

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA / SUMINISTRO DE PAÑALES A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS EXCLUIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES – A sujeto de especial protección constitucional de la tercera edad

[L]a Sala encuentra que la decisión del *a quo* es acertada, conforme a la realidad fáctica probada, y se ajusta a la orientación jurisprudencial existente sobre la materia, dado que en forma reiterada la Corte Constitucional ha señalado que la garantía efectiva del derecho a la dignidad humana se ve afectada cuando se niega el suministro de pañales desechables, toda vez que, si bien no se prescriben para mejorar una condición de salud determinada, tal como sucede con un medicamento o intervención quirúrgica ordenada dentro del plan de manejo de una enfermedad, son elementos necesarios para garantizar la vida en condiciones dignas. En ese orden, ha dicho la alta corporación que, aunque los pañales desechables no se encuentran en el Plan de Beneficios de Salud, como sucede en el caso bajo estudio en el que se determinó que el Acuerdo No. 002 de 2001, modificado por el Acuerdo No. 010 del mismo año, no incluyó estos elementos dentro de aquellos que suministra el SSMP a sus afiliados o beneficiarios, por vía de tutela, es posible ordenar la entrega, para lo cual, se debe aplicar la regla jurisprudencial de acuerdo con la cual *«toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, estén o no incluidos en el POS»*. (...) En los anteriores términos, según la Corte Constitucional, las negaciones indefinidas *«son prueba suficiente de la falta de capacidad, cuando la parte accionada no se pronuncia en contrario, y lo prueba»*. Siguiendo esa línea de decisión, en el caso concreto, la negación indefinida que adujo la parte demandante bastaría para acreditar la incapacidad económica del paciente para asumir el costo de los pañales, a menos que la entidad accionada demuestre lo contrario, situación que aquí no se presenta, dado que en la contestación la entidad se limitó a manifestar que el hijo del actor, por encontrarse percibiendo una asignación de retiro de las fuerzas militares, no solo está en capacidad de comprar dichos, sino que se encuentra obligado a prestarle auxilio en virtud del principio de solidaridad familiar. Para la Sala, esa afirmación de la entidad demandada no es suficiente para desvirtuar la incapacidad económica del accionante y de su grupo familiar, toda vez que, como se refirió con anterioridad, en el expediente sí quedó acreditado que el señor [G.F] es un sujeto de especial protección constitucional de la tercera edad, que no cuenta con ingresos económicos, lo cual se refuerza con el hecho de que se encuentre afiliado en calidad de beneficiario de su hijo al subsistema de salud.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 08001-23-33-000-2021-00254-01(AC)

Actor: MIREILLE GARRIDO LLANOS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COMANDO FUERZAS MILITARES - SANIDAD MILITAR

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia del 28 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que resolvió:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, integridad humana y derechos de las personas de la tercera edad del señor Armando Enrique Garrido Fernández, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, Dirección de Sanidad Militar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, autorice y entregue los pañales que le fueron prescritos al señor Armando Enrique Garrido Fernández, mientras subsista la necesidad de los mismos, de acuerdo con las indicaciones de su médico tratante respecto a la cantidad y frecuencia.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El 11 de mayo de 2021, la señora Mireille Eugenia Garrido Llanos, actuando como agente oficiosa del señor Armando Enrique Garrido Fernández, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional - Comando de las Fuerzas Militares – Sanidad Militar, por estimar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, integridad física y derechos de las personas de la tercera edad en cabeza del agenciado. Formuló las siguientes pretensiones:

1. Dígnese ordenar a MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (COMANDO DE LAS FUERZAS MILITARES), a la brevedad posible ENTREGAR AUTORIZACION PARA PAÑALES DESECHABLE, en el tiempo y cantidad prescritas por el médico tratante.

2. EN CONSECUENCIA, DE LO ANTERIOR ORDENAR A MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (COMANDO DE LAS FUERZAS MILITARES), la entrega de medicamentos, realización de valoraciones y Continuar con el Tratamiento que requiera y demás tratamientos alternativos, que se consideren pertinentes en el tiempo si así lo necesitase de acuerdo a su patología.

1.2. Hechos y argumentos de la tutela

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

El accionante tiene 81 años y se encuentra diagnosticado con «*degeneración de la mácula y del polo posterior del ojo, tumor maligno de la piel en otras partes y de las no específicas de la cara (basocecualar mejilla derecha), cáncer de próstata y vejiga neuropática*», patología que le impide el control de esfínteres, razón por la cual los médicos tratantes prescribieron la utilización de pañales desechables.

