los siguientes hechos: i) la accionante es una persona de 90 años de edad, que padece hipertensión arterial y diabetes mellitus; ii) que sufrió un accidente en junio de 2016 que le ocasionó una fractura de cadera, la cual fue corregida oportunamente, pese a lo anterior, la actora quedó postrada en una silla de ruedas con imposibilidad para la deambulación; iii) que hace parte del régimen subsidiado en salud; iv) que no existe orden médica de suministro de pañales, suplementos vitamínicos y productos de aseo personal, la cual tampoco fue allegada al proceso.

9.1.3. En el trámite de instancia, la parte accionada guardó silencio, y el ente territorial vinculado -por ser la accionante del régimen subsidiado-, mencionó que los pañales se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud, pero que también existe un procedimiento de recobro por concepto de tecnologías no incluidas en el PBS, para lo cual debe mediar la prescripción del médico tratante.

9.1.4. A pesar de que se requirió en varias ocasiones a los galenos que valoraron en citas de control a los 2 (25 de agosto de 2016) y 8 meses (9 de febrero de 2017) de ocurrida la fractura de cadera en la señora Julia Rosa Noreña, no se allegó ningún concepto científico que diera claridad sobre la necesidad de uso de pañales en la accionante, debido a su incapacidad funcional para la deambulación, toda vez que de la historia clínica aportada, se desprende que la accionante se encuentra en buen estado general y su sistema genito-urinario es normal.

9.1.5. De todo lo anterior, es claro que la actora, una persona nonagenaria, goza de los beneficios del sistema de salud del régimen subsidiado que le brinda Asmet Salud EPS-S, sin que se evidencien barreras o negativas que

[82] Se hace referencia a la hipertensión arterial y antecedentes de diabetes mellitus debidamente controladas.

afecten su salud. Que de la simple incapacidad funcional para la deambulación, no se desprende la necesidad de uso de pañales, suplementos vitamínicos y mucho menos productos de aseo personal, elementos que se encuentran expresamente excluidos del PBS con cargo a la UPC, conforme a la Resolución 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

9.1.6. En el acápite de consideraciones de esta providencia se recordó la importancia que reviste el derecho fundamental a la salud, y de los requisitos para la procedencia excepcional de pañales, por lo que no se debe perder de vista que estamos ante un sujeto de especial protección constitucional por su avanzada edad, sumado a su precario *status* económico, lo que hace que su condición de salud sea frágil y se aplique 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.

9.1.7. En este evento, la Sala emitirá una orden para que Asmet Salud EPS-S en un término de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a valorar por médico tratante, la necesidad de los pañales desechables en la demandante Julia Rosa Noreña; y en caso de proceder, se expida de forma inmediata la orden de entrega correspondiendo al ente territorial –Secretaría de Salud Departamental de Risaralda-, asumir el costo de los insumos que se ordenen.

9.2. Expediente T-6.390.241

9.2.1. La señora Omaira María Urueña, quien es pensionada, solicitó ante el juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la IPS Emcosalud, ante la negativa de la entrega de 100 pañales para adulto, debidamente formulado por su ginecólogo el 24 de mayo de 2017, en razón al padecimiento de cáncer de útero con tratamiento de quimioterapia y radioterapia finalizado y aparición de masa vegetante en la zona afectada. En el trámite de instancia se vinculó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad obligada a garantizar el servicio de salud de la accionante.

9.2.2. Del material probatorio allegado al proceso de la referencia, la Sala encuentra probados los siguientes hechos: i) la accionante es una persona de 77 años de edad, sin ningún antecedente médico, salvo el cáncer de útero debidamente tratado; ii) que le fueron formulados 100 pañales por su médico tratante, los cuales no le habían sido autorizados; iii) como pensionada percibe el equivalente a 2.03 salarios mínimos mensuales legales vigentes y 2 mesadas adicionales los meses de junio y diciembre por un valor similar; iv) durante el trámite de la tutela en sede de revisión, se pudo evidenciar que la accionada hizo entrega durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2017 de una cantidad de 378 pañales[83].

