

Expedientes AC: T-9.580.096 y otros

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T- 075 DE 2024

Expedientes AC: T-9.580.096, T-9.580.482, T-9.595.819, T-9.607.078 y T-9.615.625

Acciones de tutela instauradas por: (i) Clara y Plinio, contra Sanitas EPS (T-9.580.096); (ii) Aurora contra Emssanar EPS (T-9.580.482); (iii) Soraya contra Sanitas EPS (T-9.595.819); (iv) Alirio contra Coosalud EPS (T-9.607.078); y (v) Jesa contra Salud Total EPS (T-9.615.625)

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los procesos promovidos por las agentes oficiosas de (i) Clara y Plinio, (ii) Aurora, (iii) Soraya, (iv) Alirio, y (v) Jesa, contra sus respectivas EPS, así: Sanitas EPS, Emssanar EPS, Sanitas EPS, Coosalud EPS y Salud Total EPS. En su orden, fueron fallados de la siguiente manera: el expediente T-9.580.096 fue resuelto en primera instancia el 27 de abril de 2023 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Palmas del Socorro y en segunda instancia el 13 de junio de 2023 por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Socorro (Santander). El proceso T-9.580.482 tuvo una sola instancia y fue fallado el 28 de junio de 2023 por el Juzgado 5 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán. El asunto con radicado T-9.595.819 se decidió en primera instancia el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado 4 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, y en

segunda instancia el 2 de junio de 2023 por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar. El trámite T-9.607.078 únicamente tuvo una instancia y finalizó con la sentencia del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 2 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga. Por último, el caso T- 9.615.625, que también tuvo solamente decisión de primera instancia por parte del Juzgado 2 Penal Municipal de Barrancabermeja, finalizó el 23 de febrero de 2023.

CUESTIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que dentro de la sentencia se expondrán elementos que gozan de reserva, como por ejemplo algunos datos contenidos en las historias clínicas de los accionantes, en la versión pública de la decisión de la Sala Quinta se suprimirá el nombre de la persona demandante, de conformidad con la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia la Corte Constitucional. En ese sentido, se presentan dos versiones de la ponencia, la primera con los nombres reales, y la segunda con nombres ficticios para su publicación.

I. I. ANTECEDENTES

A. A. Hechos y pretensiones de las acciones de tutela

1. Las cinco acciones de tutela fueron presentadas en 2023, entre los meses de febrero y julio, así: (i) el 13 de abril se radicó la demanda de Clara y Plinio (87 y 84 años respectivamente) contra Sanitas EPS; (ii) el 13 de junio se presentó la de Aurora (84 años) contra Emssanar EPS; (iii) el 6 de marzo se interpuso la de Soraya (95 años) contra Sanitas EPS; (iv) el 10 de julio se instauró la de Alirio(61 años) contra Coosalud EPS; y (v) el 9 de febrero se incoó la de Jesa de 8 años contra Salud Total EPS. Todas fueron instauradas por las agentes oficiosas de los accionantes.

2. En cada trámite, la pretensión principal consiste en ordenar a la correspondiente EPS la prestación del servicio de un enfermero o un cuidador para los agenciados. Sólo en uno de ellos (T-9.607.078), antes de solicitar directamente el cuidador, se acudió al juez de tutela pidiendo la valoración médica para determinar la necesidad del acompañamiento. Por su parte, en lo que se refiere a los derechos invocados, en dos de las acciones únicamente buscan la protección de su derecho fundamental de petición. En las demás, las agentes

oficiosas coinciden en plantear la necesidad de proteger los derechos a la vida, la dignidad humana, la igualdad, la seguridad social y la salud.

3. Puntualmente, en el primer caso (T-9.580.096) ambos accionantes solicitan el servicio de auxiliar de enfermería y cuidador por 24 horas al día, todos los días de la semana. En sentido similar, en dos casos (T-9.595.819 y T-9.615.625) también consideran necesaria la prestación del servicio de acompañamiento permanente para el paciente, pero únicamente por 12 horas diarias. En los dos restantes (T-9.580.482 y T-9.607.078) no se determina la periodicidad con la que se requiere la ayuda, pues el primero sólo se refiere a prestar “el servicio asistencial que requiere en casa”, y en el segundo, como se dijo líneas previas, lo que se pretende es la valoración médica para que sea la entidad la que determine si requiere el cuidado y la duración de este.

4. Cabe señalar que, en tres de los procesos acumulados, se incorporaron pretensiones adicionales. Por un lado, en el asunto T-9.595.819, además del cuidador, se pide el suministro continuo de los medicamentos e insumos recetados por el médico tratante. A su turno, en el expediente T-9.607.078, el accionante busca no sólo la valoración, sino también la entrega de una silla de pato. Y, finalmente, en el caso T-9.615.625 se solicita, junto con el cuidador, la exoneración de copagos y cuotas moderadoras. Por lo demás, en los dos acumulados restantes, el contenido de la solicitud versa solamente sobre el auxiliar de enfermería o el cuidador.

5. Ahora, con respecto a las órdenes médicas con las que se respalda lo pretendido en cada trámite, se tiene que, en tres de ellos, los accionantes no aportaron orden médica. De hecho, en los expedientes T-9.580.482 y T-9.607.078, solo se solicitó que las EPS contestaran las peticiones radicadas el 10 y 15 de mayo de 2023, respectivamente, con las que los accionantes pidieron el cuidador o la silla de pato y la valoración para determinar sobre la necesidad del cuidado, pero cuando radicaron la petición ninguno contaba con la orden médica. En el tercero (T-9.615.625), tampoco se aportó orden alguna, y aunque también se hizo referencia a una petición presentada a la EPS el 2 de febrero de 2023, en este caso sí fue contestada negativamente el 6 del mismo mes.

6. En los dos radicados faltantes sí se incorporaron las órdenes médicas. En el primero de ellos (T-9.580.096), si bien sólo se trajo a colación la existencia de la orden hasta el escrito

de impugnación, se dijo que “es clara la historia clínica calendada al 07/03/2023 al señalar expresamente en el acápite análisis ‘[paciente] de 84 años en estado de postración con HC anotada donde el cuidador es otro adulto mayor con varias limitaciones se requiere enfermera domiciliaria para sus cuidados’”. En el segundo (T-9.595.819), la situación es diferente, pues se afirma que el servicio de enfermería y/o cuidador por 12 horas al día todos los días de la semana, contaba con orden médica y la EPS lo venía suministrando, sin embargo, se interrumpió el 31 de diciembre de 2022 sin justificación ni aprobación del internista. Actualmente cuentan sólo con la orden emitida por un médico particular el 16 de febrero de 2023.

7. Por último, acorde con los diagnósticos y las particularidades fácticas, sociales y familiares de cada expediente, en el primer caso (T-9.580.096) el cuidador y el enfermero se solicitan para Clara, afiliada al régimen subsidiado, quien, según la agente oficiosa se encuentra en “estado de indefensión debido a que ella ha perdido gran parte de su movilidad física, aunado a problemas visuales que le impiden atender por sí misma actuaciones diarias básicas como ir al baño, asearse, vestirse, movilizarse por lo que para dicha fecha [la de interposición de la tutela] no salía de su cuarto y todas las actividades las realizaba desde su cama”. Además, su esposo Plinio también inscrito en el Sisbén, no se encuentra en capacidad de asumir los cuidados, dada su avanzada edad y sus complicaciones de salud. Son personas que no tienen ingresos económicos estables, y el 17 de marzo de 2023 la Comisaría de Familia de Palmas del Socorro les realizó una valoración sociofamiliar y determinó que “no cuentan con acompañamiento por parte de una persona que les brinde cuidado y atienda las necesidades (...)”.

