

DERECHO A LA SALUD EN SU FACETA DE DIAGNÓSTICO-Aplicación del principio de integralidad para garantizar la prestación de servicios y tecnologías en salud a pacientes de la tercera edad con enfermedades crónicas y degenerativas

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Cuando se configura un hecho parcialmente superado pero subsiste vulneración del derecho

(...) persisten pretensiones respecto de las solicitudes de provisión de una silla de ruedas y cita con un médico internista (...). De igual forma ... prestación de servicio de enfermería 24 horas por 6 meses, tapabocas, pañitos húmedos, gasas, atril y aplicadores de limpieza de cánula.

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

ACCESO A SERVICIOS Y MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios que se encuentran excluidos

(...) es posible excepcionar la aplicación de las exclusiones siempre bajo las siguientes reglas: (i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente ...; (ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido ...; (iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud ...; y, (iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del

plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario...

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

SUMINISTRO DE TECNOLOGIAS Y SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Procedencia de la tutela cuando no existe prescripción médica y posterior ratificación del médico tratante

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T- 025 DE 2023

Expedientes: T-8.651.349 y T-8.659.968 (AC)

Acciones de tutela interpuestas por: i) por Sandra, como agente oficioso de Francisco, contra Mutual Ser EPS; e, ii) por Rosa, como agente oficioso de Raúl, contra la Nueva EPS.

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Nota previa: En el presente caso se estudia la historia clínica e información de salud de dos personas. Por este motivo, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, se ordenará suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de esta, el nombre de las personas y los datos e información que permitan su identificación como su lugar de residencia, documento de identidad e información de sus familiares. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas se utilizarán nombres ficticios. Por ello, la Sala Segunda de Revisión emitirá dos copias de esta providencia, con la diferencia de que en el fallo que se publique se utilizarán las siglas.¹

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por:

i. El Juzgado 2 Penal Municipal de Sincelejo, el 20 de agosto de 2021, el cual resolvió la acción de tutela presentada por Sandra, como agente oficioso de Francisco, contra Mutual Ser EPS (Expediente T-8.651.349).

ii. El Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali-Valle del Cauca, el 30 de noviembre de 2021, el cual resolvió la acción de tutela presentada por Rosa, como agente oficioso de su esposo Raúl, contra la Nueva EPS (Expediente T-8.659.968).

I. ANTECEDENTES

1. En los dos expedientes acumulados, los demandantes presentaron acción de tutela contra las entidades promotoras de salud (en adelante EPS) a las que están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En los dos procesos los accionantes solicitan la protección a su derecho a la salud y vida digna, y que, por consiguiente, se ordene la entrega de diferentes suministros de salud, como son pañales, camas hospitalarias, servicios de cuidado médico en casa, entre otros. A continuación, se resumen los hechos relevantes de cada caso, las decisiones de instancia para cada uno de los procesos y las actuaciones realizadas en sede de revisión.

A. Expediente T-8.651.349

Hechos relevantes

1. La señora Sandra, actuando como agente oficioso de su padre Francisco, interpuso acción de tutela. En el escrito indicó que Francisco tiene 98 años, padece de demencia senil, tiene

problemas para procesar la comida, padece de desnutrición, tiene una movilidad limitada y depende de terceros para realizar sus funciones básicas. Agregó que dada sus limitaciones de movilidad depende de ella para que lo alimente, asee, y demás.²

1. La agente oficiosa señaló que ella es la única persona que vela por el cuidado de su padre, que es una mujer de la tercera edad³, que no trabaja, y que subsisten gracias a la caridad de las personas. Agregó que su padre está desnutrido, tiene escaras, y que además se ve obligada a acostarlo sobre plásticos ante la falta de recursos para adquirir pañales, lo que le genera más lesiones cutáneas.

Solicitud de tutela

1. La agente oficiosa solicitó el amparo de los derechos de Francisco, como sujeto de especial protección por su avanzada edad, a la salud, a la vida y a la vida digna. Por consiguiente, como medida provisional y definitiva, pretende que se le proporcione “una cama hospitalaria que se pueda reclinar y una silla de ruedas, así mismo se le proporcione el ALIMENTO ENSURE, pañales M y cuidados médicos en casa y lo remitan de manera urgente a donde el médico internista pues lo hemos notado delicado de salud.”⁴

Trámite procesal

1. Mediante auto del 6 de agosto de 2021,⁵ el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo, Sucre, admitió la tutela. Solicitó a Mutual Ser EPS que se pronunciase sobre el asunto. Además requirió a la agente oficiosa para que remitiera la historia clínica de su padre, diera cuenta de las atenciones en salud que la EPS le haya prestado, y también solicitó informar si existía algún medicamento, tratamiento o prescripción médica relacionada con los hechos de

la tutela pendiente de entrega. Además, negó la medida provisional por “no poderse establecer con criterio médico o científico las condiciones reales de salud del agenciado y por ende estimar urgente las medidas que contempla el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.”

Contestación de la accionada

1. La parte demandada no se pronunció.

Sentencia de única instancia

1. Mediante Sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo, Sucre, negó el amparo. Al respecto señaló que “en el asunto de marras no puede ordenarse los insumos solicitados por la impulsora, dado que no se adosaron al plenario los documentos que acrediten los padecimientos del señor [Francisco], tales como historia clínica o concepto del médico tratante, -a pesar de ser requeridos por esta judicatura en auto de 06 de agosto de 2021-, para que al contrastarlos con los precedentes jurisprudenciales traídos a colación, se determinara su aprobación. Ahora, de los hechos expuestos en el libelo es posible deducir que las reclamaciones de la tutelante se fundamentan en que a su juicio el señor [Francisco] necesita los insumos pedidos para mejorar su calidad de vida, empero, no hay orden médica o historia clínica que consienta ese pedimento, y mal haría esta unidad judicial en impartir mandato en ese sentido, cuando no hay un criterio de un profesional de la salud que lo avale. Máxime cuando tampoco se divisa una crítica directa contra la accionada MUTUAL SER EPS, pues sólo adujo la actora que la EPS no le otorgaba los pañales -dicho que no probó-, empero nada dijo de las otras peticiones. Y aunque la EPS MUTUAL SER guardó silencio sobre las peripecias contenidas en esta súplica a pesar de ser requerida por esta judicatura, por lo que se configura la presunción de veracidad consignada en el artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, que reza: “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”, como se dijo,

en este asunto no se revela una censura inmediata contra la EPS MUTUAL SER sobre la que recaiga esta figura; pues no alegó la promotora vulneración así como tampoco hay orden médica o concepto del galeno del que pueda derivarse una trasgresión.”⁶

A. Expediente T-8.659.968

Hechos relevantes

1. El 8 de julio de 2021 el señor Raúl de 71 años ingresó a la Clínica Rafael Uribe Uribe, con diferentes síntomas respiratorios, desaturado, con dificultad para moverse, entre otros⁷. El 10 de julio fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos⁸. El 11 de julio de 2021, luego de ser diagnosticado con COVID-19, fue intubado. El 13 de julio de 2021 fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Desá Nueva EPS. El 21 de julio de 2021 sufrió de una hemorragia gastrointestinal, no especificada. El 24 de julio le diagnosticaron una septicemia no especificada. El 10 de agosto de 2021 le fue diagnosticada disfagia. El 25 de agosto de 2021, luego de ser diagnosticado con enfermedad pulmonar obstructiva crónica con exacerbación aguda, fue remitido a hospitalización domiciliaria.⁹ El 31 de agosto de 2021 el señor Raúl fue hospitalizado nuevamente por una infección pulmonar.¹⁰ El 19 de octubre de 2021 fue dado de alta.¹¹

1. Durante el tiempo de hospitalización a Raúl le fueron realizados diferentes procedimientos, como una traqueotomía¹², gastrostomía¹³, diálisis, entre otros. La agente oficiosa indicó que la condición de salud de Raúl está bastante deteriorada, inclusive su movilidad se redujo en casi un 98%. Por lo anterior, depende en su totalidad de la ayuda y cuidados que le proporcionen terceras personas.