[83] Expediente T-6390241, cuaderno 2, folio 44 revés.

9.2.3. La IPS accionada, en el trámite de tutela, sostuvo que bajo unas condiciones contractuales prestaba servicios a las personas indicadas por el contratante Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Naciones de Colombia, y agregó que los pañales por expresa disposición legal estaban excluidos del plan de beneficios de salud y del plan de atención complementario, indicando al respecto, que la actora ha recibido todo el tratamiento médico acorde con su patología[84].

9.2.4. Posteriormente, en sede de revisión se allegó al expediente, escrito del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia con radicado GSCC-20183410014201, junto a un reporte de la atención medica brindada por la IPS Clìnica Emcosalud a la usuaria Omaira Maria Urueña, donmde se evidencia la entrega de pañales en los meses de julio, agosto y septiembre de 2017[85] soporte de entrega de pañales desechables a la usuaria,

9.2.5. En vista de lo anterior, la Sala advierte la configuración de la *carencia actual de objeto por hecho superado* y así se declarará en la parte resolutiva de la presente providencia.

9.3. Expediente T-6.405.786

9.3.1. La agente oficiosa interpuso acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su progenitora María Nohemy Salazar Montes de 67 años de edad, los cuales estimó infringidos por la IPS Fundación Médico Preventiva, al no garantizar el suministro de pañales desechables requeridos por la accionante, quien fue diagnosticada con Alzheimer e incontinencia completa. En el trámite de instancia se vinculó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad obligada a garantizar el servicio de salud de la accionante.

9.3.2. Del acervo probatorio allegado al proceso de la referencia, en sede de revisión, se probaron los siguientes hechos: i) la accionante tiene 67 años de edad, con secuelas de accidente cerebrovascular isquémico[86], demencia tipo Alzheimer avanzado asociado a síndrome convulsivo, vejiga neurogénica por incontinencia completa; ii) que tiene dos pensiones, una de vejez otorgada mediante Resolución 21348 de 11 de diciembre de 2001 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con un monto equivalente a 2.9 –s.m.m.l.v.[87]-, y otra convencional, reconocida mediante Resolución 2252608 de 27 de mayo de 2008 por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP-[88]; iii) pese a no obrar orden o fórmula médica que ordene

---

[84] Expediente T-6390241, cuaderno 2, folios 24 y 25.
[85] Expediente T-6390241, cuaderno 2, folios 31 a 44.
[86] Se define, por lo general, como una emergencia médica causada por un coágulo sanguíneo que bloquea o tapa un vaso sanguíneo en el cerebro. Esto evita que la sangre fluya hacia éste órgano. En cuestión de minutos, las células del cerebro comienzan a morir.
[87] Expediente T-6405786, cuaderno 2, folios 27 y 28.
[88] Expediente T-6405786, cuaderno 2, folio 29.

el suministro de pañales, por su Alzheimer avanzado, vejiga neurogénica e incontinencia completa, se deduce la necesidad de uso de pañales desechables.

9.3.3. Por su parte la accionada manifestó que es una IPS, que tiene un contrato con el Fondo Nacional del Magisterio para la prestación de servicios en salud de sus pensionados en Antioquia, que a la accionante se le ha brindado la atención que ha requerido; y frente a los pañales, indicó que se encuentran excluidos acorde con la normatividad vigente.

9.3.4. En este caso, la Sala observa, de la información que se extrajo de la historia clínica, que se trata de un adulto mayor con un precario estado de salud por su condición neurológica debido al Alzheimer avanzado con compromiso cognitivo y motor completo, que le ha ocasionado una incontinencia urinaria total[89]. Para la Sala, el historial médico refleja un hecho notorio que permitiría en principio, considerar que el agenciado requiera el suministro de pañales desechables; pero por otro lado, se acreditó que la accionante cuenta con la suficiente capacidad económica para asumir una carga que se estima no excesiva[90], teniendo en cuenta que percibe 2 pensiones, y adicionalmente, en virtud del principio de solidaridad, cuenta como red de apoyo familiar con una hija.