9. En el caso de Soraya (T-9.595.819), es afiliada como beneficiaria en el régimen contributivo, y “padece de múltiples trastornos de salud producto de su avanzada edad y como consecuencia de esto, requiere asistencia médica permanente”. Como se mencionó en párrafos anteriores, en el pasado ella contaba con “cuidado de enfermería por 12 horas diurnas, visita por medicina general cada 30 días, garantizados por la EPS desde el 4 de junio de 2022, pero el 31 de diciembre de 2022 se suspendió, sin justa causa, (...) sin que su condición clínica hubiera variado, ni que mediara valoración médica alguna”. Por ello, el 16 de febrero de 2023 fue valorada por un médico particular, quien confirmó la necesidad del “homecare”. Por otro lado, también dejaron claro que la accionante tiene más hijos, pero todos son “adultos mayores con comorbilidades” y no cuentan con recursos para asumir los

servicios de enfermería, ni los pañales y demás insumos requeridos por la accionante, todo lo cual cumple con los presupuestos jurisprudenciales para que sean otorgados.

10. En el asunto de Alirio (T-9.607.078), la agente oficiosa explicó que interpuso la acción de tutela para que la accionada responda la petición presentada el 15 de mayo de 2023, mediante la cual pidió la valoración médica pertinente para el agenciado, en busca de determinar la necesidad de un cuidador y, adicionalmente, el suministro de una silla de pato. Esta última fue prescrita por el médico el 17 de marzo de 2023, teniendo en cuenta que “presenta incontinencia fecal y movilidad reducida, por lo que es muy difícil para él realizar las necesidades básicas”. Sumado esto, la posible necesidad del cuidador se sustenta en que “se ha caído en varias ocasiones (...) derivando esto en más problemas de salud y heridas que a su vez han retrasado el tratamiento y han disminuido su salud”.

11. Por último, en el proceso del niño (JESA), su madre y agente oficiosa pretende el cuidador diurno y la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras. Manifestó que JESA es un paciente con “hiperactividad, otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje, perturbación de la actividad y de la atención, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones (focales) (parciales) ataques parciales completos”. Relató que ella tiene a cargo los gastos y deudas del hogar, por tanto, durante su jornada laboral el accionante permanece bajo la vigilancia de un adulto mayor (su abuelo de 72 años) quien no puede hacerse cargo de los cuidados que su el niño requiere. Con base en lo anterior, aclaró que (i) ya acudió ante la EPS en ejercicio de su derecho de petición, el cual fue resuelto de manera negativa y (ii) que no cuenta con recursos económicos para asumir el cuidador. Con todo, una vez revisado el expediente en cuestión, se observa que su padre de 43 años se encuentra presente, pues en una de las constancias aportadas de neurología pediátrica del 16 de enero de 2023 hacen referencia a él y no dice nada sobre su participación en el cuidado de su hijo.

B. Respuestas de las accionadas

12. T-9.580.096: EPS Sanitas contestó la tutela confirmando que Clara es paciente activa en el régimen subsidiado. Frente a la pretensión, informó que “se evidencia que no cumple con los criterios para el servicio de enfermería: ‘sólo precisa cuidados básicos para manejo de actividades fisiológicas del diario vivir como lo son aseo, alimentación, cambio de pañal,

administración de medicamentos vía oral; El cuidado que amerita es responsabilidad de su cuidador primario que es su grupo familiar' ". Sobre Plinio, sólo señaló que le han dado trámite a todos los servicios médicos requeridos por él, pero se trata de un paciente que no cuenta con órdenes médicas para un prestador domiciliario adscrito para el servicio de enfermería. Sin embargo, nada se dijo sobre la condición física de este último, en relación con su capacidad de asumir las labores del cuidado de Clara. Al final, la EPS pide declarar improcedente la acción por la ausencia de vulneración de derechos y, en caso de conceder el amparo, la posibilidad de que la ADRES reintegre los costos.

13. T-9.580.482: Emssanar EPS inició mencionando que Aurora está inscrita en el Municipio de Popayán al régimen subsidiado en estado activo, y desde que se inscribió se la han garantizado los servicios y tecnologías incluidas en el PBS. Ahora bien, teniendo en cuenta que en la acción sólo se pidió tutelar el derecho de petición, informó que el 25 de mayo emitieron la respuesta, la cual fue comunicada por vía telefónica, informándole que el cuidador "no se encuentra incluido dentro del plan de beneficios en salud". En ese sentido, "se indica a la usuaria que puede buscar ayuda ante la administración municipal con una de las Redes de Apoyo Comunitario a las Personas de la Tercera Edad". Insistió, también, en que el cuidador es responsabilidad de la familia y sostuvo que no existe orden médica que dé cuenta de la necesidad del servicio. Con base en lo relatado, consideró que no ha vulnerado derechos y pidió negar el amparo.

14. T-9.595.819: EPS Sanitas recordó que Soraya es afiliada activa como beneficiaria al régimen contributivo y se la han prestado todos los servicios del PBS. Resaltó que la paciente "no tiene orden vigente por parte de profesionales adscritos a la EPS Sanitas de servicios de enfermería o cuidador 12 horas", y aclaró que las valoraciones mencionadas en la demanda fueron realizadas por un médico particular. Con respecto a los pañales desechables y los elementos de aseo y limpieza afirmó lo mismo, pero nada dijo sobre los medicamentos. En todo caso, comentó al juez de tutela que "con el fin de atender lo más oportunamente las necesidades de nuestra afiliada y evaluar los servicios que peticiona la accionante, (...) EPS Sanitas programará valoración médica domiciliaria, la fecha se acordará junto con la accionante". En esos términos, la pretensión fue negar el amparo y, subsidiariamente, en caso de que decida concederse, la posibilidad de recobrar a la ADRES.

15. T-9.607.078: Coosalud EPS adjuntó la captura de pantalla donde consta que contestó la

petición. En concreto, negó el suministro de la silla de pato con el argumento de que el insumo no está financiado con la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Por tal razón, dice que corresponde a las entidades territoriales conceder lo pretendido “con cargo a los presupuestos y rubros establecidos (...) en el componente de apoyo social acorde a la Ley 715 de 2001”, razón por la cual invitan al accionante a “presentarse ante la respectiva secretaria de Salud Municipal o Departamental y acceder al programa de Discapacidad y a su Banco de Productos de Apoyo”. En cuanto a la valoración médica requerida, informó que “se realizó visita médica para el día 17 de marzo de 2023 fecha en la cual se emiten ESCAL DE BARTHEL DE 5/100, sin criterios para cuidador”. Sin más, manifestó que el juez debía declarar la carencia de objeto por hecho superado.