1. La señora Rosa indicó que ella es la única persona que vela por el cuidado y salud de su esposo. Narró que no cuenta con los conocimientos, o capacidad física y económica para realizar el cuidado, movimientos, y atenciones médicas que su esposo requiere para lograr una recuperación adecuada. Afirmó que “[e]s de resaltar que la persona que se encuentra en estos momentos bajo el cuidado, atención y vela por la recuperación del señor [Raúl] soy únicamente yo, soy una persona de 73 años de edad y es muy difícil para mí ayudar a la recuperación de mi esposo, puesto que no tengo conocimiento de cómo realizar la limpieza de la endocanula (sic) y se realiza cuando algún familiar me puede ayudar, se me dificulta moverlo, y nos encontramos ante una situación en la que es posible que de alguna manera el o yo salgamos afectados, puede haber una mala fuerza de mi parte, puedo hacerle un mal movimiento y lastimarlo, se me puede caer y empeorar su situación, no cuento con la suficiente capacitación, ni fuerza para estar al cuidado 24 horas de mi esposo, ante esta situación mi salud ha empezado a afectarse y cada día me cuesta más trabajo cumplir con esta labor. (...) Aunado a lo anterior debo cubrir los gastos de los implementos como tapabocas, pañales, pañitos, cremas, guantes, bolsas para la alimentación, jeringas (sic) todo esto lo compro con colaboración de mi familia, de igual manera la manutención y gastos propios de la casa, los servicios públicos que se han incrementado por las maquinas (sic) que hay conectadas las 24 horas, el agua debe ser completamente estéril, todo esto recae en mí y no tengo ni la capacidad, ni las condiciones para proveerle una debida recuperación.”¹⁴

Solicitud de tutela

1. Por lo anterior, la señora Rosa actuando como agente oficioso del señor Raúl, en escrito fechado el 10 de noviembre de 2021, solicitó el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la vida digna del señor Raúl. Requirió que se ordene a la Nueva EPS la entrega y autorización durante 6 meses de: un enfermero tiempo completo, pañales, guantes, tapabocas, crema antipañalitis, pañitos húmedos, bolsas para alimentación enteral, alimento para alimentación enteral, gasas, jeringas punta catéter, atril porta suero, aplicadores para limpieza de cánula, pipa de oxígeno, y servicio de transporte de ambulancia para asistir a las citas médicas.¹⁵

Trámite procesal

1. Mediante auto del 17 de noviembre de 2021,¹⁶ el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, Valle del Cauca, admitió la tutela. En ese mismo proveído solicitó a la Nueva EPS que se pronunciase sobre el asunto. Además, vinculó al proceso a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES.

Contestación de la accionada y la vinculada

1. Nueva EPS.¹⁷ El apoderado de la entidad solicitó: i) desvincular a la entidad por no haber una vulneración de los derechos fundamentales del accionante, puesto que lo solicitado no está consignado en una orden médica¹⁸; ii) negar la pretensión del servicio de cuidador, por ser responsabilidad exclusiva de la familia; iii) no acceder al servicio de transporte con acompañante, por exceder la órbita del plan de beneficios en salud; y, iv) negar el tratamiento integral, pues se trata de un hecho futuro e incierto. De manera subsidiaria, requirió que en caso de que se tutelén los derechos invocados, se ordene el reembolso de aquellos gastos que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de servicios.

1. ADRES. El jefe de la oficina jurídica de la entidad, el Dr. Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, solicitó negar el amparo deprecado respecto de la entidad pues, en su opinión, de los documentos allegados al proceso no se evidenció conducta alguna de la entidad que vulnere los derechos fundamentales del actor. En su contestación especificó que la ADRES reemplazó al FOSYGA y agregó que las entidades promotoras de salud son las encargadas, según el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, de prestar los servicios de salud de sus afiliados. Estos “en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal

forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.”¹⁹

1. Aclaró que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-508 de 2020 estableció que “todo servicio que no esté expresamente excluido, se entiende incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS).”²⁰ Aquello que esté incluido en el PBS es objeto de reconocimiento por parte de las EPS a través de la unidad de Pago por Capitación y no por la ADRES. Agregó que la Corte unificó las reglas para el suministro de los servicios y tecnologías en salud. En ese ejercicio dictaminó que los pañales, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, transporte intermunicipal y el servicio técnico de enfermería están incluidos en el PBS. Así, concluyó que, según la solicitud de la tutela, le corresponde a la EPS autorizar los elementos requeridos por la solicitante.

1. Mediante Sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santiago de Cali, no tuteló los derechos del accionante. Al respecto señaló que “(...) resulta totalmente improcedente, en cuanto a la pretensión principal de la accionante, referida a impartir orden a la entidad accionada, porque aparentemente de su parte se han desconocidos diferentes órdenes clínicas expedidas en favor del señor [Raúl], las que arguye fueron expedidas por su médico tratante, no obstante advera han sido desconocidas; como quiera que claramente se vislumbra que la accionante no cuenta con órdenes médicas que respalden su solicitud, respecto a la entrega en favor del paciente de los insumos mencionados y demás procedimientos. No puede dejarse de lado, que como bien lo afirma la accionante, la condición clínica del señor [Raúl] es muy compleja, por lo que los insumos requeridos con su escrito de tutela sumado a los demás procedimientos, entre ellos la pretensión de asignación de enfermero en casa y traslados en ambulancia, podrían ser de suma importancia para el paciente, sin embargo, se itera, no se allegó demostración alguna, no solo de ordenes (sic) médicas, sino también, de la correspondiente negación emitida por la entidad demandada, es decir, que no se puede

afirmar que la entidad NUEVA EPS S.A., esté negando la prestación de los servicios pretendidos en favor del paciente y que con ello se esté colocando en peligro sus derechos, a tal punto que amerite la intervención del juez constitucional. Debe el despacho ilustrar a la agente oficiosa, que el médico tratante del paciente, es el único profesional competente para decidir si aquel requiere los servicios de salud, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente, siendo esta la forma idónea a través de la cual se asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecer los derechos del afectado, lo que excluye al juez de tutela o a cualquier tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente.”

A. Actuaciones en sede de revisión

1. Remitidos los expedientes T-8.651.349 y T-8.659.968 a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, por Auto del 29 de abril de 2022, los seleccionó y acumuló con fundamento en el criterio objetivo de posible desconocimiento del precedente judicial y el subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental. En el mismo auto los expedientes fueron repartidos a la Sala Segunda de Revisión, presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. 21

1. Por Auto del 2 de agosto de 2022, el Magistrado sustanciador ofició a las agentes oficiosas con el fin de conocer sobre los accionantes: i) el estado de salud; ii) los ingresos con los que cuentan los accionantes para solventar sus gastos; iii) la composición del núcleo familiar, sus condiciones de vivienda, alimentación, acceso a servicios públicos y apoyo; iv) los tratamientos, servicios e insumos médicos que les han sido ordenados; v) si solicitó la autorización y entrega de insumos, medicamentos y procedimientos a la EPS; vi) si la EPS ha autorizado y entregado los medicamentos, procedimientos e insumos requeridos, en caso negativo, las razones que le han manifestado para el efecto; vii) copia de la historias clínicas; y, viii) si existe algún insumo, medicamento o servicio que haya sido ordenado que no le

haya sido autorizado o entregado por parte de la EPS.