9.3.5. Por lo anterior, la Sala procederá a revocar la decisión de 6 de julio de 2017 adoptada por el juez de primera instancia y en su lugar declarará improcedente del amparo solicitado[91].

9.4. Expediente 6.416.185

9.4.1. La señora Nelly Maria Romero instauró acción de tutela con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su esposo Manuel Vicente Gutiérrez de 67 años de edad, los cuales estimó quebrantados por la Nueva EPS, al no autorizar el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis requeridos por el accionante, ya que padece de perdida de la memoria, deterioro intelectual, síntomas que aduce vienen empeorando.

9.4.2. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, en sede de revisión, la Sala pudo establecer que: i) el accionante tiene 67 años de edad, que ha recibido de la accionada, atención médica entre septiembre de 2013 a noviembre de 2016 por las especialidades de neurología, neuropsicología y urología con diagnóstico de demencia mixta[92] con manejo farmacológico; ii) percibe un monto equivalente a un s.m.m.l.v., y su esposa es pensionada del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio[93]; iii) no existe una fórmula

[89] Expediente T-6405786, cuaderno 1, folio 7.
[90] El Despacho de la Magistrada Ponente realizó un comparativo de precios de pañales desechables para adultos en algunas de las principales cadenas del país, como Droguería Acuña, Droguería Cruz Verde, Locatel y Alkosto, encontrando tres principales marcas a saber: Tena, Plenitud y Content.
[91] Ver sentencia T-130 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[92] Expediente T-6.416.185, cuaderno 2, folios 24 a 44.
[93] Información que se desprende de consulta realizada el 16 de marzo de 2018, en el Registro Único de Afiliados (RUAF). Expediente T-6416.185, cuaderno 2, folio

médica, ni de la historia clínica se desprende la necesidad de los pañales, como tampoco manera de corroborar los presuntos gastos que adujo haber asumido.

9.4.3. La EPS accionada manifestó que el actor goza de todos los servicios y beneficios del plan de salud; sin embargo, en lo atinente a pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis son insumos de aseo e higiene personal que se encuentran excluidos expresamente por la normatividad vigente. De igual manera recordó, que dichos insumos deben ser asumidos por el paciente o por la familia de la paciente, en este orden de ideas, el sistema de salud no se erigió para subsidiar el costo de cada insumo para una patología.

9.4.4. Para la Sala, es innegable que el actor padece de una patología neurológica que afecta su esfera cognitiva, la cual ha recibido la atención requerida por las especialidades de neurología, neuropsicología y psiquiatría. Empero, a pesar de haber consultado con la especialidad de urología, no se evidencia una patología que derive en incontinencia urinaria; por último, el historial médico refleja una red de apoyo familiar compuesta por la hermana, esposa e hijos del actor, que lo han acompañado en la enfermedad y que lo han auxiliado en lo económico.

9.4.5. Por lo tanto, se considera que la Nueva EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, porque no existe un concepto médico, la historia clínica no refleja un hecho notorio que permita determinar la necesidad de uso de pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis, y hay una presunción de capacidad económica, porque tanto el actor como la agente oficiosa perciben una pensión. En este sentido la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande -Atlántico-, de 13 de marzo de 2017, la cual negó las pretensiones de Nelly María Romero de Gutiérrez, quien fungió como agente oficiosa de Manuel Vicente Gutiérrez contra la Nueva EPS.

9.5. Expediente 6.419.517

9.5.1. Amalfi Acuña actuando como agente oficiosa de Miguel de los Santos Acuña Muñoz, interpuso acción de tutela invocando la salvaguarda de los derechos fundamentales a la salud, vida, y dignidad personal de su padre de 91 años, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS al no autorizar el suministro de pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis requeridos por su padre.