16. T-9.615.625: En el marco de este último proceso, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barrancabermeja, con auto del 10 de febrero de 2023, además de la accionada, vinculó a la ADRES, a la Secretaría Distrital de Salud, a la Secretaría Departamental de Salud, a la UGANEP y a Qualita IPS Salud integral S.A.S. En sus contestaciones, todas las vinculadas alegan que no se encuentran legitimadas por pasiva, porque lo pretendido corresponde otorgarlo a la EPS. Sin embargo, la IPS aportó como dato relevante que JESA cuenta con un certificado de discapacidad expedido por esa entidad el 25 de octubre de 2022. Al final, la demandada principal (Salud Total EPS) señaló que el accionante no cuenta con orden médica que respalde lo pretendido, por lo que los cuidados deben ser brindados por la familia.

B. Decisiones de tutela de primera y segunda instancia

17. En lo que se refiere a las particularidades de cada expediente, esto es, plena identificación de los operadores judiciales de primera y segunda instancia y la fecha en la que se profirieron los fallos, puede leerse el párrafo introductorio de esta Sentencia y el pie de página del presente párrafo. En cuanto al fondo de las decisiones de los casos acumulados, lo relevante se expondrá a continuación.

18. En la decisión final de todos los procesos se declaró la improcedencia de la acción, la carencia actual de objeto por hecho superado o se negó lo pretendido, es decir, en ninguno de los casos acumulados se concedió ni el cuidador ni el enfermero, ni insumo alguno. En el expediente T-9.580.096 el juez de primera instancia declaró improcedente la tutela porque los accionantes no acudieron previamente a la EPS para solicitar el auxiliar o cuidador, ni

cuentan con orden médica. Esa decisión fue confirmada en segunda instancia, pues, aunque en la impugnación se planteó de manera explícita la existencia de la orden médica, el superior consideró igualmente inadmisibile la falta de comparecencia previa ante la EPS. En el segundo caso, expediente T-9.580.482, el juez de instancia únicamente estudió la vulneración al derecho de petición y, al verificar que la EPS dio respuesta negativa, resolvió no tutelar.

19. Contrario a lo anterior, en el tercer caso, expediente T-9.595.819, el juez de primera instancia concedió la tutela y ordenó realizar la valoración correspondiente, determinar el tratamiento adecuado y autorizar los servicios requeridos por tratarse de un sujeto de especial protección y porque se venía garantizando la atención que fue suspendida sin explicación. Sin embargo, el amparo fue revocado en segunda instancia al no superar el requisito de inmediatez. Por último, señaló que la accionante tiene más hijos y no demostró que estuvieran imposibilitados para encargarse de costear lo pretendido.

20. En el cuarto proceso, T-9.607.078, ocurrió lo mismo que en el segundo, pues el juzgado sólo se pronunció sobre la efectiva respuesta a la petición del 15 de mayo de 2023 y, observando que se resolvió negativamente, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. Por último, el juez de instancia en el proceso de JESA (T-9.607.078), al no encontrar orden médica, sostuvo que la solicitud no era “de vital importancia para el menor y la mejoría de su salud, así como tampoco, el mismo servicio se ve encaminado a [la necesidad] frente a las patologías que padece”. En esos términos, negó las pretensiones.

D. Actuaciones en sede de revisión

21. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte Constitucional, mediante auto del 26 de septiembre de 2023, notificado el 10 de octubre siguiente, seleccionó el expediente para revisión y su sustanciación por sorteo quedó a cargo de la Sala de Revisión presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. Una vez hecho esto, el magistrado sustanciador profirió el auto de pruebas del 17 de noviembre de 2023 con el propósito de esclarecer los hechos objeto del litigio.

22. En dicho proveído se requirió: (i) a todas las EPS accionadas, para que allegaran al despacho la información correspondiente al diagnóstico, tratamientos, ordenes médicas e insumos y medicamentos autorizados y suministrados al paciente que les correspondiera; y

(ii) a todos los accionantes y sus agentes oficiosas, con el fin de que remitieran al despacho una narración clara y sucinta de su situación económica, familiar y de salud actual, la cual debía venir acompañada de la composición del núcleo familiar, ingresos y gastos mensuales, y todas las órdenes y diagnósticos de médicos (particulares o adscritos a la EPS) con las que contaran.

23. Con respecto al requerimiento hay que decir, en primera medida, que sólo en dos de los procesos (T-9.580.096 y T-9.595.819) fue contestado el auto de pruebas por las dos partes requeridas. En segundo lugar, se aclara que en dos de los trámites (T-9.607.078 y T-9.615.625) únicamente se recibió respuesta de las EPS accionadas, pues las accionantes decidieron guardar silencio. En el proceso T-9.580.482 no fue remitida ninguna respuesta. Así las cosas, el contenido de las respuestas se expondrá a continuación.

Respuestas del expediente T-9.580.096. Caso Clara y Plinio contra Sanitas EPS

24. La parte accionante: con un escrito fechado el 27 de noviembre de 2023, la Personería Municipal de Palmas del Socorro hizo saber que la accionante, Clara, falleció el 18 de noviembre anterior. Aun así, brindó la información solicitada sobre la pareja de accionantes y adjuntó un documento con la respuesta de Plinio al requerimiento de la Corte.

25. En síntesis, tras el fallecimiento de su esposa, el accionante insiste en que todavía necesita el cuidador para él. Dice que tiene tres hijos, pero todos ellos viven en municipios diferentes y, aunque a veces lo apoyan con mercado y comida, tienen a cargo sus familias y sus propias responsabilidades. Señaló que recibe ayuda gubernamental por 80.000 COP mensuales, y el resto de sus ingresos suelen provenir de un lote en el que tiene unos mandarinos y unas plantas de cacao. Desafortunadamente, relató que por causa de un “aguacero, cayó granizo y mucho viento que acabó con la poca cosecha que tenían mis mandarinos”. Frente a esto, dijo que la única ayuda que recibió del municipio fue un bulto de abono.

26. Sobre su situación de salud, hizo saber que padece una enfermedad en los pulmones que le impide trabajar y dedicarse a su lote. Manifestó lo siguiente: “soy un ancianito enfermo, yo estoy esperando la compañera, la cuidadora, porque estoy muy enfermo, que no lo diga yo, sino la historia clínica”. Efectivamente, anexó la historia clínica, la cual da cuenta de que el diagnóstico actual (14 de agosto de 2023) es de una “enfermedad pulmonar obstructiva

crónica, no especificada”.

28. En el otro escrito de respuesta, sólo mencionaron que no cuentan con la historia clínica de la paciente, ni con el diagnóstico, porque ambos están bajo custodia de la IPS. En todo caso, los solicitaron vía correo electrónico y los remitieron a la Corte, pero, con respecto a las ordenes médicas, indicaron que la Sala con sus facultades oficiosas debía requerirlo a las IPS. En concreto, el diagnóstico adjunto con fecha del 18 de octubre de 2023 fue de hipertensión, artrosis y catarata senil. Por lo demás, no se observan especificaciones adicionales.

29. Valga señalar que nada dijo la EPS con respecto al señor Plinio.

Respuesta del expediente T-9.595.819. Caso Soraya contra Sanitas EPS

30. La parte accionante: en el caso de Soraya, se recibió el escrito de respuesta de su agente oficiosa, junto con la historia clínica adjunta. Relató que la accionante y ella (hija y agente oficiosa) viven juntas en arriendo, y ambas son adultas mayores de 96 y 74 años respectivamente. Expuso que su situación económica es precaria, pues ninguna tiene pensión de vejez, por lo que su sustento proviene de una de las hijas y de las nietas de Soraya, lo cual suma en total 4.500.000 COP, de los que únicamente les queda 150.000 pesos para imprevistos, ya que lo demás cubre el arriendo, los servicios y los insumos para el hogar.