1. Además, se requirió a las respectivas EPS para que: i) informen la condición de afiliado de los accionantes; ii) allegaran copia de la historia clínica de los accionantes; e, iii) informaran qué tratamientos, insumos médicos y servicios y elementos de cuidado le han sido autorizados a los accionantes en el último año.

1. Por Auto del 19 de agosto de 2022, en atención al artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, se suspendieron los términos del proceso, con el fin de recaudar las pruebas solicitadas, ponerlas a disposición de las partes y valorar adecuadamente su contenido.

A. Respuestas al auto de pruebas

1. Vencido el plazo dispuesto para la práctica de pruebas, se recibió informe secretarial el 6 de septiembre de 2022. En este se informó que se recibió respuesta de la Nueva EPS y de la señora Rosa. En respuesta al traslado de las pruebas, allegaron comunicaciones de Rosa, Mutual Ser EPS, y de la Nueva EPS.

Expediente T-8.651.349

1. Mutual Ser EPS22, representada por la señora Ivette Sossa Barreto, Gerente Regional de Sucre, informó que el señor Francisco se encuentra afiliado al régimen subsidiado, como cabeza de familia. Desde el mes de mayo de 2022, al señor Francisco lo atiende el grupo interdisciplinario de cuidados paliativos del prestador Seguro en Casa. Esto se traduce en que tiene acceso a servicio de cama anti escaras, seguimiento por profesionales de trabajo social,

guía espiritual, psicología, medicina general y enfermería paliativista. Se le ordenaron terapias domiciliarias de fisioterapia y fonoaudiología, los medicamentos acetaminofén, ácido ascórbico y tiamina, implementos de aseo como pañales desechables y suplementos alimenticios como Ensure. Como prueba, enviaron copia del seguimiento a la entrega de medicamentos e insumos de Audipharma-Pharmaser, que ha realizado. De esta se evidencia la entrega mensual de pañales, Ensure y vitaminas entre enero y agosto de 2022.

1. Aclaró la señora Sossa que su representada ha realizado un gran esfuerzo para minimizar los trámites de autorización de sus afiliados. Por lo que la entrega de los medicamentos se hace de manera directa al usuario por parte del prestador de salud, en este caso Audipharma-Pharmaser. Agregó que tampoco es necesario que se autoricen las valoraciones interdisciplinarias por parte del usuario, estas son realizadas de manera interna en el caso del accionante, por ser parte del programa de atención paliativa en casa. Recalcó que, en caso de haber alguna queja o reclamo, la entidad cuenta con diferentes canales de comunicación para atenderlas.²³ En relación con el accionante, la entidad no tiene ninguna solicitud pendiente de autorización, ni ninguna queja o reclamo. Por lo anterior, solicitó negar el amparo de tutela, a su entender, no se le ha negado ningún servicio al accionante y mucho menos se le ha vulnerado un derecho.

1. Adjuntó copia de la historia clínica en la que se evidencia que según el diagnóstico del señor Francisco éste padece de demencia senil, escabiosis, desnutrición proteico calórico leve, insomnio, secuelas de fractura de fémur, hipotensión, senilidad, y anciano frágil.²⁴ Hay visitas registradas mensualmente de psicología, medicina general, enfermería, fonoaudiología y terapia física y respiratoria desde agosto de 2021. Las últimas se registran en el mes de agosto de 2022. Además, también se encuentran i) autorizaciones para la atención en tecnología en salud; ii) formatos de garantía de entrega de pañales de enero de 2022 hasta agosto de 2022; y, iii) formatos de garantía de entrega de Ensure de los meses de abril de 2022, mayo de 2022, julio de 2022 y agosto de 2022.²⁵

1. La Nueva EPS, representada por el abogado César Alberto Franco Tatis, informó que el señor Raúl se encuentra afiliado como cotizante pensionado por Colpensiones en el régimen contributivo. Aclaró que no están facultados para allegar la historia clínica del accionante, por cuanto, esta información no reposa en las bases de datos de la Nueva EPS, si no que reposa en las Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.). Continuó citando la normatividad que respalda su afirmación.

1. Posteriormente, dio respuesta a la tercera pregunta planteada por el Magistrado sustanciador. Al respecto, incluyó un listado de 57 servicios de salud que le han sido autorizados al señor Raúl. Dentro de estos se evidencia la atención mensual domiciliaria por medicina especializada, atención mensual de heridas de baja y alta complejidad domiciliaria, bolsa de alimentación parenteral, fórmula enteral completa, guantes de examen, óxido de zinc, pañales, paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias, paquete de traqueostomía mensual domiciliaria, terapia de rehabilitación pulmonar, “traslado asistencia básico terrestre primario”, “traslado simple Barranquilla. Bucaramanga. Cali. Medellín”, “traslado básico simple otros municipios” y “traslado medicalizado redondo Barranquilla. Bucaramanga. Cali. Medellín”.²⁶ Sin embargo, no especificó cantidades, fecha de orden, fecha de entrega, y si el servicio se sigue prestando y hasta cuándo.

1. La señora Rosa, informó en escrito del 16 de agosto de 2022²⁷ que ella, con sus propios recursos costó el alquiler de equipos médicos como la cama hospitalaria. Agregó que continúa sufragando un enfermero. También ha adquirido guantes, pañales, pañitos, gasas, bolsas de alimento, y alimento parenteral.

1. Indicó que luego de que la acción de tutela fue negada, ella solicitó a la EPS la autorización de los insumos que solicitó en la acción de tutela. La entidad negó la entrega de equipos

médicos y el enfermero en casa. Señaló que “incluso de parte de la EPS manifestaron que se realizó una junta médica pero que no se consideró autorizar un enfermero para los cuidados básicos (...)”²⁸ Por lo demás, reconoció que la EPS le suministra guantes, no obstante, alegó que no son suficientes para atender a su esposo.

1. Alegó que la entidad tampoco autorizó la entrega de gaza, pañitos húmedos, ni los limpiadores de tráquea. Informó que los gastos mensuales en el cuidado de su esposo, en el enfermero, servicio de ambulancia y de emergencia particular, alquiler del atril, guantes y gasa, ascienden a \$1.750.000, esto es, sin incluir los gastos de traslado a las terapias respiratorias 3 veces por semana. Por lo anterior, se ha visto obligada a acceder a préstamos, rifas, entre otros recursos para poder sufragar los gastos de su hogar.

1. Como anexo allegó certificado de pensión del señor Raúl por un salario mínimo, certificado de pensión de la señora Rosa por un salario mínimo, facturas de compras de guantes, gasa, pañales, bolsas de alimento, facturas por el alquiler del atril, copia de la historia clínica, recibos de pago de los servicios del servicio de ambulancias EMI y de un enfermero.