9.5.2. De las pruebas allegadas al proceso de la referencia, en sede de revisión, la Sala pudo establecer que: i) el accionante tiene 91 años de edad, que ha recibido de la Nueva EPS, atención médica y farmacológica para su diabetes mellitus, insuficiencia renal e hipertensión arterial; ii) la historia clínica refleja no control de esfínteres y demencia senil desde el 18 de octubre de 2017[94]; iii)

[94] Expediente T-6419517, cuaderno 2, folio 153.

pertenece al régimen contributivo en calidad de beneficiario de una de sus hijas[95] y que su otra hija -la agente oficiosa-, es cotizante de la Nueva EPS con un IBC equivalente a 2.25 s.m.m.l.v.

9.5.3. La accionada manifestó no haber vulnerado derecho fundamental alguno, toda vez que ha garantizado los servicios de salud requeridos y debidamente ordenados por su médico tratante, en esa medida la no autorización de pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis obedece a que su médico no ha generado ninguna orden de los insumos referidos.

9.5.4. En este caso, la Sala, *prima facie,* observa que el accionante se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, en razón a la valoración realizada por la profesional de la salud María Matilde Barrios Almanza de 18 de octubre de 2017[96], de igual manera, hay un hecho notorio que da cuenta de la necesidad de los pañales, sin embargo puede apreciarse que las hijas del actor, en virtud del principio de solidaridad, gracias a su capacidad económica pueden apoyar a su padre con la consecución de pañales.

9.5.5. Por todo lo anterior, se considera que hay una presunción de capacidad económica del accionante, a través de sus hijas, Amalfi Acuña de Mejía y Liliana Edith Acuña Bravo pertenecen al régimen contributivo en calidad de cotizantes a la Nueva EPS, a las cuales les corresponde una carga de solidaridad para sufragar el costo de los pañales. En este sentido la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias de 22 de junio de 2017, la cual negó las pretensiones de Amalfi Acuña de Mejía, quien actuó como agente oficioso de Miguel de los Santos Acuña Muñoz contra la Nueva EPS.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 27 de abril de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, dentro del **expediente T-6.381.161**, mediante la cual no tuteló la acción de tutela interpuesta por Ómar de Jesús Maya Noreña, actuando como agente oficioso de su progenitora Julia Rosa Noreña viuda de Maya contra Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda. En su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

---

[95] Expediente T-6419517, cuaderno 2, folio 21.
[96] Expediente T-6.419.517, cuaderno 2, folio 153.

183

SEGUNDO.- ORDENAR a Asmet Salud EPS-S que en un término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a valorar por médico tratante, la necesidad de los pañales desechables en la demandante Julia Rosa Noreña viuda de Maya; y en caso de proceder, se expida de forma inmediata la orden de entrega correspondiente, con cargo a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

TERCERO.- REVOCAR el fallo judicial del 16 de junio de 2017 proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Girardot, dentro del **expediente T-6.390.241**, mediante el cual declaró improcedente el amparo solicitado por la señora Omaira María Urueña contra la IPS Emcosalud. En su lugar **DECLARAR** la carencia actual de objeto por hecho superado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- REVOCAR la sentencia del 6 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Oralidad de Medellín, dentro del **expediente T-6.405.786**, mediante la cual se negó la tutela solicitada por Ilda Maricel Álzate Salazar, actuando como agente oficiosa de la señora María Nohemy Salazar Montes y en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela solicitada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONFIRMAR la providencia del 13 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande -Atlántico-, dentro del expediente **T-6.416.185,** la cual negó el amparo solicitado por Nelly Maria Romero de Gutierrez, quien fungió como agente oficiosa del señor Manuel Vicente Gutiérrez, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- CONFIRMAR la decisión proferida el 22 de junio de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, dentro del expediente **T-6.419.517,** la cual negó el amparo solicitado por Amalfi Mejia Acuña, quien actuó como agente oficiosa de su progenitor Miguel de los Santos Acuña Muñoz, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SENTENCIA T-215/18.