



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015).

Referencia: 150013333011-2015-0017700

Controversia: ACCIÓN DE TUTELA

Demandante: FLOR DE MARIA PUENTES

Demandado: SALUDVIDA EPS-S - DEPARTAMENTO DE BOYACA
SECRETARIA DE SALUD.

Decide el Despacho en primera instancia la Acción de Tutela instaurada por la señora FLOR DE MARIA PUENTES, quien actúa en representación de su hija ROCIO AGUDELO PUENTES, en contra de SALUDVIDA EPS-S y el DEPARTAMENTO DE BOYACA SECRETARIA DE SALUD; en la que aduce vulnerados los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana.

I. LA DEMANDA

La actora solicita se tutelen los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana de su hija ROCIO AGUDELO PUENTES y que en consecuencia, se ordene al Representante Legal de las entidades demandadas, autorizar el suministro inmediato de sesenta (60) pañales mensuales talla L, adicionalmente solicita que se sufraguen los gastos de viaje entre la vereda de Coper y Moniquirá a reclamar los pañales.

II. HECHOS

La actora sostiene que su hija ROCIO AGUDELO PUENTES, tiene diagnóstico médico de síndrome convulsivo crónico y retraso mental moderado a severo con incontinencia de esfínteres; que con ocasión de la enfermedad que padece su hija, el médico tratante determina el uso de pañales desechables permanentes.

Precisa que su hija se encuentra afiliada a la EPS-S SALUDVIDA entidad en la que se han presentado las solicitudes para los procedimientos de salud y el suministro de medicamentos y pañales y que han sido negados con el argumento que los mismo se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, por lo que no es posible su suministro.

Aduce que pidieron ayuda en la Secretaría de Salud de Boyacá en donde le advirtieron que dicha carga corresponde asumirla a la EPS-S SALUDVIDA.

Finaliza precisando que como quiera que los pañales son unos elementos costosos es difícil e inalcanzable adquirirlos, como quiera que el único ingreso familiar proviene de su actividad como recolectora de mora en la vereda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Secretario de Salud del Departamento de Boyacá, presentó informe (fl.36-41) en el que señala que se opone a las pretensiones, por cuanto no corresponde a la entidad territorial el aseguramiento y cobertura integral en salud de la afiliada.

Precisa que la entidad promotora de salud SALUDVIDA EPS-S es la encargada del aseguramiento en salud de la accionante, brindando la atención en salud de conformidad con los criterios del médico tratante, independientemente de que se trate de una inclusión o exclusión en el POS.

Expone que si bien es cierto el suministro de pañales desechables es un elemento no contemplado en el POS, es la entidad de salud la que debe proceder a su cobertura, de conformidad con los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Precisa que la entidad de salud cuenta con la posibilidad de recurrir al fondo de solidaridad y garantías o a la entidad territorial para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud.

Finalmente precisa que ninguna responsabilidad le cabe a la Secretaría de Salud de Boyacá, pues ésta no es la Entidad responsable de prestar el servicio de salud para la población pobre en lo no cubierto con subsidios.

Por su parte la Gerente Regional de Boyacá, SALUDVIDA EPS-S, presentó escrito (fl. 42-49) en el que aduce que la Entidad ha gestionado la prestación de los servicios que requiere la accionante, autorizando los servicios médicos requeridos y procediendo a adelantar los trámites médicos previos para su materialización.

Señala que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5521 de 2013, el Plan Obligatorio de Salud "POS" alberga una serie de exclusiones que no son cubiertas con la unidad de pago por capitación UPC, motivo por el cual su garantía corresponde al ente territorial del lugar donde se encuentre el usuario afiliado al sistema de seguridad social en salud.

Pone de presente el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, sobre competencia de los departamentos en salud y precisa que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se trate de suministro de servicios médicos excluidos del POS del régimen subsidiado, la obligación principal recae en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen.

Solicita declarar improcedente el trámite tutelar como quiera que SALUDVIDA EPS-S no ha afectado los derechos fundamentales de la accionante y pide que en caso de persistir se inste a la entidad territorial a realizar el pago de los gastos en que incurra la entidad para poder prestar los servicios requeridos y solicitados.

III. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El caso el problema principal se contrae a establecer si SALUDVIDA EPS-S y el DEPARTAMENTO DE BOYACA SECRETARIA DE SALUD, están vulnerando o no los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, de la señora ROCIO AGUDELO PUENTES, por la omisión en el suministro de pañales desechables de forma permanente, pese a haber sido ordenados por el médico tratante.

Adicionalmente debe estudiar el Despacho si la condición de la accionante es justa causa para que la Entidad asuma el costo de los traslados de su lugar de residencia a la IPS correspondiente.

Para resolver el problema jurídico citado, el Despacho abordará los siguientes aspectos (i) naturaleza de la acción de tutela. (ii) la protección constitucional de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social (iii) los servicios y procedimientos requeridos se encuentran contenidos en el POS. (iv) sobre la capacidad económica en materia de salud, v) sobre el cubrimiento de gastos de transporte para paciente y acompañante por la EPS (vi) Sobre el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS. (vii) caso concreto.

I). NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad¹, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados,

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538-1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

II). PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

La Corte Constitucional ha creado una abundante línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental², de tal forma que le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.³

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido 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."*⁴ Esta definición responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales⁵.

Así, la jurisprudencia de esa Corporación ha establecido la procedencia del amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: *"(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios."*⁶

² Ver, entre otras, sentencias T-016/07, Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, T-820/08, M.P.: Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P.: M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-566/10, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

³ Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Sentencia T-597/93, M.P.: Jaime Araujo Rentería, reiterada en las sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ En este mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que *"La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos"*. " Subrayado por fuera del texto original.

⁶ Sentencia T-999/08. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

La salud, en su concepción de derecho fundamental, debe ser garantizada bajo criterios de dignidad humana que exigen su protección tanto en la esfera biológica del ser humano como en su esfera mental. En este sentido, el derecho a la salud no solo protege la mera existencia física de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

Por lo tanto, la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, deben procurar de manera formal y material, la óptima prestación del mismo, en procura del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.⁷

En relación con los servicios de salud incluidos y no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así pues, de la condición de *fundamentabilidad* del derecho a la salud, **se deriva que las personas tienen derecho a que se les preste los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios pueden hacer parte o no del POS.**⁸

Según lo ha expresado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹ las personas tienen derecho a que se les presten los servicios *–requeridos–* que hacen parte del POS y la negativa de la entidad supone una vulneración de su derecho fundamental, en otras palabras “(...) *no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.*”¹⁰

⁷ Sentencia T-816/08, M.P: Clara Inés Vargas Hernandez

⁸ Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinosa. “*Al respecto dijo la Corte: en la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.*”

⁹ Sentencia; T 838 de 2009, MP.; María Victoria Calle Correa

¹⁰ En la sentencia T-736 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández; la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) *afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.*” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-760 de 2008, ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental para la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),¹¹ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,¹² (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,¹³ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁴ En otras palabras, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.

Específicamente sobre el acceso al servicio de salud y el suministro de pañales ha señalado la Corte Constitucional:

“Las Salas de Revisión de la Corporación han ordenado el suministro de pañales, crema antipañalitis y paños húmedos, incluso si no hay orden del médico tratante, cuando se trata de personas (i) que sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres; (ii) dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas; y (iii) ellos o sus familias no tiene la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo autónomamente. La jurisprudencia constitucional

¹¹ Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 MP Alejandro Martínez Caballero; fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, “(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)”.

¹² El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹³ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁴ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que “(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)” que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

ha explicado que las personas que cumplen las condiciones señaladas no requieren dichos elementos para efectos de mejorar o estabilizar su estado de salud, sino más bien para garantizar una vida en condiciones mínimas de dignidad. De hecho, se ha sostenido que tales elementos ofrecen un apoyo fundamental para que los pacientes puedan continuar su vida en condiciones que la dignifican, pese a sus limitaciones.”¹⁵

Derecho a la seguridad social

“Conforme al precedente de esta Corporación el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”¹⁶

De conformidad con lo anterior es claro para el Despacho que el derecho a la seguridad social reviste carácter fundamental, cuando adquiere una connotación subjetiva por reñir directamente con la dignidad humana.

III). LOS SERVICIOS Y PROCEDIMIENTOS REQUERIDOS POS Y NO POS.