Manifestó que solicitó ante la autoridad correspondiente la autorización y entrega de los pañales desechables, petición que fue negada el 15 de enero de 2021, con pleno desconocimiento de los derechos a la salud y calidad de vida del paciente, quien es una persona de escasos recursos que no puede sufragar el costo de los pañales prescritos.

Adicionalmente, la parte actora indicó que la situación descrita en los hechos de la demanda evidencia una clara vulneración al derecho del señor Armando Enrique Garrido Fernández a tener una vida digna, debido a que la negativa por parte de la autoridad de sanidad de brindarle los pañales que fueron prescritos por el médico tratante, sumada a la dificultad económica que tiene para adquirirlos con sus propios recursos, afecta su nivel de salud para sobrevivir y desempeñarse en su vida diaria, además de frustrar sus esperanzas de recuperación y procurar alivio a sus dolencias.

2. Trámite impartido

2.1. Mediante auto del 13 de mayo de 2021, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la presente acción de tutela y ordenó que aquel se notificara al Ministerio de Defensa – Comando de la Fuerzas Militares - Sanidad Militar-Escuela Naval de Suboficiales, con el fin de que rindiera informe.

3. Fallo impugnado

En sentencia del 28 de mayo de 2021, el Tribunal Administrativo del Atlántico tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a los «*derechos de las personas de la tercera edad*» en cabeza del señor Armando Enrique Garrido Fernández y, como consecuencia, ordenó a la Dirección de Sanidad Militar que autorizara y entregara los pañales que le fueron prescritos al accionante mientras subsista la necesidad de los mismos, de acuerdo con las indicaciones de su médico tratante respecto a la cantidad y frecuencia.

Con fundamento de la decisión, expuso que la entrega de pañales desechables al accionante, como sujeto de especial protección constitucional, atendiendo a su

patología y condición actuales, resulta procedente para la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas; por tanto, pese a que tal insumo se encuentre excluido del Plan de Beneficios de Salud (PBS), como en el presente caso confluyen las situaciones de hecho señaladas como necesarias por la jurisprudencia constitucional¹, es procedente inaplicar por inconstitucional el Acuerdo 010 del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que excluye los pañales desechables del PBS.

4. Impugnación

La parte accionada impugnó la anterior decisión, solicitó que se revocara y, en su lugar, que se negara el amparo deprecado, para lo cual indicó que el accionante se encuentra afiliado al subsistema de salud de las Fuerzas Militares, en calidad de beneficiario de su hijo, el suboficial primero retirado Armando Garrido Llanos, *«quien tiene una asignación de retiro»*. Por tanto, es el señor Garrido Llanos quien tiene la obligación de suministrarle los elementos necesarios que le aseguren su digna subsistencia, de conformidad con la legislación vigente y en concordancia con el desarrollo jurisprudencial que se ha dado al principio de solidaridad familiar.

Asimismo, expuso que, en jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha expresado que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar la entrega de pañales, pero para ello se debe cumplir una serie de requisitos, dentro de los cuales se encuentra que el interesado no pueda directamente costear el insumo solicitado. Sostuvo que, en este caso, no se allegó medio de prueba alguno que permita establecer que el accionante (directamente) ni su hijo pueden sufragar el costo de los pañales.

Aunado lo anterior, señaló que dicho elemento no es propiamente un medicamento sino un insumo para la higiene personal y que el accionante viene recibiendo los correspondientes requerimientos médicos establecidos para su patología de base, servicios entregados por la entidad accionada junto a la red hospitalaria contratada, de manera tal que no se evidencia vulneración a los derechos fundamentales invocados.

5. Trámite impartido en sede de impugnación

5.1. Mediante auto del 28 de julio de 2021, la magistrada ponente del proceso en primera instancia requirió a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Atlántico

¹ Toda vez que no cuentan con los recursos económicos para costear dichos insumos.

para que remitiera los documentos que estaban contenidos en el correo del 20 de mayo de 2021, enviado por la subdirectora de servicios de salud de la Jefatura del Establecimiento de Sanidad Militar 1034 de la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla, mediante el cual contestó la presente acción de tutela.

5.2. Mediante memorial del 3 de agosto de la presente anualidad, la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Atlántico informó que:

No se pudo hallar el mensaje por medio del cual la subdirectora de servicios de salud de servicios de salud de la Jefatura del Establecimiento de Sanidad Militar 1034 de la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla contesta la acción de referencia.