1. En escrito del 29 de agosto de 2022, en respuesta al traslado de la contestación de la NUEVA EPS, la señora Rosa indicó que la entidad accionada ha incumplido sus deberes por i) la negativa a entregar la historia clínica, y, ii) por cuanto la respuesta respecto de la entrega de insumos y medicamentos no corresponde a la realidad. Respecto de esto último, indicó que: i) la alimentación y sus bolsas de suministro sí fueron entregadas luego de presentar un derecho de petición ante la Defensoría del Paciente de la Secretaría de Salud de Cali; ii) los guantes, a pesar de contar con orden médica, fueron negados por parte de la EPS por falta de claridad en la cantidad. Explicó que posteriormente, se profirió una nueva orden que especificaba la cantidad, pero, aun así, la entrega fue muy demorada. Por lo anterior, la accionante se vio obligada a comprar guantes por su propia cuenta. iii) Respecto de las gasas

y de los aplicadores, indicó que nunca fueron autorizados y que por tanto siempre tuvo que comprarlos. iv) Respecto del enfermero, reiteró que este nunca fue autorizado, a pesar de que en las visitas domiciliarias los médicos indicaban que el enfermero era necesario para el cuidado del señor Raúl y que lo escalarían a junta médica. Concluyó que la “respuesta entregada por parte de la NUEVA EPS, resulta escueta, simple y solo se ocuparon de enunciar una serie de elementos, tratamientos y nada más, no informan ni las fechas de inicio, ni el tiempo de autorización, ni la cantidad de insumos, demostrando así (sic) nuevamente la falta de interés para con el paciente.”²⁹

1. En escrito del 5 de septiembre de 2022, suscrito por César Alberto Franco Tatis, actuando como apoderado especial de la Nueva EPS³⁰, dio respuesta a los escritos aportados por la accionante. En el escrito indicó que al señor Raúl se le ha prestado atención integral de heridas, paquetes de traqueotomía y crónico de terapias. Adjuntó las historias clínicas de los servicios domiciliarios prestados al señor Raúl entre enero y agosto de 2022. Además, indicó que la entidad ha asumido todos los servicios médicos que ha requerido el señor Raúl desde su afiliación. Resaltó que “dentro del trámite de la citada acción de tutela no se ha contado con órdenes médicas que evidencien la prescripción de los servicios alegados por la parte accionante.”³¹

1. Además, allegó copia de la autorización de servicios de paquete de traqueostomía mensual domiciliario, orden médica de visitas médicas mensuales, orden de aspirador de secreciones y vaso, entrega de gasa, catéter nelaton, jeringa de catéter, equipo macro goteo, cloruro de sodio y jeringas en el mes de enero y febrero, de 2022. También aportó las historias de prestación médica del 21 de enero de 2022 y del 22 de agosto de 2022. Asimismo, allegó la evolución de atención de fisioterapia, evolución de terapia respiratoria, evolución de las curaciones correspondientes a los meses de enero³², febrero³³, marzo³⁴, abril³⁵ y julio³⁶ de 2022.³⁷

I. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. En Auto del 29 de abril de 2022, los expedientes T-8.651.349 y T-8.659.968, fueron seleccionados, acumulados y repartidos para su decisión, a la Sala Segunda de Revisión, presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.

A. Análisis de procedencia

1. Corresponde examinar si las acciones de tutela objeto de pronunciamiento cumplen con los requisitos generales de procedencia establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991. A saber, se establecerán los requisitos generales de procedencia: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; (iv) subsidiariedad; y, (v) en virtud de lo informado en la etapa probatoria en sede de revisión, se hará referencia a la carencia actual de objeto. Posteriormente, se hará el estudio de cada expediente de manera individual.

1. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución prevé que la acción de tutela puede ser impetrada por el titular de los derechos que han sido presuntamente amenazados o vulnerados.³⁸ Además, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991³⁹, indica que se pueden agenciar los derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa.

1. Respecto de este último escenario, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-508 de 2020, recogiendo el precedente jurisprudencial, reiteró los tres requisitos para que una persona pueda actuar en calidad de agente oficioso en el trámite de tutela. Estos requisitos son: i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlo porque está en un estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional, esto se puede demostrar por las pruebas aportadas al proceso o por las circunstancias de los hechos de la acción; ii) que en la acción de tutela se indique expresamente que se está actuando en defensa de derechos ajenos; y, iii) no es necesario que exista una relación formal, o documento que demuestre una relación, entre el agente oficioso y el oficiado.⁴⁰ Así, en sede de tutela se ha admitido la agencia oficiosa respecto de menores de edad, personas de la tercera edad,⁴¹ personas que padecen alguna enfermedad o algún estado de indefensión que les impide acudir a la justicia.⁴²

1. Legitimación en la causa por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que constituya una vulneración o amenaza a algún derecho fundamental. Además, de manera excepcional la acción de tutela procede contra particulares, en los casos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Dentro de estas excepciones, entre otras, está contemplada la acción de tutela cuando los particulares están a cargo de la prestación de un servicio público; ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, iii) cuando el accionante tenga una relación de subordinación o indefensión frente a la persona accionada.

1. Subsidiariedad: Una de las características de la acción de tutela, consagradas en el artículo 86 de la Constitución Política, es su carácter subsidiario. Esto quiere decir que la acción de tutela procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. De lo contrario, la acción de tutela le restaría razón de ser a los demás mecanismos de defensa judicial dispuestos en el ordenamiento.

1. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que esta regla se exceptúa en los siguientes escenarios cuando: i) el amparo constitucional sea una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable; ii) si bien existe otro mecanismo de defensa judicial, este no es eficaz o idóneo; y, iii) se está ante una persona que requiera especial protección constitucional como niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de la tercera edad, entre otros.⁴³

1. Ahora bien, la legislación colombiana contempla la posibilidad de acudir ante la Superintendencia de Salud para el reclamo de la protección del derecho a la salud. Sin embargo, la Corte en la Sentencia SU-508 de 2020, concluyó que dicha entidad tiene una capacidad limitada respecto de sus competencias jurisdiccionales. De manera que mientras persistan esas limitaciones “el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos”. Además, a la fecha, no se tiene noticia por parte de la Superintendencia de Salud acerca de la superación de las limitaciones en cuanto a la eficacia de mecanismo jurisdiccional de defensa ante dicha entidad, por lo que la acción de tutela es procedente para la protección del derecho a la salud.

1. En la Sentencia SU-508 de 2020 se estableció que el requisito de inmediatez tampoco es exigible cuando, además de estar ante una persona de especial protección constitucional se verifica que i) la vulneración del derecho es permanente en el tiempo; y, ii) en vista de la especial situación de la persona, es desproporcionado exigirle que acuda ante un juez, esto ocurre en los casos de personas en estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

1. Carencia actual de objeto por hecho superado. El objetivo de la acción de tutela es proteger de manera efectiva y cierta los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados o amenazados. Los jueces constitucionales en sus decisiones son los llamados a proferir órdenes para la protección de los derechos. De manera que, si el derecho no continúa vulnerado o amenazado o el objeto de la tutela está extinto, la decisión judicial sería fútil, y se configura una carencia actual de objeto. Por lo tanto, si en el estudio de la procedencia de la acción, existen dudas sobre si la decisión que profiera el juez sea inane por lo anteriormente mencionado, es necesario verificar si se configura una carencia actual de objeto. La carencia actual de objeto se puede configurar por i) hecho superado, ii) daño consumado, o, iii) situación sobreviniente.