De conformidad con la Resolución No. 5521 de 2013 por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS), establece las exclusiones específicas del POS y que entre ellas se encuentran lo relacionado con pañales para adultos y niños:

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

18. Pañales para niños y adultos.

¹⁵ Sentencia T-216 de 2014

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-293 de 2011. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así es claro que en principio la provisión de pañales, se encuentra excluida del POS.

Con relación al tema concreto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

"4.6.1. En jurisprudencia reiterada y pacífica proferida por las diferentes Salas de Revisión, la Corte ha señalado que cuando los servicios médicos que no están contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro. Tal como lo expuso la sentencia T-760 de 2008 "una entidad de salud viola el derecho a la salud si se niega a suministrar un servicio que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el mismo se requiera con necesidad".¹⁷

4.6.2. Tratándose de los pañales desechables, esta Corporación ha establecido que existen situaciones concretas bajo las cuales una entidad promotora de salud debe suministrarlos a sus afiliados, con la finalidad de resguardar el goce efectivo del derecho a la salud y la vida en condiciones de dignidad.

4.6.2.1. En la sentencia T-752 de 2012, proferida por la Sala Primera de Revisión, se recogió la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en la que se ha protegido el derecho a la salud y a la vida digna, ordenando el suministro de pañales desechables, cuando se cumple con los siguientes presupuestos:

"(i) las personas que requerían el servicio sufrían de enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro) (i) que les afectaron el control sobre sus esfínteres, (ii) los hicieron dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y (iii) finalmente, que en los casos considerados, los usuarios no tenían la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular".¹⁸

IV) SOBRE LA CAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD

La Corte Constitucional ha enseñado que la capacidad económica no se agota demostrando los ingresos netos del interesado, sino que es necesario hacer un ejercicio de ponderación en la que se determine que la vida de quien solicita el tratamiento No Pos puede verse afectada al sumir la carga de lo pretendido ante al EPS.

¹⁷ Numeral 4.4.3.2.2. del apartado 4.4.3 de la sentencia T-760 de 2008.

¹⁸ Sentencia T-815 de 2014

“La sentencia T-683 de agosto 8 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, sintetizó las reglas probatorias empleadas por la Corte en relación con la demostración de la incapacidad económica del paciente y su familia, para asumir el costo de los procedimientos, intervenciones y medicinas excluidos del POS. Dicha providencia respaldó los requerimientos de que (i) es al actor al que le corresponde probar el supuesto de hecho que conduciría a la prosperidad de sus pretensiones; (ii) si él afirma que carece de recursos económicos, a la entidad demandada le corresponde demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar el nivel de recursos económicos; y, finalmente, (iv) se presume la buena fe a favor del solicitante, respecto de su afirmación indefinida sobre la ausencia de recursos económicos, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa si se llega a establecer que su aseveración es contraria a la realidad.

Ahora bien, es pertinente precisar que el debate sobre la capacidad económica de quien acude a la tutela para reclamar una prestación médica NO POS no se agota demostrando sus ingresos netos. En estos casos, el juez de tutela debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma como el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió.”¹⁹

V SOBRE EL CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR LA EPS:

La Resolución No. 5521 de 2013 prevé el transporte del paciente dentro del Pos así:

“ARTÍCULO 124. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES. *El Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:*

-- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

-- Entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Así mismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

ARTÍCULO 125. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. *El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una*

¹⁹ Sentencia T- 781 de 2013 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

PARÁGRAFO. *Las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial.”*

El artículo 10 al que hace alusión la norma describe:

ARTÍCULO 10. PUERTA DE ENTRADA AL SISTEMA. *El acceso primario a los servicios del POS se hará en forma directa a través de urgencias o la consulta médica y odontológica no especializada.*

Los menores de 18 años o mujeres en estado de embarazo podrán acceder en forma directa a la consulta especializada pediátrica, obstétrica o por medicina familiar sin requerir remisión por parte del médico general y cuando la oferta disponible así lo permita.