Debido a lo anterior me comuniqué telefónicamente con la Secretaria de la entidad en mención quien el día de ayer me envió el documento solicitado en dos oportunidades desde la cuenta esm1034.barranquilla@armada.mil.co sin que fuera recibido.

Por lo anterior, me comuniqué nuevamente con la entidad para informarle que los mensajes no habían sido recibidos, por lo que el envío fue realizado desde otra cuenta: asjuresm1034@gmail.com, llegando en esta oportunidad de la manera correcta.

Se le reenvía el correo recibido el día de ayer que incluye la contestación de la acción solicitada.

II. CONSIDERACIONES

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, cuyo artículo 1° establece que «*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*», la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, según reiterada jurisprudencia constitucional, el otro mecanismo de defensa judicial debe ser idóneo y eficaz para proteger el derecho que se considera vulnerado o amenazado. De no serlo, la tutela procederá como medio principal de protección de los derechos fundamentales.

Así mismo, en el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela solo será procedente si se propone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. Cuestión previa: de la contestación de la autoridad demandada

La Sala debe precisar que el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el fallo del 28 de mayo de 2021, sostuvo que *«la accionada no rindió informe dentro de la oportunidad legal correspondiente, por lo tanto, se tendrán por ciertos los hechos narrados por la accionante, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991»*.

No obstante, como se refirió, la Sala observa que la autoridad demandada sí intervino en la oportunidad correspondiente y, por tanto, como el procedimiento de la acción de tutela es preferente y sumario, en aras de garantizar los derechos de defensa y contradicción de los sujetos procesales, la Sala estudiará los argumentos de defensa expuestos en la contestación y los tendrá en cuenta al momento de decidir la impugnación.

3. Problema Jurídico

En los términos de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo del 28 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Dado que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales, de hecho, ya fueron verificados por el juez de primera instancia, la Sala descenderá al análisis de fondo del asunto, con el fin de determinar si la autoridad demandada vulneró los derechos fundamentales del señor Armando Enrique Garrido Fernández, al negarse a suministrar los pañales recetados por su médico tratante.

4. Análisis de la Sala

4.1. Del derecho fundamental a la salud – personas de la tercera edad – sujetos de especial protección

El artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación; organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia; y procurar que la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

El derecho a la salud ha sido reconocido por la Corte Constitucional² como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas. La prestación del servicio de salud conforme a la jurisprudencia constitucional debe estar enmarcado dentro del principio de integralidad, que se entiende como *«todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente»³*.

Así también lo dispuso el legislador en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 *«Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones»⁴*, al establecer 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 legislador»*.

Dicha norma también previó que, en los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

En tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, el derecho fundamental a la salud reviste mayor importancia, en razón a que dicho grupo poblacional se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta⁵. Sobre el particular, en sentencia T- 746 del 19 de octubre de 2009, reiterada en la sentencia

² Ver la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Sentencia T-576 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-465 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-253 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ Aplicable a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud, conforme al artículo 3.

⁵ Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

T-014 del 20 de enero de 2017, la Corte Constitucional señaló que *«es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran»*.

Así también quedó estipulado en el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015, que, a su vez, consagró que la atención en salud de este grupo poblacional no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica; y que las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

4.2. Sistema de salud de las Fuerzas Militares - el plan de servicios de sanidad militar y de policía

Por determinación de los artículos 216 y 217⁶ de la Constitución Política, los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social. Así lo consagró también de manera expresa el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁷.

La Ley 352 de 1997, por la cual se estructuró el Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, fue posteriormente modificada por el Decreto 1795 de 2000, que determina la existencia dentro del régimen especial de dos subsistemas, a saber: el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares – SSFM– y el Subsistema de Salud de la Policía Nacional –SSPN–, administrados en su orden, por la Dirección General de Sanidad Militar y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares (en adelante CSSMP).

En lo que se refiere a la población beneficiada, la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000 señalan que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía en uso del buen retiro son afiliados sometidos al régimen de cotización. Dicha

⁶ «(...) La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, **prestacional** y disciplinario, que les es propio».

⁷ «ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas».

normativa también incluye en el subsistema de salud a los beneficiarios de los afiliados cotizantes.

El Decreto 1795 de 2000, en su artículo 27, dispone que los servicios médicos asistenciales que se encuentran contenidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial se prestarán con sujeción a los parámetros que para tal efecto establezca ese organismo, cubriendo la atención integral en enfermedad general y maternidad en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación, entre otros.