1. La carencia actual de objeto por hecho superado se refiere a la extinción de la finalidad de la acción de tutela por una variación en los hechos que dieron origen a la vulneración del derecho fundamental⁴⁶. En otras palabras, se configura cuando durante el trámite de la acción de tutela, existe un cambio en la situación fáctica y la vulneración o amenaza del derecho fundamental se extinguió porque se satisfizo la pretensión del recurso de amparo. En este escenario, el actuar del juez ya no tiene razón de ser, pues la decisión que podría proferir sería inocua. Para determinar si se está ante esta situación, la Corte ha establecido, que le corresponde al juez de tutela constatar que: i) lo pretendido en la acción de tutela se satisfizo completamente, y, ii) que la entidad demandada actuó de manera voluntaria.⁴⁷ Sin embargo, en el caso en que el juez constitucional lo estime necesario, puede pronunciarse sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la tutela, ya sea para condenar su ocurrencia, advertir el desconocimiento de la Constitución o conminar al accionado para que no repita la conducta lesiva.⁴⁸

Estudio de procedibilidad del proceso T-8.651.349.

1. Primero, en este caso la señora Sandra manifestó actuar en representación de su padre, Francisco. En el escrito indicó que el señor Francisco tiene 98 años, padece de demencia

senil, tiene problemas para consumir alimentos, padece de desnutrición, tiene una movilidad limitada y depende de terceros para realizar sus funciones básicas. Así las cosas, la acción cumple con el requisito de legitimación por activa, pues i) de las fotografías aportadas al proceso y de la historia clínica, la Sala concluye sin mayor duda que el señor Francisco no está en condiciones de acudir por sí mismo a la administración de justicia para solicitar la protección de sus derechos, y, ii) su hija indicó claramente en el escrito de tutela que está actuando en nombre de su padre. De manera que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa puesto que la accionante actúa como agente oficiosa.

1. Segundo, la Sala colige que el requisito de legitimación por pasiva también se cumple, pues la acción de tutela fue impetrada en contra de Mutual Ser EPS. Esta es una persona jurídica de derecho privado, conforme al artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991, responsable de la prestación del servicio público de salud del Juan.

1. Tercero, respecto del requisito de inmediatez, la Sala determina que el estudio de este requisito en este caso esta exceptuado. Lo anterior, por cuanto i) el señor Francisco es un sujeto de especial protección constitucional⁴⁹ en virtud del artículo 46 de la Constitución Política de 1991, según la historia clínica padece de demencia senil, escabiosis, desnutrición proteico calórico leve, insomnio, secuelas de fractura de fémur, hipotensión, senilidad, y anciano frágil⁵⁰, y es un adulto mayor de 98 años; ii) la prestación de insumos médicos y atención médica es periódica, y, por lo tanto, la vulneración del derecho es permanente en el tiempo; y, iii) en vista de la situación del señor Francisco, es desproporcionado exigirle que acuda a otro procedimiento.

1. Cuarto, la acción de tutela también cumple con el requisito de subsidiariedad. Las condiciones particulares del señor Francisco permiten flexibilizar la valoración del cumplimiento del requisito de subsidiariedad. Como se indicó anteriormente, el señor Francisco es un sujeto de especial protección, no solo por su edad, sino también por su condición médica. Además, siguiendo lo establecido en la Sentencia SU-508 de 2020, en las

circunstancias en las que se encuentra, requerirle que agote la queja ante la Superintendencia de Salud para obtener la entrega de los insumos, medicamentos o suplementos necesarios para su supervivencia resulta desproporcionado.

1. Quinto, de las pruebas allegadas al proceso, es dable verificar si se está ante una carencia actual de objeto por hecho superado. En el presente caso, la agente oficiosa solicitó en sede de tutela que le fueran entregados cama hospitalaria, silla de ruedas, Ensure, pañales, cuidados en casa y una cita médica con el intensivista. Su petición estaba encaminada a que se le proveyeran las condiciones mínimas para poder cuidar a su padre, el cual tiene una pérdida total de movilidad, no controla esfínteres, tiene problemas de deglución, entre otros. Al respecto, Mutual Ser EPS informó, en sede de revisión, que desde el mes de mayo de 2022 al señor Francisco lo atiende el grupo interdisciplinario de cuidados paliativos del prestador Seguro en Casa. Esto se traduce en que tiene acceso a servicio de cama anti escaras, seguimiento por profesionales de trabajo social, guía espiritual, psicología, medicina general y enfermería paliativista. También se le ordenaron i) terapias domiciliarias de fisioterapia y fonoaudiología, ii) los medicamentos acetaminofén, ácido ascórbico y tiamina, iii) implementos de aseo como pañales desechables, y, iv) suplementos alimenticios como Ensure. Como prueba, enviaron copia del seguimiento a la entrega de medicamentos e insumos de Audipharma-Pharmaser, que ha realizado. De esta se evidencia la entrega mensual de pañales, Ensure y vitaminas entre enero y agosto de 2022.

1. Así, la Sala encuentra que se está ante un evento de carencia actual de objeto por hecho superado respecto de algunas de las pretensiones de los accionados. Como se indicó anteriormente, para determinar si se está ante un hecho superado, la Corte ha establecido, que le corresponde al juez de tutela constatar que: i) lo pretendido en la acción de tutela se satisfizo completamente, y, ii) que la entidad demandada actuó de manera voluntaria. En efecto, el suministro de los implementos requeridos por la accionante, la cama hospitalaria, entrega de Ensure, pañales y la atención médica domiciliaria se satisfizo en el trámite de la acción sin que mediara orden judicial. En consecuencia, se procederá a tomar una decisión de fondo en relación con los elementos que no fueron entregados, a saber una silla de ruedas

y la cita con el médico internista.

Estudio de procedibilidad del proceso T-8.659.968

1. Primero, en el proceso T-8.659.968, la señora Rosa, manifestó en su escrito que representa a su esposo el señor Raúl, por cuanto tiene problemas de salud, su movilidad está reducida, y depende en su totalidad de la ayuda y cuidados que ella le proporciona. No son necesarias mayores consideraciones para concluir que en este caso se cumple el requisito de legitimación en la causa por activa puesto que la accionante actúa como agente oficiosa.

1. Segundo, encuentra la Sala que el requisito de legitimación por pasiva también se cumple. La acción de tutela fue impetrada en contra de Nueva EPS, la cual es una persona jurídica de derecho privado, responsable de la prestación del servicio público de salud del señor Raúl.

1. Cuarto, la acción de tutela también cumple con el requisito de subsidiariedad. Al igual que en el caso anterior, la valoración del cumplimiento del requisito de subsidiariedad se flexibiliza dadas las condiciones particulares del señor Raúl. Como se indicó anteriormente, el señor Raúl es un sujeto de especial protección, no sólo por su edad, sino también por su condición médica. Además, siguiendo lo establecido en la Sentencia SU-508 de 2020, en las circunstancias en las que se encuentra el accionante, requerir que agote la queja ante la Superintendencia de Salud resulta desproporcionado.