31. Sobre la situación médica, además de incorporar la orden del médico particular donde consta la prescripción de los cuidados domiciliarios, expuso que (i) la agente oficiosa “yo, María Elena, padezco Hipertensión Arterial Crónica, soy obesa, tengo desgaste de rodilla y deficiencia auditiva”; y (ii) su madre (accionante) “cada vez empeora, ya que padece de enfermedades como Alzheimer, Hipertensión Arterial crónica, enfermedad coronaria severa, Dislipidemia mixta, fractura de hombro consolidada y como es de conocimiento, el Alzheimer es una enfermedad progresiva”. En esos términos, reiteró la necesidad del cuidador 12 horas diarias, principalmente, por el progreso del Alzheimer.

32. La parte accionada: Sanitas EPS indicó que la custodia de la historia clínica la tienen la IPS, por lo que el 12 de diciembre de 2023 los requirió vía correo electrónico para que se la allegaran. Lamentablemente, señaló que el correo no fue contestado. Por tanto, solicitó al despacho requerir directamente a las IPS, aunque dijo que, en todo caso, el único original de

la historia lo poseen los respectivos pacientes y son ellos quienes lo ponen en conocimiento de la EPS para autorización posterior.

33. En tal sentido, adjuntó la información sobre las ordenes médicas radicadas en la entidad, y afirmó que en dicho listado, consta que EPS Sanitas “ha venido garantizando de forma sistemática los servicios de salud a favor de la paciente”. Una vez revisada la relación aportada, la Sala encontró que hay órdenes de distintos medicamentos e insumos como, por ejemplo, los pañales. Con todo, nada se dice sobre la necesidad de cuidador o enfermero.

Respuesta del expediente T-9.607.978. Caso Alirio contra Coosalud EPS

34. La parte accionada: en el escrito, Coosalud EPS manifestó que no tiene en su poder la copia de la historia clínica del accionante, pues dicha información debe ser otorgada por la IPS que la generó. En ese sentido, entregó un listado de las IPS a las cuales la Corte podía solicitar la histórica clínica, y finalizó mencionando que otorgarán cualquier información adicional tanto en su dirección física como en la electrónica.

Respuestas del expediente T-9.615.625. Caso de JESA contra Salud Total EPS

35. La parte accionada: antes de que la Sala expidiera el auto de pruebas, esto es, el 27 de octubre de 2023, Salud Total EPS remitió un escrito pronunciándose sobre el caso. Adicional a esto, contestó diligentemente el requerimiento realizado mediante el auto y el 24 de noviembre de 2023 hizo llegar un segundo documento. En ambas respuestas (las dos con una fundamentación similar), pidió declarar improcedente la acción “ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados”.

36. Comenzó por confirmar que JESA es afiliado como beneficiario al régimen contributivo, está “protegido con diagnóstico de Epilepsia y síndromes epilépticos, hemiplejia espástica, trastorno de ansiedad orgánico” y se encuentra recibiendo los controles con los especialistas correspondientes. Es más, dijo que el 25 de octubre del 2023 se comunicó vía telefónica con la madre (y agente oficiosa), y ella manifestó que no había servicios pendientes por programar. Hizo saber, además, (i) que el accionante ya se encuentra exonerado de copagos y cuotas moderadoras, (ii) que no hay justificación médica para el servicio de enfermería y (iii) que no cuenta con orden de ningún profesional de la salud sobre ningún otro insumo ni servicio. Por tanto, según la accionada, el cuidado debe ser prestado por la familia de

conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues se trata de un deber que no puede trasladarse a la EPS, teniendo en cuenta que no cuenta “con ninguna solicitud médica que determine la necesidad de lo solicitado”.

. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

37. La Sala Quinta de Revisión es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud Auto del 26 de septiembre de 2023, notificado el 10 de octubre siguiente, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, que escogió y acumuló los expedientes para su revisión y que los asignó por sorteo a la presente Sala de Revisión.

B. Cuestión previa. Carencia actual de objeto

38. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la carencia de objeto se da cuando “el juez no puede proferir una orden tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales invocados”. Ello puede ocurrir por tres motivos: (i) el hecho superado, (ii) el daño consumado o (iii) la circunstancia o hecho sobreviniente. Lo primero “tiene lugar cuando la entidad accionada satisface voluntariamente y por completo lo pedido (...), la segunda ocurre cuando ‘la afectación que con la tutela se pretendía evitar’ termina perfeccionada” y la tercera, “comprende aquellos eventos, en los que si bien no es posible la emisión de una orden de protección de los derechos invocados, no corresponden a los conceptos tradicionales de hecho superado y daño consumado. Es decir, cualquier “otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío”.

39. En estos casos, la Corte ha sido clara en que, pese a la declaratoria de la carencia actual de objeto, el juez puede emitir un pronunciamiento de fondo o tomar medidas adicionales, “no para resolver el objeto de la tutela -el cual desapareció por sustracción de materia-, pero sí por otras razones que superan el caso concreto”. Este tipo de decisiones son perentorias cuando existe un daño consumado. Por el contrario, son optativas cuando acontece un hecho superado o una situación sobreviniente.

40. En atención a las pruebas recabadas en sede de revisión, a continuación corresponde declarar la carencia de objeto con respecto a tres situaciones concretas acaecidas con posterioridad a la interposición de tres de las acciones de tutela acumuladas.

41. En primer lugar, se tiene que una de las accionantes del expediente T-9.580.096, Clara, falleció con posterioridad a la presentación de la acción de tutela. De tal forma que, en su caso particular, lo procedente es declarar la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente. Esto, porque no es posible atribuir que con la tutela se pretendía evitar la muerte de la accionada, sino únicamente brindarle acompañamiento en las actividades básicas diarias. En otras palabras, la pretensión de la tutela se dirigía a obtener un servicio complementario para atender sus necesidades diarias, sin que de ello se desprenda que su fallecimiento derive de la omisión del suministro de un cuidador. Por tanto, en el expediente T-9.580.096 se declarará la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente respecto de la accionante Clara, permaneciendo el estudio del otro accionante, su esposo, Plinio.

42. En segundo lugar, se observa que en el proceso de Alirio (T-9.607.078), también corresponde declarar la carencia de objeto, esta vez por hecho superado, con respecto a la pretensión referente a la valoración para determinar la necesidad del cuidador. En efecto, está claro que la EPS cumplió con lo solicitado en marzo del 2023 al valorar al accionante, y posteriormente emitir un concepto según el cual no se acredita la necesidad del cuidador. El documento concluyó que el resultado de la valoración fue: “ESCAL DE BARTHEL DE 5/100, sin criterios para cuidador”. Según esto, resulta evidente la procedencia de la declaratoria de la carencia de objeto pues “cuando la entidad accionada satisface voluntariamente y por completo lo pedido (...), corresponde emitir un fallo en ese sentido.