En concordancia con lo anterior, el CSSMP expidió el Acuerdo No. 002 de 2001, mediante el cual estableció el plan de servicios de sanidad militar y de policía. Allí se determina el conjunto de servicios de atención en salud al que tienen derecho los afiliados del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP) y sus beneficiarios, con sujeción a los recursos disponibles en cada uno de los Subsistemas, para la prestación de servicios de salud.

El artículo 10 del referido estatuto, en su numeral primero determinó cuáles son los servicios y procedimientos médicos que se encuentran excluidos del Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial; y en su numeral segundo reglamentó el suministro de algunos elementos y la limitación de tratamientos.

Esta regulación, modificada por el Acuerdo 010 del 27 de septiembre de 2001, que adicionó un tercer numeral al artículo 10, se relacionaron los elementos y materiales médico-quirúrgicos que suministra el SSMP a sus afiliados o beneficiarios —siempre y cuando hagan parte del tratamiento señalado por el profesional de la salud correspondiente—, listado en el que no se incluyeron los pañales desechables.

No obstante, conforme a la sentencia C-313 de 2014, ha de considerarse 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»*.

Además, de antaño la Corte Constitucional ha señalado que para las personas a quienes su médico tratante les prescribe el uso de pañales desechables, la falta

de estos «afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, e impide la convivencia normal con sus congéneres»⁸.

5. Caso concreto y solución del problema jurídico

La señora Mireille Eugenia Garrido Llanos, actuando como agente oficiosa del señor Armando Enrique Garrido Fernández, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y derechos de las personas de la tercera edad en cabeza del agenciado, los cuales estima vulnerados porque la autoridad accionada se rehusó a suministrar los pañales desechables que requiere el paciente según su médico tratante.

Pues bien, se encuentra demostrado que el agenciado es un adulto mayor de 81 años y, según el diagnóstico médico especializado, padece de un «*tumor maligno de la próstata – vejiga neuropática no inhibida*», que, entre otras dolencias y molestias, le genera incontinencia urinaria, razón por la cual su médico tratante le ha prescrito el uso continuo de pañales desechables, según se lee en las fórmulas fechadas el 29 de octubre de 2020 y 18 de febrero de 2021.

En orden a resolver la impugnación, conviene recordar que el juez de tutela de primera instancia concedió el amparo solicitado porque encontró que, aunque los pañales desechables no se encuentran enlistados en el Acuerdo No. 002 de 2001 como uno de esos elementos que debe suministrar el SSMP, en razón a la situación del accionante es del caso inaplicar dicha normativa, a fin de ordenar la entrega de estos insumos, toda vez que no existe un producto similar dentro del PBS y su falta de suministro impide el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente. Aunado a ello, analizó que la agente oficiosa, en el escrito de tutela, manifestó que el agenciado no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear dichos insumos.

La Sala encuentra que la decisión del *a quo* es acertada, conforme a la realidad fáctica probada, y se ajusta a la orientación jurisprudencial existente sobre la materia, dado que en forma reiterada la Corte Constitucional ha señalado que la garantía efectiva del derecho a la dignidad humana se ve afectada cuando se niega el suministro de pañales desechables, toda vez que, si bien no se prescriben para mejorar una condición de salud determinada, tal como sucede con un medicamento o intervención quirúrgica ordenada dentro del plan de manejo de

⁸ Sentencia T-565 de 1999.

una enfermedad, son elementos necesarios para garantizar la vida en condiciones dignas⁹.

En ese orden, ha dicho la alta corporación que, aunque los pañales desechables no se encuentran en el Plan de Beneficios de Salud, como sucede en el caso bajo estudio en el que se determinó que el Acuerdo No. 002 de 2001, modificado por el Acuerdo No. 010 del mismo año, no incluyó estos elementos dentro de aquellos que suministra el SSMP a sus afiliados o beneficiarios, por vía de tutela, es posible ordenar la entrega, para lo cual, se debe aplicar la regla jurisprudencial de acuerdo con la cual *«toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, estén o no incluidos en el POS»*¹⁰.