1. Quinto, en este caso la Sala también encuentra que se está ante un hecho superado.

Como se ha señalado, según la jurisprudencia constitucional, para determinar si se está ante un hecho superado el juez de tutela debe constatar que: i) lo pretendido en la acción de tutela se satisfizo completamente, y, ii) que la entidad demandada actuó de manera voluntaria.⁵²

1. En el proceso iniciado en representación del señor Raúl el agente oficioso solicitó que le fueran entregados y autorizados durante 6 meses: un enfermero de tiempo completo, pañales, guantes, tapabocas, crema antipañalitis, pañitos húmedos, bolsas para alimentación enteral, alimento para alimentación enteral, gasas, jeringas punta catéter, atril porta suero, aplicadores para limpieza de cánula, pipa de oxígeno, y servicio de transporte de ambulancia para asistir a las citas médicas.⁵³

1. Al respecto, Nueva EPS informó en sede de revisión que al señor Raúl se le brinda atención mensual domiciliaria por medicina especializada, atención mensual de heridas de baja y alta complejidad domiciliaria, bolsa de alimentación parenteral, fórmula enteral completa, guantes de examen, óxido de zinc, pañales, paquete de atención domiciliaria a paciente crónico con terapias, paquete de traqueostomía mensual domiciliaria, terapia de rehabilitación pulmonar, “traslado asistencia básico terrestre primario”, “traslado simple Barranquilla. Bucaramanga. Cali. Medellín”, “traslado básico simple otros municipios” y “traslado medicalizado redondo Barranquilla. Bucaramanga. Cali. Medellín”.⁵⁴ Además allegó copia de la autorización de servicios de paquete de traqueostomía mensual domiciliario, orden médica de visitas médicas mensuales, orden de aspirador de secreciones y vaso, gasa, catéter nelaton, jeringa de catéter, equipo macro goteo, cloruro de sodio y jeringas en los meses de enero y febrero, de 2022. También aportó las historias clínicas del 21 de enero de 2022 y del 22 de agosto de 2022. Asimismo, allegó la evolución de atención de fisioterapia, evolución de terapia respiratoria, evolución de las curaciones correspondientes a los meses de enero⁵⁵, febrero⁵⁶, marzo⁵⁷, abril⁵⁸ y julio⁵⁹ de 2022.⁶⁰ Además de la historia clínica se evidencia que dentro de los cuidados en el hogar del señor Raúl, la terapeuta respiratoria consigna en la historia de atención de terapia que tiene oxígeno por cánula nasal.⁶¹

1. Así las cosas, advierte la Sala que en el presente caso se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, respecto de los insumos que la Nueva EPS entregó de manera voluntaria, a saber guantes, óxido de zinc o crema antipañalitis, bolsas de alimentación parenteral, alimentación enteral, jeringas, autorización de traslados y oxígeno. Sin embargo, se advierte que si bien la entidad manifiesta que le entregó gasas a la accionante, en el término probatorio en sede de revisión, la accionante allegó comunicación en la que advierte que la EPS nunca ha hecho entrega de dicho insumo. Por lo anterior, respecto de este la Corte se pronunciará de fondo.

1. Con todo lo anterior, concluye la Sala que en los dos procesos hay una carencia actual de objeto por hecho superado parcial. De manera que en los dos procesos persisten pretensiones que deben ser estudiadas de fondo por la Corte. En el proceso T-8.651.34, se cumplen los requisitos de procedencia respecto de las solicitudes de provisión de una silla de ruedas y cita con un médico internista para el señor Francisco. De igual forma, en el proceso T-8.659.698 se cumplen los requisitos de procedencia respecto de las solicitudes de prestación de servicio de enfermería 24 horas por 6 meses, tapabocas, pañitos húmedos, gasas, atril y aplicadores de limpieza de cánula. Estas pretensiones serán analizadas a continuación.

A. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

1. Verificada la procedencia de la tutela, entra la sala a estudiar la solicitud de protección de los derechos fundamentales impetrada, en los dos casos, por los agentes oficiosos en representación de adultos mayores con condiciones médicas que solicitan la protección de sus derechos a la salud, vida y vida digna, y que requieren la provisión de servicios de salud. En los dos casos, la solicitud de amparo en única instancia fue negada.

1. Con fundamento en lo anterior, la Sala procederá a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Desconocen las entidades promotoras de salud accionadas, los derechos a la vida, vida digna, y a la salud de los accionantes, siendo estos sujetos de especial protección constitucional por su avanzada edad y condiciones médicas, al no autorizar la entrega de suministros médicos, prestación de servicio de enfermería, y autorización de citas médicas?

1. Para dar respuesta al interrogante anterior, a continuación se i) reiterará la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud, el derecho al diagnóstico y la eliminación de barreras administrativas y ii) se analizará el caso concreto.

A. La prestación de servicio y el suministro de tecnologías en salud, el derecho al diagnóstico y la eliminación de barreras administrativas. Reiteración de jurisprudencia.

1. El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. La noción de la salud como derecho fundamental fue debatida durante los primeros años de la Constitución. Las dudas respecto del carácter fundamental de este derecho, fueron disipadas en la Sentencia T-859 de 2003 y en la sentencia T-760 de 2008; en estas sentencias la Corte ratificó el carácter fundamental de este derecho. Posteriormente, la Ley 1751 de 2015 incorporó dicho desarrollo jurisprudencial a la legislación.

1. Según su artículo primero, la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria de la Salud, tiene como objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. En este instrumento jurídico, el legislador estableció que el Sistema de Salud está llamado a garantizar “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”⁶². Dentro de los postulados de la ley, el artículo 11 establece una protección reforzada para los derechos de las personas de especial protección constitucional, como son los adultos mayores.

1. Sin embargo, la misma ley y la jurisprudencia constitucional establecen que existen servicios y tecnologías de la salud que no pueden ser financiadas con recursos públicos. Al respecto, la citada ley en el artículo 15, prevé que 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; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

1. En virtud de lo previsto en el artículo 15 referido, el Ministerio de Salud y Protección Social, previo análisis técnico de rigor, debe definir periódicamente qué servicios o tecnologías están expresamente excluidas de la financiación por el sistema de seguridad social en salud. Con fundamento en ello, el referido Ministerio expidió la Resolución 244 del 31 de enero de 2019 y, posteriormente, la Resolución 2273 del 22 de diciembre de 2021, en la que establece el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que se encuentran excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

1. La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-508 de 2020, unificó las reglas jurisprudenciales en materia de prestación de servicios y suministro de tecnologías en salud. En aras de proteger los derechos a la dignidad humana e integralidad, recogió lo establecido en la Ley 1751 de 2015, referente a aquellos servicios que no deban ser costeados con recursos públicos deben estar plenamente determinados. Al respecto, resaltó que la Ley

Estatutaria de la Salud recoge dos elementos importantes desarrollados por la jurisprudencia constitucional, a saber: i) “la incorporación de principios relacionados con la salud, entre los cuales deben mencionarse la integralidad y la progresividad”⁶³, y, ii) “se remplaza el plan obligatorio de salud por el plan de beneficios en salud, el cual se caracteriza, por un lado, en invertir el sistema de exclusión-todo aquello que no esté expresamente excluido, se entiende incluido”⁶⁴.

a. Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

b. Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

d. Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. Sin embargo, se aclaró que la Corte “ha reconocido que, excepcionalmente, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.”⁶⁵

1. Además de lo anterior, la Corte consolidó su jurisprudencia sobre el derecho al diagnóstico

como componente integral del derecho fundamental a la salud. Este se compone de tres etapas: identificación, valoración y prescripción. Así, en los casos desprovistos de fórmula médica el juez constitucional debe “ i) [ordenar] el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, [ordenar] a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.”⁶⁶