43. Tercero, en el proceso de JESA (T-9.615.625), también hay que declarar la carencia de objeto por hecho superado con respecto a la pretensión de ser exonerado de copagos y cuotas moderadoras. Lo anterior porque al contestar el requerimiento de la Sala de Revisión, la EPS accionada afirmó que actualmente al paciente no se le están cobrando ni copagos ni cuotas moderadoras. En ese sentido, es claro que cumplen las condiciones para hablar de hecho superado, por lo menos en lo que se refiere a la segunda pretensión, pues, como se dijo en el párrafo anterior, ello es lo que corresponde “cuando la entidad accionada satisface voluntariamente y por completo lo pedido (...).

C. Examen de procedencia

44. Legitimación en la causa por activa. Con base en lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 y reiterado por los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se tiene que la legitimación por activa y, en concreto, la agencia oficiosa, “está supeditada al cumplimiento de dos ‘requisitos normativos’: (i) la manifestación del agente oficioso de estar actuando en tal calidad y (ii) la imposibilidad del agenciado de defender directamente sus derechos. Estos requisitos buscan preservar la autonomía de la voluntad del titular de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados y evitar que, “sin justificación alguna, cualquier persona pueda actuar en nombre y representación de otra alterando el orden constitucional y la finalidad misma de la agencia oficiosa”.

45. Según lo señalado, la Sala encuentra que en todos los cinco procesos se satisface en debida forma el requisito de legitimación por activa, en tanto que todas las agentes oficiosas manifestaron que estaban actuando en tal calidad, e hicieron referencia expresa a la imposibilidad de los accionantes para interponer la tutela. Particularmente en el trámite con radicado T-9.580.096 la tutela fue interpuesta por la personera municipal en representación de dos adultos mayores, en línea con las facultades otorgadas a estos funcionarios, según lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 10 y el artículo 49 del Decreto 2591 de 1991. De esa forma, y teniendo en cuenta que todos los agenciados, por su edad, sus condiciones de salud (relatadas en cada expediente, supra 7 a 11) y la pretensión, según la cual tendrían la necesidad de un cuidador, no están en capacidad de acudir al proceso por sus propios medios, se puede dar por acreditada la legitimación por activa y seguir adelante con el estudio.

46. Legitimación en la causa por pasiva. El mismo artículo 86 de la Constitución Política dispone que cualquier persona podrá interponer acción de tutela para “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”. De ahí que, en varias oportunidades, la legitimación por pasiva se ha definido como “la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

47. Con base en lo anterior, para la Corte resulta procedente seguir adelante con el estudio de las cinco acciones, manteniendo vinculadas en la parte pasiva del proceso únicamente a las cinco EPS accionadas (Sanitas EPS, Emssanar EPS, Coosalud EPS y Salud Total EPS). Ciertamente, son ellas las que, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estarían efectivamente llamadas a dar efectivo cumplimiento a la orden de amparo que eventualmente resulte del trámite de tutela. Por tal razón, todas las demás entidades que fueron vinculadas en alguna etapa procesal en alguno de los asuntos acumulados (concretamente las del expediente T-9.615.625 mencionado en el fundamento 16) serán desvinculadas de la presente acción.

48. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela está para reclamar la “protección inmediata” de los derechos fundamentales. Al respecto, en abundante jurisprudencia, esta “Corte ha señalado que esta acción debe ejercerse dentro de un término razonable (...), dado que de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales”.

49. Subsidiariedad. En la misma línea, el ya citado artículo 86 expresa que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. En este último caso, si se comprueba que el mecanismo alternativo carece de eficacia el amparo será definitivo.

50. Esta Corte ha establecido “que cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, el juez de tutela debe aplicar criterios de análisis más amplios, aunque no menos rigurosos para determinar la procedencia del amparo (...) porque es necesario verificar que aquel esté en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en condiciones de igualdad”. Adicionalmente, se ha considerado que la idoneidad del mecanismo alternativo “no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la

protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados”.

51. De conformidad con lo señalado, los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad se acreditan en los casos concretos de la siguiente manera:

Expediente

Inmediatez

Subsidiariedad

T-9.580.096

Aunque se constata la existencia de una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente por el fallecimiento de uno de los accionantes, Clara en relación con el otro accionante, la Sala encuentra la tutela también interpuesta por Plinio, acredita el requisito de inmediatez. En efecto, en el fundamento 6 se expuso que de acuerdo con la historia clínica del 7 de marzo de 2023 se adujo la necesidad de un cuidador para la pareja. Desde ese momento, quedó claro que Plinio no se encontraba en capacidad de asumirlo, ni tampoco de realizar muchas de las necesidades básicas del hogar, dadas sus propias complicaciones de salud. Así, teniendo en cuenta que la acción fue admitida el 14 de abril siguiente y que, una vez fallecida una de las accionantes el señor Plinio insiste en que requiere de cuidados diarios, puede sostenerse que la personera municipal acreditó la inmediatez, acudiendo al juez con solo un mes y 7 días de diferencia desde que se originó la necesidad del cuidado.

Según lo señalado en el análisis precedente, se acredita el requisito y se abre paso la acción de tutela como mecanismo idóneo y eficaz en tanto se trata de un adulto mayor (Plinio) de 84 años (supra 1), sujeto de especial protección constitucional, que se encuentra por encima de la expectativa de vida del promedio colombiano, quien presenta, además, serias complicaciones de salud acreditando la necesidad urgente de protección.

T-9.580.482

Según lo señalado en los fundamentos 1 y 5, se tiene que en este proceso se acredita en debida forma la inmediatez, porque la accionante acudió ante su EPS a solicitar lo pretendido el 10 de mayo de 2023 y, ante la falta de respuesta, el 13 de junio radicó la acción de tutela.

Es decir, no dejó pasar ni siquiera un mes completo desde el vencimiento del plazo para contestar.

En este asunto se acredita la subsidiariedad por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, pues la accionante es una adulta mayor de 84 años (supra 1) con problemas de salud relevantes (supra 8) que hacen necesaria la resolución judicial expedita sobre el derecho fundamental a su salud, pues es probable que la espera afecte innecesariamente sus derechos.

T-9.595.819

Como se expuso en los fundamentos 1 y 6, la EPS interrumpió el servicio de cuidador que se venía prestando el 31 de diciembre de 2022, luego, el 16 de febrero de 2023 obtuvo la orden del médico particular, y se interpuso la tutela el 6 de marzo de 2023. En ese sentido, se acredita debidamente el requisito, pues transcurrieron tres meses y seis días entre la interrupción del servicio y el reclamo ante la jurisdicción, y menos de un mes desde que el médico particular ordenó el cuidado.

En atención a lo señalado, se da cumplimiento a la subsidiariedad en el caso concreto, por la edad y las complicaciones de salud de la accionante (supra 1 y 9) sumada a que a ella se le venía prestando el servicio y fue interrumpido, lo que hace necesario que la resolución judicial se tramite de manera rápida, por medio de la tutela pues la falta de prestación del servicio interrumpido y la demora en su reanudación pueden afectar gravemente los derechos de la accionante.

T-9.607.078

Vistos los fundamentos 1 y 5, se encuentra que el 15 de mayo de 2023 la agente oficiosa radicó la solicitud ante la EPS y, al no recibir respuesta, acudió a la jurisdicción el 10 de julio de 2023. En esos términos, es claro que acudió inmediatamente a la tutela, pues dejó transcurrir menos de un mes.