Sobre el tema de transporte y traslados del paciente ha señalado la Corte Constitucional:

“La inclusión del transporte en el Plan Obligatorio de Salud que garantiza el cubrimiento del transporte para el paciente ambulatorio que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo, en todos los niveles de complejidad, no es absoluta, dado que se requiere que: (i) la remisión haya sido ordenada por el médico tratante; (ii) en el municipio donde reside el paciente no existan instituciones que brinden el servicio ordenado; y (iii) la EPS-S donde se encuentra afiliado el paciente reciba una UPC diferencial o prima adicional. En los demás casos, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y, éste, sea la causa que le impide recibir el servicio médico, esta carencia se constituye en una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud. Es obligación del juez de tutela analizar las circunstancias de cada caso en particular y determinar si se cumple con los requisitos definidos por la jurisprudencia, caso en el cual, deberá ordenar los pagos de transporte que se requiera cuando se demuestre que carece de recursos económicos y su traslado para atender su salud es necesario para su recuperación.”

De conformidad con lo anterior es claro que se deben materializar los requisitos previstos por la jurisprudencia para proceder a ordenar el cubrimiento de gastos, solo en el evento que la única causal que impida el acceso al servicio de salud sea la falta de recursos económicos para el desplazamiento, será una barrera al derecho fundamental y deberá garantizarse por el Juez constitucional.

Así mismo ha señalado la Corte constitucional que de conformidad con el principio de accesibilidad económica, procede cubrir los gastos de transporte

incluso en el mismo lugar de residencia, para llegar a la entidad en la que se le va a prestar el servicio.

“24. Con fundamento en el principio de solidaridad contenido en el artículo 48 de la Constitución, y las garantías contenidas en la Observación General No.14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, son elementos esenciales e interrelacionados del derecho fundamental a la salud la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En particular, y para el caso que ocupa a esta Sala, la accesibilidad supone que “(...) los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.” Y la accesibilidad así entendida presenta cuatro dimensiones, dentro de las cuales hay una denominada accesibilidad económica, que ha sido definida así:

“(…) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.”

25. Por tratarse de criterios de aceptación internacional sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder al Sistema Público de Salud, el regulador contempló dentro del Plan Obligatorio de Salud (contributivo y subsidiado) el servicio de transporte.[31] Esta Corporación ha reiterado tanto el derecho a acceder a un servicio que se requiere, como a los medios indispensables para hacer efectivo tal acceso.

Lo anterior ha significado, por ejemplo, que cuando un usuario requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte que no pueden ser cubiertos por él, se está dentro del ámbito del derecho a la accesibilidad económica.[32] Lo mismo ocurre cuando se requiere transporte en el mismo lugar de residencia para llegar a la entidad de salud en la que se le va a suministrar un servicio.”²⁰ (resaltado por el Despacho)

VI) Sobre el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Mediante la Resolución 1479 de 2015, se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud, suministradas al régimen subsidiado, autorizados por los Comités Técnicos Científicos u ordenados mediante providencia de autoridad judicial, dirigida a la oportunidad en la atención al paciente y a que el pago se haga directamente de la

²⁰ Sentencia T-216 de 2014

Entidad Territorial (ET) al prestador de servicios de salud que brindó el servicio o la tecnología.

VII) DEL CASO CONCRETO

El Despacho entra a estudiar si la situación de la accionante encaja en las condiciones que ha precisado la Corte Constitucional para materializar la vulneración al derecho fundamental a la salud.

La primera de las subreglas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para reclamar la prestación de un servicio de salud por medio de la acción de tutela por parte de una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado, obedece a que el servicio se encuentre en el POS o POS-S.

Se encuentra acreditado que el médico tratante de la entidad de salud Hospital Regional de Monquirá E.S.E., certificó el día 15 de mayo de 2015, que la paciente Rocío Agudelo Fuentes, presenta síndrome convulsivo crónico, además de retraso mental moderado a severo con incontinencia de esfínteres, por lo que necesita el uso de pañales desechables permanentes (fl.9), certificación reiterada el 16 de julio del año en curso (fl.10)

De conformidad con la Resolución No. 5521 de 2013, es claro que los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, sin embargo atendiendo a la patología que presenta la paciente, fue un elemento ordenado por el médico tratante, pues si bien no representa un medicamento que sea definitivo para la recuperación de la salud, de conformidad con la jurisprudencia constitucional se trata de un servicio médico requerido por necesidad, que no solo resguarda el goce efectivo del derecho a la salud sino especialmente a la vida en condiciones de dignidad. Así las cosas a la luz de la jurisprudencia citada, en el caso de autos procede la inaplicación de la preceptiva reglamentaria, como quiera que la dignidad de la paciente se encuentre en riesgo real y solo con el suministro de los pañales recetados puede mejorar las condiciones de vida con dignidad, de tal modo que la EPS, está en la obligación de proveerlo, así esté fuera del POS.