1. Ahora bien, la Corte en la misma Sentencia reconoció que existen algunos casos en los que si bien el suministro de algunos elementos no curan la enfermedad, sí son elementos esenciales para prevenir infecciones y garantizar la dignidad de los pacientes. Concretamente se refirió a los pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y servicio de enfermería. Al respecto concluyó que los siguientes insumos están o no incluidos en el PBS así:

Servicio o insumo

Estado

Silla de Ruedas de impulso manual

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Pañales

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Pañitos Húmedos

Excluido num. 57, Resolución 244 de 2019

Crema anti escaras

No está expresamente excluido – Incluido en el PBS

Enfermería

Incluido en el PBS

1. A partir de lo anterior la Sala procede a estudiar si en los casos bajo estudio existe una vulneración al derecho a la salud de los agenciados y si, por lo mismo, procede el amparo del derecho.

i. Expediente T-8.651.349

1. En este caso la señora Sandra manifestó actuar en representación de su padre, el señor Francisco. En el escrito indicó que el señor Francisco tiene 98 años, padece de demencia senil, tiene problemas para consumir alimentos, padece de desnutrición, tiene una movilidad limitada y depende de terceros para realizar sus funciones básicas. Respecto de las pretensiones, esto es la entrega de una silla de ruedas y la asignación de una cita médica con un médico internista, corresponde a la Sala analizar si existió vulneración de los derechos invocados.

1. Al respecto, advierte la Sala que los dos servicios están incluidos en el PBS. Sin embargo, el expediente no da cuenta de que a la demandante se le hubieran negado la entrega de estos insumos o la autorización de cita médica. En efecto, no existe prueba alguna que permita concluir que: i) los médicos tratantes hayan ordenado la entrega de una silla de ruedas o una cita con un médico internista; y, ii) que la EPS accionada hubiera negado la silla de ruedas o la cita médica con un internista para el señor Francisco. Por el contrario, las pruebas aportadas al expediente dan cuenta que se le están brindando los cuidados requeridos para atender las patologías del accionante.

1. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la historia clínica da cuenta de que el señor Francisco no tiene movilidad autónoma, y eventualmente una silla de ruedas podría contribuir a mejorar su calidad de vida y por lo mismo contribuir a la maximización del goce de sus derechos. En consecuencia, la Corte Constitucional amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenará a la accionada Mutual SER EPS que remita al señor Francisco al profesional tratante para que éste determine si requiere servicios o tecnologías en salud adicionales a los que se le están proveyendo.

i. Expediente T-8.659.968

1. En el proceso T-8.659.968, la señora Rosa, manifestó en su escrito que representa a su esposo el señor Raúl, por cuanto tiene problemas de salud, su movilidad está reducida, y depende en su totalidad de la ayuda y cuidados que ella le proporciona. Respecto de los elementos solicitados esto es, enfermero, tapabocas, guantes, pañitos húmedos, atril y aplicadores de limpieza de cánula, advierte la Sala que el expediente no da cuenta de que i) los médicos tratantes hubieran ordenado la entrega de estos insumos o el servicio de cuidado por un enfermero; y, ii) que la EPS accionada los hubiera negado. Inclusive, la Sala advierte que en la respuesta al auto de pruebas en sede de revisión, la accionante manifestó que fue luego de que la acción de tutela fuera negada en primera instancia, que solicitó a la EPS los insumos requeridos.

1. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las pruebas recaudadas en el expediente dan cuenta de que los profesionales de salud que prestan servicios domiciliarios al señor Raúl han indicado a su agente oficiosa la necesidad de que la atención de su traqueostomía sea realizada por personal calificado en salud. Así mismo, la accionante expresó que los insumos que le fueron proveídos no son suficientes o no se entregan con la frecuencia que demanda la condición especial de salud del señor Raúl. En consecuencia, la Corte Constitucional amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y ordenará a la NUEVA EPS, que remita al señor Raúl al profesional tratante para que éste determine si requiere servicios y tecnologías en salud adicionales a los que se le están proveyendo.

1. Por último, pero no por ello menos importante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aun cuando se está ante un caso de carencia actual de objeto por hecho superado, cuando el juez constitucional lo estime necesario, puede pronunciarse sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la tutela, ya sea para condenar su ocurrencia, advertir el desconocimiento de la Constitución o conminar al accionado para que no repita la conducta lesiva.⁶⁷ En el presente caso, se advierte que en el expediente T-8.659.968, según narra la accionante, se le impusieron varias barreras en el proceso de autorización de la entrega de insumos. Al respecto señaló que i) las bolsas de alimentación y la alimentación sí fueron entregadas luego de prestar un derecho de petición ante la defensoría del paciente de la Secretaría de Salud de Cali; ii) respecto de los guantes, a pesar de contar con orden médica la Nueva EPS negó la solicitud por falta de claridad en la cantidad. Posteriormente se profirió una nueva orden que especificaba la cantidad. Sin embargo, la EPS alegó que se trataba de una cantidad exagerada y volvió a negar la entrega. La demora en la autorización, implicó que la accionante se viera obligada a comprar guantes por su cuenta, cuando el servicio estaba ordenado por un médico y está incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud.

1. La jurisprudencia de la Corte ha reiterado que la imposición de barreras administrativas y burocráticas por parte de las EPS para proveer medicamentos, insumos, y procedimientos

vulnera el derecho fundamental a la salud, también desconoce los principios de oportunidad, eficiencia, calidad e integralidad. Para la Corte, las barreras injustificadas y desproporcionadas pueden generar:

- i. “Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;
- ii. Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica;
- iii. Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva;
- iv. Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.”⁶⁸

1. Por lo tanto, la Sala estima necesario reiterarle a la Nueva EPS que le corresponde eliminar en la mayor medida posible cualquier barrera administrativa en la prestación de los servicios de salud y la entrega de insumos, inclusive para la entrega de guantes desechables o para la autorización de bolsas de alimentación y la alimentación enteral. En efecto, este actuar desconoció los derechos del señor Raúl. Esto es aún más grave, si se tiene en cuenta que las barreras burocráticas de la EPS, afectaron a un adulto mayor, con difíciles condiciones de salud.

Síntesis de la decisión

1. La Sala Segunda de Revisión estudió dos casos de tutela en la que agentes oficiosos

solicitaban la protección de los derechos a la vida, vida digna y salud de personas de la tercera edad. Por consiguiente, solicitaron se ordene la entrega de diferentes suministros de salud, como son pañales, camas hospitalarias, servicios de cuidado médico en casa, entre otros. En los dos expedientes acumulados, los accionados son las entidades promotoras de salud (en adelante EPS) a las que las personas agenciadas están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. En esta oportunidad la Sala de Revisión recordó lo establecido por la jurisprudencia respecto de la prestación de servicio y el suministro de tecnologías en salud, el derecho al diagnóstico y la eliminación de barreras administrativas. Al respecto reiteró las reglas incluidas en la Ley Estatutaria de Salud respecto del suministro de elementos. Principalmente señaló que todo lo que no esté expresamente incluido, se entiende incluido en el Plan de Beneficios de Salud (PBS). Además, se refirió a las reglas jurisprudenciales para que proceda una excepción a las exclusiones. Estas son: i) que la falta de acceso al servicio o tecnología en salud, pone en riesgo la vida o la integridad física; ii) que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido; iii) que el paciente carezca de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio y no tenga forma de conseguirlo por medio de otros planes de salud; y, iv) que el servicio de salud haya sido ordenado por el médico tratante. Respecto del derecho al diagnóstico la Sala reafirmó que este es un componente esencial del derecho a la salud y está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción. Asimismo, la Corte reconoció que en la Sentencia SU -508 de 2020, que unificó las reglas jurisprudenciales en materia de prestación de servicios y suministro de tecnologías en salud y recogió lo establecido en la Ley 1751 de 2015, respecto a aquellos servicios que no deban ser costeados con recursos públicos, indicó que los pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y servicio de enfermería están incluidos en el PBS.