En este caso se acredita la subsidiariedad con base en el diagnóstico expuesto en el párrafo 10 que hace necesario un pronunciamiento judicial por medio de un mecanismo expedito para no causar una mayor afectación a la salud del actor. Ciertamente, la demora en la

entrega del insumo solicitado para su diagnóstico de incontinencia fecal puede afectar gravemente sus derechos, pues está claro que las complicaciones de salud actuales del accionante no dan espera.

T-9.615.595

Con base en la información incorporada en los fundamentos 1 y 5, se tiene que la EPS contestó negativamente la solicitud de cuidador el 6 de febrero de 2023 y la acción se instauró el 10 de febrero siguiente. Por tanto, acredita en su totalidad el requisito, pues solo dejaron transcurrir 4 días para acercarse a la jurisdicción.

La situación fáctica de este proceso permite acreditar la subsidiariedad, pues se trata de un sujeto de especial protección constitucional (niño de 8 años) y se puede llegar a causar una afectación grave a su salud por falta de cuidado y demora en la resolución sobre este, en caso de que se requiera, pues, según relatan, de la persona que lo acompaña dependen sus tratamientos.

D. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

52. De conformidad con todo lo expuesto, para la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, el asunto que corresponde dirimir en esta oportunidad es el siguiente: ¿vulneraron las EPS accionadas (Sanitas EPS, Emssanar EPS, Coosalud EPS y Salud Total EPS) los derechos fundamentales de petición, a la salud, la vida, la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social de cada uno de los accionantes al no otorgarles el servicio de cuidador o enfermero (según el caso) y los insumos reclamados?

53. Para dar respuesta a este interrogante, se comenzará por reiterar la jurisprudencia en materia de salud, tanto para los casos en los que se solicita el cuidado, como ciertos insumos por parte del sistema de salud, incluyendo las consideraciones sobre el derecho al diagnóstico y se finalizará con la resolución de los casos concretos.

E. Sobre la posibilidad de ordenar el servicio de cuidador a cargo de las EPS. Reiteración de jurisprudencia

54. Según al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público a cargo del Estado. A este le corresponde la tarea de garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de

promoción, protección y recuperación de la salud”. De igual forma, el texto constitucional quiso señalar, en el mismo artículo, que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Así, en la actualidad y en atención a su relevancia, es reconocido como un derecho fundamental, al punto que fue regulado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional ha realizado importantes precisiones sobre su contenido como derecho fundamental autónomo.

55. En concreto, es bien sabido que, cuando se trata de sujetos de especial protección y personas en estado de vulnerabilidad debe darse una protección prevalente. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores, es cierto que los “servicios de salud requeridos por las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, permanente, oportuna y eficiente, en atención, entre otras cosas, al deber de protección y asistencia consagrado en el artículo 46 de la Constitución”. En el mismo sentido, para el caso de los niños, la jurisprudencia ha sido enfática en que “hay grupos que gozan de una protección reforzada de su derecho a la salud. Uno de ellos, es el constituido por los niños, niñas y adolescentes, debido a que se encuentran en condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión”.

56. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la solicitud de cuidador o enfermero extrahospitalario ha sido analizada dentro de la jurisprudencia constitucional. Particularmente, sobre el servicio de enfermería, en la Sentencia SU-508 de 2020 la Corte consideró que (i) “se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal conocimientos calificados en salud (...)”, (ii) “será prescrito por el médico, quien deberá determinar, en cada caso, si es necesario el apoyo de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente (...)”, (iii) “se encuentra en el plan de beneficios en salud (...)”, (iv) “procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida (...)”, y (v) “(...) Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección”.

57. Por su parte, sobre el servicio de cuidador, distintas salas de la Corte Constitucional han coincidió en que si bien no se trata de un servicio de salud en estricto sentido, es un servicio

complementario. En otras palabras, “(...) si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso está relacionado con promover el mejoramiento de la salud o prevenir la enfermedad”. En efecto, “(...) el apoyo y la asistencia en las actividades y necesidades básicas que presta un cuidador a la persona dependiente tiene un carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud”. Por lo anterior, la Corte también ha señalado que el servicio de cuidador debe estar a cargo, en primer lugar, del núcleo familiar, y solo en casos excepcionales del Estado, cuando se cumplen los requisitos”.

58. Como se observa, los servicios de cuidador y de enfermería satisfacen necesidades distintas, pues el cuidador actúa bajo en principio de solidaridad que es pilar del Estado Social de Derecho. Asimismo, debe precisarse que, tanto en la ya citada Ley Estatutaria de la salud, como en la jurisprudencia en sede de tutela e incluso de constitucionalidad (por ejemplo al pronunciarse sobre el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015) se ha considerado que “si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas”(negritas propias). Por tanto, la posibilidad de que pueda otorgarse este servicio complementario (cuidador) en determinadas y especialísimas circunstancias existe, siempre y cuando se cumplan con las condiciones para acceder a ello.

59. Puntualmente, en la Sentencia T-015 de 2021 se indicó que: “como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio” (negritas propias).

60. De manera que, cumplidos estos requisitos, es correcto sostener que las EPS deberán suministrar el apoyo, cuidado o acompañamiento requerido y, de no ser así, el juez de tutela está en capacidad de ordenarlo una vez verifique su acreditación. Ahora bien, puede ocurrir

que dentro del trámite no sea posible determinar con alto grado de certeza, la efectiva necesidad médica del cuidado. En estos casos, la jurisprudencia ha optado por tutelar el derecho al diagnóstico como “componente integral del derecho fundamental a la salud, pues es un supuesto necesario para establecer con el mayor grado de certeza la patología del paciente, el tratamiento médico más eficiente y eficaz, así como para garantizar su ejecución oportuna”.

61. Es una garantía que se compone de tres dimensiones (identificación, valoración y prescripción). Así, “en desarrollo de estos criterios, la antes mencionada Sentencia SU-508 de 2020 señaló que, en casos en los que no existe fórmula médica, el juez constitucional puede encontrarse ante dos escenarios que justifican una orden de amparo: (...) El juez puede ordenar el servicio o tecnología en salud cuando, ante un hecho notorio, advierte la evidente necesidad de suministrarlo, siempre que la orden se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante. Cuando no encuentre evidencia de la necesidad en los términos anteriores, pero exista “un indicio razonable de afectación a la salud”, podrá tutelar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenar a la EPS que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos emitan un concepto, en el que determinen la necesidad del servicio de salud, a fin de que sea eventualmente provisto”.

62. En línea con lo antes expuesto, se reitera que parte de la garantía del derecho fundamental a la salud de las personas y, sobre todo, aquellas que se encuentran en un estado especial de vulnerabilidad o que son sujetos de especial protección, se incluye la posibilidad de recibir los servicios de enfermería extrahospitalaria (como servicio principal incluido en el PBS) y el de cuidador (como complementario y cumplidos ciertos requisitos). Con todo, en caso de no poder otorgar certeza sobre la necesidad médica del cuidado, el juez tiene como remedio la tutela del derecho al diagnóstico, en busca de garantizar en la mayor medida de lo posible todas las facetas del derecho fundamental a la salud.