Frente a los requisitos previstos para que no sea el paciente el que asuma el costo de los medicamentos excluidos del POS, es claro que en el caso de autos se cumplen, se encuentra acreditado que la señora ROCIO AGUDELO PUENTES,

se encuentra afiliada al SISBEN zona rural con puntaje 20.23 (fl.23) lo que significa que de conformidad con lo previsto en la Resolución 3778 de 2011²¹, en concordancia con el documento CONPES 117 de 2008²² la accionante se encuentra en nivel 1 del SISBEN, tal como se describe en los formatos de historia clínica (fl. 25-33)

Atendiendo a que la paciente se encuentra afiliada al régimen subsidiado nivel I, presume el Despacho que no cuenta con los recursos económicos para asumir los gastos que implican la compra permanente de pañales, tal como lo ha previsto en casos similares la Corte Constitucional: “...respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una **presunción de incapacidad económica frente a los mismos**, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.²³”; se presume la buena fe del solicitante y como quiera que afirmó que carece de recursos económicos, correspondía a la entidad demandada demostrar lo contrario, sin que se verifique en el plenario prueba que desvirtúe lo afirmado por la tutelante. Así las cosas está plenamente acreditada la primera subregla.

Respecto a la segunda subregla, consistente en que el procedimiento haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, observa el Despacho que según las circunstancias fácticas y probatorias del caso particular, el paciente fue atendido en el servicio médico del Hospital regional de Moniquirá E.S.E. por consulta el 15 de mayo de 2015 (fl. 25,26), fecha en la que se diagnosticó que el paciente sufre de un síndrome convulsivo crónico además de retraso mental moderado (fl.25) con incontinencia de esfínteres y requiere el uso de pañales en forma permanente (fl.9). Se encuentra acreditado que la entidad HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA E.S.E., atiende la prestación de servicios de salud por eventos con al EPS-S SALUDVIDA, tal como se desprende de la información anotada en la historia clínica (fl 25-33).

Así mismo se probó que el día 16 de julio del año en curso, el médico tratante certificó nuevamente la necesidad de suministro de pañales desechables permanentes, específicamente 60 pañales al mes talla L (fl.10), hechos que

²¹ Por la cual se establecen los puntos de corte del Sisbén metodología III y se dictan otras disposiciones.

²² Por medio del cual se hace la actualización de los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios de programas sociales.

²³En dicho sentido, en la sentencia T-908 de 2004, esta Corporación señaló: “Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación.”

ineludiblemente dejan ver que el médico a que ha valorado a la paciente hace parte de la entidad HOSPITAL REGIONAL DE MONQUIRA E.S.E., que presta el servicio de salud a la EPS-S.

En tercer lugar, la Corte Constitucional ha establecido como requisito para la procedencia de la tutela dirigida a reclamar un servicio no POS o POS-S, que este sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad, o algún otro derecho fundamental. Esta condición se encuentra plenamente demostrada en el expediente, ya que la paciente requiere por necesidad para salvaguardar su dignidad humana la utilización de pañales desechables en forma permanente, tal como se señaló en las certificaciones expedidas por el médico tratante (fls. 9,10) por lo tanto, la mora en el suministro de los citados pañales desechables por parte de la EPS-S a la que se encuentra afiliada la paciente, implica incrementar padecimientos y poner en riesgo la dignidad humana de la afiliada y del tercero que la tiene a cargo, en este caso su señora madre; lo que sin lugar a dudas se constituye en una vulneración a sus derechos fundamentales de salud, vida y su existencia en condiciones dignas, pues, en el caso concreto se cumplen los presupuestos señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para proceder al suministro de pañales, estos son sufrir una enfermedad que le afecte el control sobre sus esfínteres, hacerse dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y no tener la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular.