De modo que, al tratarse de un elemento no incluido en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, conforme a la jurisprudencia constitucional, se deben analizar cuatro subreglas que conforman la regla general anotada, a saber:

- (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 de Salud;
- (iii) el interesado no puede costearlo directamente, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;
- (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.¹¹

Todas estas subreglas fueron analizadas por el juez de tutela de primera instancia en la providencia objeto de la alzada, así:

⁹ M.P. María Victoria Calle Correa. En la sentencia T-752 de 2012, la Sala Primera de Revisión estudió varias acciones de tutela presentadas por sujetos de especial protección constitucional; en todos los casos, se trataba de personas con graves limitaciones físicas, mentales o sensoriales, a causa de enfermedades irreversibles que padecían y, que, además, requerían la ayuda permanente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas. Por su parte, en la sentencia T-383 de 2013, la misma Sala analizó los casos de varios peticionarios que presentaron acciones de tutela contra diferentes EPS o EPS-S, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Se trataba de personas que sufrían enfermedades crónicas y, en algunos casos, degenerativas, que habían afectado el control sobre sus esfínteres. De la misma forma, los accionantes sufrían de condiciones de vulnerabilidad económica y familiar que los hacían merecedores de una especial protección constitucional.

¹⁰ Al respecto, ver sentencias T-999 de 2008.; T-931 de 2010; T-022 de 2011 y T-091 de 2011. La justiciabilidad del derecho a la salud surge 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.»*

¹¹ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-478 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

En el recuento normativo y jurisprudencial citado en precedencia, de cara la prueba documental aportada al expediente y las declaraciones de la agente oficioso, se concluye que: i) el señor Armando Enrique Garrido Fernández, es una persona de 81 años de edad, afiliada en calidad de beneficiario a la Dirección General de Sanidad Militar; ii) que padece, entre otras patologías, de tumor maligno de la piel, cáncer de próstata y vejiga neuropatía no inhibida, y no tiene controles de esfínteres; iii) que de acuerdo a lo anterior, el agenciado se encuentra en una situación de debilidad manifiesta; iv) que su médico tratante le prescribió el uso de pañales desechables para adulto talla “L” cada 8 horas por 90 días; v) que la agente oficiosa, en el escrito de tutela, manifiesta que no cuentan con los recursos económicos suficientes para costear dichos insumos; v) que el 05 de enero de 2021, la señora Mireille Eugenia Garrido Llanos presentó petición ante la Dirección de Sanidad Escuela Naval de Suboficiales, solicitando el suministro pañales desechables formulados por el Urólogo Oncólogo Dr. Bey Brochero Ravelo a su padre, señor Armando Enrique Garrido Fernández; vi) que la Jefe de Establecimiento Sanidad Militar de la Escuela Naval de Suboficiales ARC de Barranquilla, negó la anterior solicitud, señalando que los pañales desechables no son medicamentos, sino elementos de higiene personal, por lo cual no puede suministrarlos, pese a haber sido prescritos por el médico tratante; v) que la accionada no rindió informe dentro de la oportunidad legal correspondiente, por lo tanto, se tendrán por cierto los hechos narrados por la accionante, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; vi) que la entrega de pañales desechables constituye un paliativo que mejora la condición del paciente, en desarrollo de una vida digna; vi) que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pese a que tal insumo se encuentra excluido del Plan de Beneficios de Salud, atendiendo las características de cada caso en particular, debe ser entregado y costado por la entidad prestadora de servicios de salud, en salvaguarda del derecho a la vida y a la salud de sus afiliados; vii) que para la Corte Constitucional, tal consideración se encuentra justificada en que la normatividad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud no puede convertirse en un obstáculo para el goce efectivo de los derechos fundamentales de los afiliados, debiendo entonces la entidad prestadora de servicios acceder a proporcionar y costear el tratamiento requerido por el paciente, a fin de efectivizar sus garantías constitucionales, aunque el mismo no esté incluido en el PBS, pero las circunstancias así lo exijan (...).

Ahora bien, la entidad recurrente pide que en esta instancia se revoque el amparo concedido por el juez de primera instancia, concretamente porque no se cumple la tercera subregla, pues considera que no se encuentra demostrada la incapacidad económica del accionante para sufragar los insumos prescritos por el médico tratante. Además, en consideración a que el paciente está registrado como beneficiario del suboficial primero, Armando Garrido Llanos, quien se encuentra afiliado al SSMP en su condición de militar retirado y, por ende, como percibe «una asignación de retiro», es él quien debe asumir los costos para sufragar los pañales desechables que necesita su progenitor en virtud del principio de solidaridad.