F. Insumos y tecnologías en salud a cargo de las EPS. Reiteración de jurisprudencia

63. Dentro del desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional en relación con el ya citado artículo 49 de la Constitución y con la Ley 1751 de 2015, se ha determinado que, dentro de las garantías de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, están incluidas las tecnologías e insumos que no tienen un efecto sanador de

enfermedades, pero que cobran importancia en una definición de “salud” que considera el goce de una vida digna. Lo anterior, entre otras razones, para que “los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares”.

64. Así, por ejemplo, además de otorgar los medicamentos que requiere cada paciente, se ha planteado la posibilidad de que, dentro de las prestaciones propias del sistema de salud, se incluyan insumos y tecnologías tales como pañales, pañitos húmedos, transporte, entre otros. Inclusive, se ha dicho que en ciertas circunstancias excepcionales es plausible otorgar otro tipo de elementos, como las sillas de ruedas de impulso manual, o servicios como el de enfermería o cuidador a los que se hizo referencia en el acápite anterior.

65. De hecho, el caso de los pañales desechables es un claro ejemplo en el que la Corte ha sido reiterativa en ese sentido, pues “son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades”.

66. En el marco de lo anterior, y teniendo claro que el Plan de Beneficios en Salud (en adelante, PBS) funciona mediante la premisa según la cual, todo aquello que no se encuentra expresamente excluido está incluido y por ende debe suministrarse, cabe pronunciarse sobre la posibilidad jurídica de que el sistema de salud eventualmente niegue lo solicitado. O dicho de otra forma, es pertinente entrar a analizar las consideraciones que ha hecho la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia del suministro de determinado insumo, con miras a determinar cuándo puede el juez constitucional ordenar su entrega o validar la negativa. Así, en primer lugar y como ya se mencionó, se ha señalado que la exclusión de servicios y tecnologías del PBS debe ser explícita: “Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas”.

67. La Corte también ha indicado que la regla de capacidad económica que se tenía en

cuenta para los casos de servicios o tecnologías no incluidos en el antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), dejó de ser una exigencia con la entrada en vigor de la Ley Estatutaria de Salud. Ahora no solo no es exigible el requisito de incapacidad económica del paciente y su familia, sino que además “resulta contrario a dicha normativa”. Como tercer punto, se ha hecho referencia a la exigencia de orden médica para acceder a esas tecnologías e insumos y, al igual que en acápite anterior, la jurisprudencia ha dicho que “procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico”, por lo que se debe ordenar la valoración que permita evaluar la necesidad del acceso.

68. Sin embargo, “puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos”. Uno de ellos es la evidencia que tiene el juez a partir de la historia clínica u otras pruebas y, en todo caso, la decisión debe condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.

69. En concordancia con lo antes dicho, cabe resaltar que dentro de la discusión sobre el reconocimiento de estas tecnologías o insumos, la Corte se refirió también al problema que se presenta cuando la tecnología no está cubierta por la Unidad de Pago por Capitación. Al respecto dijo que “la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica”.

70. De manera tal que el paso a paso del suministro de los implementos que deben ser otorgados a los pacientes por parte del SGSSS, su fuente de financiación y, en general los asuntos relacionados con el trámite interno en cada entidad cuentan con su propia forma de ser gestionados al interior del sistema. Lo que es claro en todo caso es que, en principio, los insumos y tecnologías solicitados por los pacientes que tienen la orden del médico tratante deben entregarse, salvo que exista una justificación válida para su exclusión. Y sobre la competencia concreta del juez de tutela, debe decirse que estará en condición de concederlo si cuenta con la certeza de la necesidad, de lo contrario, tiene a su alcance la herramienta complementaria, de tutelar el derecho al diagnóstico.

G. Análisis del caso concreto

i. (i) Plinio contra Sanitas EPS (T-9.580.096)

71. Aunque en el expediente se hace referencia a las complicaciones de salud que padece Plinio, no hay prueba de que requiera médicamente del servicio de cuidador, tal y como lo exige la jurisprudencia constitucional. Lo único que pudo verificarse, es que no cuenta con la disponibilidad de su red familiar primaria para asumir su cuidado toda vez que su cónyuge falleció.

72. A su turno, se evidencia que si bien en un primer momento no acudió a la EPS para solicitar el servicio, dentro de las actuaciones posteriores la EPS tampoco cumplió diligentemente con su deber de valorarlo ni de prestarle la debida atención a su situación médica, pues únicamente se enfocó en la esposa y, al verificar su fallecimiento, ignoró por completo la situación médica su otro paciente y también accionante, Plinio. En este orden, puede afirmarse que, como mínimo, su derecho al diagnóstico fue vulnerado y teniendo en cuenta que ostenta la calidad de accionante y que hizo referencia en la respuesta del auto de pruebas a que sigue necesitando el servicio de cuidador, es procedente tutelar este derecho, para que la EPS “disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos emitan un concepto, en el que determinen la necesidad del servicio de salud, a fin de que sea eventualmente provisto. Por tanto, se ordenará a la EPS accionada en este caso (Sanitas EPS) que realice la valoración médica completa al accionante Plinio, para que determine la necesidad del suministro del servicio de cuidador.

(i) Caso de Aurora contra Emssanar EPS (T-9.580.482)

73. Este asunto presenta las siguientes particularidades fácticas: (i) el 10 de mayo de 2023 se interpuso un derecho de petición solicitando a la EPS el servicio de cuidador; (ii) el 25 de mayo fue contestado negativamente por falta de orden médica, y porque el cuidado debe ser asumido por la familia, en tanto no está incluido en el PBS; (iii) el 13 de junio la agente oficiosa acude al juez de tutela a solicitar el cuidador, pero no especifica la periodicidad con la que lo requiere, ni los motivos médicos concretos con los que se justifica el cuidado, es decir, las limitaciones específicas del día a día con las que cuenta para realizar las necesidades básicas, con respaldo médico; (iv) la agente oficiosa únicamente señaló que “presenta discapacidad física con limitación funcional por lo que es dependiente en las

actividades de autocuidado y de la salud, sin que exista persona que pueda brindárselas”, por falta de hijos o familiares cercanos, pues su esposo de 90 años no está en capacidad de asumirlo. Por último, (v) ni Emssanar EPS ni la parte accionante contestaron el auto de pruebas de la Sala de Revisión.

74. Con ese panorama, no es posible determinar con certeza la necesidad médica del cuidado, pues no se cuenta con un diagnóstico claro, ni con la historia clínica que respalde dicha petición. Lo que sí se encuentra probado, es la imposibilidad de la familia de asumir el cuidado, dada la negación indefinida no cuestionada al interior del trámite judicial. Además, se observa que el derecho al diagnóstico en este caso también se encuentra vulnerado, pues la EPS accionada no otorgó respuesta clara sobre la situación médica de la accionante, por tanto, lo procedente es tutelar el derecho a la salud pero en su faceta de diagnóstico. Esto, en busca de concretar la necesidad del servicio de cuidador para que sea provisto.

(i) Caso de Soraya contra Sanitas EPS (T-9.595.819)

76. En este expediente, la agente oficiosa pide que se le conceda a Soraya (i) el servicio de enfermería que se le venía suministrando y fue interrumpido el 31 de diciembre de 2022 por falta de orden vigente, y (ii) los medicamentos y pañales prescritos por el médico tratante. Como se dijo a lo largo de los antecedentes, en este proceso la accionante cuenta con la orden de un médico particular que acredita la necesidad del “homecare” y los insumos mencionados.