En cuanto al cuarto elemento para que se materialice la posibilidad de reclamar por vía de acción de tutela, esto es si la protección al derecho fundamental a la salud fue solicitado previamente a la Entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual se negó o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber; es importante advertir, que las ordenes emitida por el médico tratante, fueron expedidas el 15 de mayo y 16 de julio del año en curso (fl9,10) y que según lo informa la accionante y lo ratifica la entidad en el informe presentado al Despacho, los mismos no fueron suministrados por estar excluidos del POS, hecho que a todas luces resulta inaceptable, pues tal como se verifica en las certificaciones expedidas por el médico tratante, la paciente requiere con urgencia el suministro de pañales desechables, que a la fecha la EPS-S no ha autorizado.

Así las cosas la entidad EPS-S SALUDVIDA desde el momento que el médico dio las órdenes correspondientes tenía el deber de autorizar el suministro

de pañales, pues es claro en el sub- lite, que se configuran todas las subreglas que ha determinado la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud, con mayor razón en el caso de autos donde se encuentra plenamente demostrado que el paciente requiere con urgencia de los mismos para salvaguardar su dignidad humana.

Adicionalmente la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que es procedente inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios en el evento que la ausencia de procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la dignidad del paciente, aunado al hecho que el elemento excluido del plan obligatorio ha sido ordenado por el médico tratante de la afiliada, profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro y que el paciente no cuenta con la capacidad económica para sumir cargas de su salud.

Como quiera que el paciente requiere en forma permanente el suministro de pañales, se insta a la EPS-S COMFAMILIAR HUILA, para que preste un servicio integral y gestione lo que sea necesario ante la entidad prestadora del servicio de salud y ante el Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, de conformidad con lo previsto en la resolución No. 1479 de 2015, para garantizar el derecho a la salud y dignidad humana de la señora ROCIO AGUDELO PUENTES identificada con C.C. No. 23.783.929.

Es claro que el Estado se encuentra obligado a proteger, de manera especial, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta, en el caso concreto se encuentra acreditado que la señora Rocío sufre una patología de retraso mental (fl. 9), por lo que reviste la calidad de sujeto de especial protección, de manera que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud físico o mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se conecta con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad.

Del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional se concluye que cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que por su

estado de salud, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención, o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación, debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, lo anterior porque mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud la empresa promotora o a la administradora debe velar por su atención integral.

Así las cosas frente a servicios NO POS, la EPS-S SALUDVIDA deberá garantizar la prestación del servicio y exigir con posterioridad del Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, el reintegro de los gastos causados. En lo que toca a la materia de reembolsos, la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, precisa: *“Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.”* (negrilla fuera de texto)

Sin embargo para el caso que nos ocupa resulta claro, tal como lo señala la entidad en el informe presentado, que para efectos del reembolso respectivo debe ceñirse por lo previsto en la Resolución 1479 de 2015.

Con relación al transporte del paciente, es preciso señalar que de conformidad con lo previsto en la Resolución No. 5521 de 2013, el transporte debe ser asumido por la EPS-S para aquellos eventos en que en el municipio no se puedan prestar los servicios primarios señalados en el artículo 10, hecho que incluye a la accionante, como quiera que el producto requerido no es posible adquirirlo en la zona rural de la vereda, considerando que en el caso concreto se encuentra acreditado la imposibilidad de traslado de la paciente por su condición mental respaldado con lo señalado por el médico tratante y la presunción de su precaria condición económica, acreditada con su vinculación al Sisben, hechos que hacen inferir al Despacho la imposibilidad de emplearse y por consiguiente de percibir lo necesario para su congrua subsistencia, situación fáctica de que hace parte de un segmento poblacional de muy bajos ingresos y adicionalmente un sujeto de especial protección constitucional por la enfermedad que padece, además su progenitora de quien depende económicamente afirma en el escrito introductorio, que escasamente percibe un ingreso para sobrevivir como recolectora de mora de la vereda, hechos que llevan a concluir al Despacho debe

ordenar los pagos de transporte que se requiera pues el traslado para atender la salud y recibir los pañales mensualmente, son necesarios para propender por la vida digna de la paciente.