1. En el estudio de los casos concretos, la Sala constató de las pruebas allegadas en los dos procesos, que se configuró el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado respecto de algunas de las pretensiones. Esto por cuanto algunos insumos ya fueron

entregados por las entidades promotoras de salud a los accionantes, de manera voluntaria sin que mediara orden judicial alguna. Sin embargo, constató que otros de los insumos solicitados no habían sido recibidos por los peticionarios, aun cuando son parte del PBS (silla de ruedas, tapabocas, atril, aplicadores de limpieza de cánula y la prestación del servicio de enfermería). Así, en los dos casos se ampararon los derechos a la salud, vida y vida digna en la modalidad del derecho al diagnóstico para que los profesionales de la salud determinaran la procedencia de la entrega de los insumos solicitados que no habían sido entregados por las entidades promotoras de salud.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos en el proceso de la referencia, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo en la acción de tutela interpuesta por Sandra, como agente oficioso de Francisco, contra Mutual Ser EPS, y en su lugar declarar la carencia actual de objeto por hecho superado en relación con la pretensión de entrega de una cama hospitalaria, Ensure, pañales y cuidados en casa.

TERCERO.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida y vida digna en la acción de tutela interpuesta por Sandra, como agente oficioso de Francisco en la modalidad del derecho al diagnóstico con base en las razones expuestas en la parte motiva

de esta providencia.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a MUTUAL SER EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita a Francisco a su médico tratante, para que éste determine, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes en la fecha y hora acordada con el paciente, si este requiere servicios y tecnologías en salud adicionales a las que ya le han sido proveídas, en particular una silla de ruedas de impulso manual y una remisión a un especialista en medicina interna.

QUINTO.- REVOCAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali-Valle del Cauca, en la acción de tutela interpuesta por Rosa, como agente oficioso de su esposo Raúl, contra la Nueva EPS, y en su lugar declarar la carencia actual de objeto por hecho superado en relación con la pretensión de entrega de pañales, guantes, crema antipañalitis, bolsas de alimento parenteral, alimento enteral, gasas, jeringas, oxígeno y transporte, con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida y vida digna en la acción de tutela interpuesta por Rosa, como agente oficioso de su esposo Raúl, en la modalidad de derecho al diagnóstico.

SÉPTIMO.- En consecuencia, ORDENAR a la NUEVA EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta sentencia, remita a Raúl a su médico tratante, para que éste, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes en la fecha y hora acordada con el paciente, determine la procedencia de la entrega de tapabocas, pañitos, atril, aplicadores de limpieza de cánula y la prestación del servicio de enfermería.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Esta medida se fundamenta en el numeral a) del artículo 1 y el artículo 2 de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Corte Constitucional que establece el deber de omitir de las providencias que se publiquen en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas cuando se haga referencia a su historia clínica u otra información relativa a la salud física o psíquica y las pautas operativas para su anonimización. Así mismo, encuentra fundamento en el Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional). Artículo 62. Publicación de providencias. En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el Magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen a las partes.

2 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 40

3 Según la cédula aportada al proceso la accionante nació el 3 de mayo de 1954, por lo que se trata de una mujer de 68 años. Expediente electrónico. Archivo titulado "0101DEMANDA.pdf" Pg. 11.

4 Expediente electrónico. Archivo titulado "0101DEMANDA.pdf", Pg. 9.

5 Expediente electrónico. Archivo titulado "04AutoAdmite.pdf"

6 Expediente electrónico. Archivo titulado "

7 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 14

8 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 19

9 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 40

10 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 45

11 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 52

12 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 12

13 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 13

14 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf". Pg. 5.

15 Expediente electrónico. Archivo titulado "2.EscritoTutela.pdf".

16 Expediente electrónico. Archivo titulado "AutoAvocamiento.pdf"

17 Expediente electrónico. Archivo titulado "RespuestaNUEVA EPS.pdf"

18 Al respecto señaló que la Corte Constitucional en Sentencia T-061 de 2019 reiteró que únicamente es el médico tratante es la persona competente para decidir cuando una persona requiere un servicio de salud, de manera que la entidad no puede autorizar la prestación de servicios de salud que no estén ordenados por el médico tratante. Pg. 2-3

19 Expediente electrónico. Archivo titulado "RespuestaADRES.pdf" Pg. 7.

20 Ibidem, p. 10.

21 Mediante Auto del 29 de abril de 2022, la Sala de Selección Número Cuatro, integrada por las Magistradas Natalia Ángel Cabo y Paola Andrea Meneses Mosquera seleccionaron estos casos con fundamento en el criterio objetivo de posible desconocimiento del precedente judicial y el subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental.

22 Expediente Electrónico. "Anexo secretaria Corte 3.4.-1330730.pdf"

23 Reseñó que estas se pueden comunicar por WhatsApp, la página web de la entidad, correo electrónico o los buzones de sugerencias de las oficinas de atención al usuario

24 Expediente electrónico. Archivo "Anexo secretaria Corte 3.4.-1330730.pdf"

25 Ibidem.

26 Expediente electrónico. Archivo “RESPUESTA REQUERIMIENTO Raúl CONST”.

27 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.2.-Raúl.pdf.”

28 Ibidem.

29 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.3.-Raúl. escrito de pruebas NUEVA EPS.pdf”

30 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-Contestacion requerimeinto CORTE - RAÚL.pdf”

31Ibidem. Pg

32 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”,

33 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27265.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”

34 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 28889.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 29857.pdf”

35 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 29857.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 32018.pdf”,

36 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 32914.pdf”

37 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”

38 De igual forma lo prevé el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991: “[t]oda 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”.

39 Decreto 2591 de 1991. “ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá

ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.//También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

40 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020.

41 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-055 de 2015.

42 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1999

44 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020.

45 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-287 de 2022.

46 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020 y SU 522 de 2019.

47 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020 y SU 522 de 2019..

48 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014, citada en la Sentencia T-198 de 2021.

49 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2016.

50 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.4.-1330730.pdf”

51 Según las pruebas aportadas al proceso, éste padece de “secuelas de Covid 19”⁵¹ y de secuelas de “accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico”⁵¹ Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27265.pdf”

52 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020.

53 Expediente electrónico. Archivo titulado “2.EscritoTutela.pdf”.

54 Expediente electrónico. Archivo “RESPUESTA REQUERIMIENTO Raúl- CORT CONST”.

55 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”,

56 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27265.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”

57 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27865.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 28889.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 29857.pdf”

58 Expediente electrónico. Archivos “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 29857.pdf”, “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 32018.pdf”,

59 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 32914.pdf”

60 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 26058.pdf”

61 Expediente electrónico. Archivo “Anexo secretaria Corte 3.5.-SS 27265.pdf”. Pg 16.

62 Ley 1751 de 2015, artículo 15.

63 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

67 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014, citada en la Sentencia T-198 de 2021.

68 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-256 de 2018.