Al respecto, vale la pena señalar que la Corte Constitucional en diversas oportunidades: sentencia T-683 de 2003, reiterada en las sentencias T-819 de 2003 y T-760 de 2008, ha definido las diferentes formas en que el juez de tutela puede determinar si un usuario tiene o no capacidad económica, así:

1. *No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante.*
2. *La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.*
Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.
3. *Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante.*
4. *Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.*

Así las cosas, en el caso particular, se advierte que en el escrito de tutela la agente oficiosa manifestó que el señor Armando Enrique Garrido Fernández carece de recursos propios para sufragar el costo de los pañales desechables prescritos por el médico tratante, razón por la cual, de hecho, en petición radicada el 5 de enero de 2021, solicitó a la autoridad de sanidad encargada su entrega, bajo las siguientes consideraciones:

Es preciso anotar que, desde el momento en que mi señor padre comenzó la incontinencia, el suministro de los pañales desechables fueron asumidos por sus hijos, pero al aumentar cada día las micciones, incluso, se orina sentado y no sale por la pena de mojarse en la calle, por tanto, el uso de los pañales no se limitan solo para dormir sino son constantes en el día, y debido a la situación económica y el valor de los mismos, se hace imposible su adquisición, ya que debido a la pandemia, desempleo y otras situaciones personales y familiares no se cuentan con recursos para comprarlos, y mi padre no cuenta con recursos propios ni pensión estatal ni de ninguna otra índole (...).

Pues bien, de conformidad con lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia T-906 de 2002¹², cuando el accionante afirme en el escrito de tutela que no tiene la capacidad económica para sufragar los costos de determinados medicamentos o insumos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, «le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación».

¹² Reiterado en las sentencias T-113 de 2002, T-752 de 2012 y T- 171 de 2016.

En los anteriores términos, según la Corte Constitucional, las negaciones indefinidas *«son prueba suficiente de la falta de capacidad, cuando la parte accionada no se pronuncia en contrario, y lo prueba»*¹³. Siguiendo esa línea de decisión, en el caso concreto, la negación indefinida que adujo la parte demandante bastaría para acreditar la incapacidad económica del paciente para asumir el costo de los pañales, a menos que la entidad accionada demuestre lo contrario, situación que aquí no se presenta, dado que en la contestación la entidad se limitó a manifestar que el hijo del actor, por encontrarse percibiendo una asignación de retiro de las fuerzas militares, no solo está en capacidad de comprar dichos, sino que se encuentra obligado a prestarle auxilio en virtud del principio de solidaridad familiar.

Para la Sala, esa afirmación de la entidad demandada no es suficiente para desvirtuar la incapacidad económica del accionante y de su grupo familiar, toda vez que, como se refirió con anterioridad, en el expediente sí quedó acreditado que el señor Garrido Fernández es un sujeto de especial protección constitucional de la tercera edad, que no cuenta con ingresos económicos, lo cual se refuerza con el hecho de que se encuentre afiliado en calidad de beneficiario de su hijo al subsistema de salud.

Asimismo, en lo que tiene que ver con la supuesta capacidad económica del señor Armando Garrido Llanos, hijo del accionante, quien tiene una asignación de retiro, la Sala considera que no quedó demostrado en el expediente el monto al que ascienden los ingresos del señor Garrido Llanos, mucho menos si son suficientes para cubrir los gastos de los insumos que necesita su padre. Es más, luego de contrastar esa información con la que obra en el expediente en la que se indicó que inicialmente el suministro de los pañales *«fueron asumidos por sus hijos, pero al aumentar cada día las micciones (...) y debido a la situación económica y el valor de los mismos, se hace imposible su adquisición, ya que debido a la pandemia, desempleo y otras situaciones personales y familiares no se cuentan con los recursos para comprarlos»*, para la Sala es claro que ni el accionante ni su núcleo familiar tienen la capacidad económica de asumir los costos de los pañales prescritos por el médico tratante al señor Garrido Fernández.

Adicionalmente, cabe recordar que la solidaridad de la familia encuentra límite en su capacidad económica y en los propios proyectos de vida de sus integrantes, como la ha señalado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones¹⁴.

¹³ Sentencia T- 752 de 2012.

¹⁴ Al respecto, consultar la sentencia T-841 de 2012, M.P María Victoria Correa Calle, reiterada en la SU-508 de 2020.

Bajo los argumentos señalados, la Sala concluye que la impugnación presentada por la autoridad demandada no tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, se procederá a confirmar la providencia impugnada, mediante la cual se concedió la protección de los derechos fundamentales reclamada por la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. Confirmar la sentencia del 28 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace:

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