- **CONCLUSIÓN.**

En este orden de ideas y conforme a lo argumentado *Ut supra*, se responde entonces al problema jurídico principal planteado, es decir que la accionada EPS-S SALUDVIDA si vulneró los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, de la señora FLOR DE MARIA PUENTES, por la omisión en el suministro de pañales desechables, al haberse acreditado fueron ordenados por el médico tratante y adicionalmente por omitir la prestación integral del servicio de salud al paciente. Es de anotar que el acceso al servicio médico requerido debe superar los trámites administrativos que impliquen moras injustificadas que impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, pues la entidad promotora de salud EPS-S SALUDVIDA tiene el deber de garantizar *"el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos... cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta."*²⁴

Así las cosas se ordenará a la EPS-S SALUDVIDA, a través de su representante Legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, trámite lo que corresponda, para autorizar el suministro de sesenta (60) pañales talla L al mes de forma permanente, ordenados por el médico tratante de la E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE MONQUIRA E.S.E. a la paciente Rocío Agudelo Puentes, identificada con C.C. No. 23.783.929, sin imponerle cargas administrativas ni económicas, debiendo además prestarle atención integral, oportuna, eficaz y de calidad.

Frente al segundo problema jurídico, por encontrarse acreditadas las condiciones para ello, de conformidad con lo expuesto, se ordenará a la EPS-S SALUDVIDA, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de

²⁴ Ver Sentencia Corte Constitucional T-108-2008. Ver Sentencia Corte Constitucional T-314 de 2010

esta providencia, autorice el pago del transporte o traslados correspondiente que deba efectuar la señora FLOR DE MARIA PUENTES en calidad de madre de la señora Rocío Agudelo Puentes, a efecto de reclamar los pañales correspondientes a cada mes.

Igualmente atendiendo a la facultad de recobro de la EPS-S SALUDVIDA, se ordenará al Representante Legal del Departamento de Boyacá – Secretaria de Salud para que realice las gestiones administrativas de su competencia, atinentes al pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud para afiliados en el régimen subsidiado, en lo que concierne al suministro mensual de sesenta pañales a la paciente Rocío Agudelo Puentes, identificada con C.C. No. 23.783.929, por parte de la E.S.E. Hospital Regional de Moniquirá, para garantizar la prestación de todos los servicios requeridos por la accionante, de manera inmediata y permanente, conforme a los requerimientos del médico tratante y de la entidad promotora de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: TUTELENSE los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana de ROCÍO AGUDELO PUENTES, identificada con C.C. No. 23.783.929, por las razones expuestas.

Segundo: ORDENAR a la EPS-S SALUDVIDA, a través de su representante Legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, tramite lo que corresponda, para autorizar el suministro de sesenta (60) pañales talla L al mes de forma permanente, ordenados por el médico tratante de la E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA E.S.E. a la paciente Rocío Agudelo Puentes, identificada con C.C. No. 23.783.929, sin imponerle cargas administrativas ni económicas, debiendo además prestarle atención integral, oportuna, eficaz y de calidad.

Tercero: ORDENAR a la EPS-S SALUDVIDA, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice el pago del transporte o traslados correspondiente que deba efectuar la señora FLOR DE MARIA PUENTES identificada con C.C. No. 23.778.855 en calidad de madre de la señora Rocío Agudelo Puentes, a efecto de reclamar los pañales correspondientes a cada mes.

Cuarto: Atendiendo a la facultad de recobro de la EPS-S SALUDVIDA, se ordenará al Representante Legal del Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud para que realice las gestiones administrativas de su competencia, atinentes al pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud para afiliados en el régimen subsidiado, en lo que concierne al suministro mensual de sesenta pañales a la paciente Rocío Agudelo Puentes, identificada con C.C. No. 23.783.929, por parte de la E.S.E. Hospital Regional de Moniquirá, para garantizar la prestación de todos los servicios requeridos por la accionante, de manera inmediata y permanente, conforme a los requerimientos del médico tratante y de la entidad promotora de salud.

Quinto: NOTIFÍQUESE esta providencia a cada uno de los interesados, a través del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos por el medio más expedito, para cuyo efecto se podrá utilizar el fax o el teléfono, si fuere necesario conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Déjense las constancias pertinentes y alléguese al expediente.

Sexto: Si este fallo no fuere impugnado, envíese junto con el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo consagra el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA SALAMANCA GALLO

Juez