77. En su defensa, Sanitas EPS explicó que, tanto la solicitud del enfermero como la de pañales desechables y medicamentos, no está acompañada de una orden de algún profesional adscrito a la entidad, sino, como se señaló, de un médico particular. Con todo, cuando fue requerida dentro del trámite en primera instancia para atender el asunto, expuso que iba a programar una “valoración médica domiciliaria” y que “la fecha se acordará junto con la accionante”. A pesar de esto, en su respuesta al auto de pruebas de la Corte Constitucional, nada dijo sobre estos puntos y se limitó a adjuntar un listado de lo que efectivamente se le ha autorizado y suministrado a la accionante, en el cual se encuentran algunos medicamentos e insumos (como los pañales), pero nada se dice sobre el enfermero.

78. La tutela fue concedida en primera instancia, y el fallador de la impugnación revocó la decisión por no haber acudido antes a la EPS, sin tener en cuenta que la propia entidad

respondió la demanda afirmando que iba a valorar a la paciente con miras a determinar la necesidad de lo pretendido. Entonces, hasta este punto la Sala de Revisión desconoce si la EPS cumplió con el compromiso de la valoración, pero lo que sí es claro, es que la EPS está al tanto de la situación médica de Soraya, pues además de que le ha suministrado los medicamentos y los pañales, ya había garantizado el servicio de enfermería y lo interrumpió por la falta de vigencia de una orden médica.

79. En ese contexto, en tanto y en cuanto se desconocen las razones por las cuales la orden médica de cuidado no fue renovada, tanto así que con posterioridad se aportó una de un médico externo, la Sala tutelaré el derecho al diagnóstico, pues este se encuentra efectivamente vulnerado, dada la imposibilidad de determinar si la EPS valoró o no a la accionante, como señaló que lo haría. Lo anterior, para que revise (i) la necesidad de renovar el servicio de enfermería y (ii) los insumos y medicamentos que requiere la paciente para que sean efectivamente otorgados de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos. En tal sentido, se ordenará, que en un tiempo prudencial proceda a realizar la valoración médica del servicio de enfermería extrahospitalaria y el suministro de pañales y medicamentos requeridos.

() Caso de Alirio contra Coosalud EPS (T-9.607.078)

80. En el presente proceso la agente oficiosa señala que el accionante acudió el 15 de mayo de 2023 a Coosalud EPS para solicitar el suministro de una silla de pato por el diagnóstico de la incontinencia fecal. La EPS respondió la demanda manifestando que la silla de pato debe solicitarla a las secretarías de salud territoriales, pues no es una tecnología financiada con la Unidad de Pago por Capitación. Cabe señalar que, una vez seleccionado el expediente para revisión en la Corte y emitido el auto de pruebas, la EPS respondió de manera evasiva y el accionante y su agente oficiosa guardaron silencio.

81. Así las cosas, recordando todo lo expuesto en el acápite F, debe sostenerse en primer lugar “que, dentro de las garantías de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, están incluidas las tecnologías e insumos que no tienen un efecto sanador de enfermedades, pero que cobran importancia en una definición de “salud” que considera el goce de una vida digna”. Entre ellas, se entiende incorporada la silla de pato solicitada en este caso. Asimismo, hay que recordar que la acreditación de la falta de

capacidad económica no es un requisito constitucional del suministro de los servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, forman parte del PBS por no estar excluidos expresamente”.

82. Sumado a lo anterior, en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha quedado claro que “la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica”.

83. En ese sentido, una vez el médico observa la necesidad de la silla de pato, debe realizar la prescripción como ha indicado la Corte, y no simplemente invitar al paciente a “presentarse ante la respectiva secretaria de Salud Municipal o Departamental (...)”. Ciertamente, en este caso debe tenerse en cuenta que las sillas de pato no se encuentran en la lista de exclusiones del PBS, y como se dijo anteriormente, se trata de una tecnología que no tiene un efecto sanador, pero sí es un elemento importante para la salud de un paciente que por su situación de incontinencia fecal y movilidad reducida ve una mejor oportunidad para el goce de una vida digna con el uso de la silla prescrita. Por lo tanto, la falta de entrega del insumo por parte de la EPS vulneró el derecho fundamental a la salud del accionante, y la Sala ordenará su suministro para remediar la afectación.

() Caso JESA contra Salud Total EPS (T-9.615.625)

84. En relación con la solicitud del servicio de cuidador solicitado por la madre de JESA, la Sala de Revisión considera que (i) no se acredita su necesidad, (ii) no se despejan las dudas sobre la imposibilidad de asumir el cuidado por parte del grupo familiar y, además, (iii) en este caso la parte accionante no dio respuesta al auto de pruebas de la Corte. En ese orden de ideas, frente a lo primero hay que decir que, aunque existe el certificado de discapacidad y los diagnósticos se encuentran probados, en ninguna parte de la historia clínica se hace referencia a la necesidad de un cuidador permanente por imposibilidad de realizar las actividades básicas diarias.

85. Con respecto a lo segundo, la Sala encuentra un problema adicional. Si bien dentro de la

descripción del grupo familiar se señaló que la madre no puede asumir el cuidado, no queda claro por qué la persona que lo acompaña (abuelo) está también incapacitado para hacerlo, pues el solo hecho de tener 72 años no explica la razón por la cual no puede hacerse cargo de suministrar los medicamentos al accionante durante el día. Adicionalmente, tampoco se hizo referencia en el escrito de la demanda al grupo familiar completo, pues nada se dijo con respecto al padre de 43 años, sobre el cual se encontró información en las constancias médicas, sin que se entienda por qué él no está en capacidad de cuidar de su hijo.

86. Por todo lo anterior, en este caso no resulta procedente conceder el amparo ya que, de un lado, lo correspondiente al diagnóstico del niño JESA está claro, y en ninguna parte se habla de la necesidad de un cuidador permanente para atender sus patologías. Esto, sin perjuicio del acompañamiento usual que se requiere por ser un niño de 8 años, que todavía está a cargo de sus padres o acudientes. De otra parte, aun si en gracia de discusión se estimara conveniente ordenar un nuevo diagnóstico, en la demanda no se logró demostrar que el grupo familiar no está en capacidad de asumir el cuidado como principales responsables, sobre todo, si resolvieron guardar silencio en el escrito de la demanda sobre la existencia y posibilidad del que el padre se haga cargo de lo solicitado. En esos términos, lo correspondiente en este asunto es confirmar la decisión de instancia.

H. Síntesis de la decisión

87. En esta oportunidad, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, estudió cinco acciones de tutela acumuladas, radicadas por las agentes oficiosas de los accionantes en las que requerían el servicio de cuidador o enfermero a cargo de la EPS (sólo en uno de ellos se solicitó la valoración para determinar la necesidad del cuidado). Adicionalmente, en tres de ellas se incluyeron pretensiones adicionales sobre insumos específicos para los pacientes, como por ejemplo una silla de pato, pañales y medicamentos, e incluso en uno de ellos se solicitó exoneración de pagos o cuotas moderadoras. Las accionadas, en términos generales, consideraron no haber vulnerado ningún derecho porque estiman haber suministrado todo lo requerido por sus usuarios, y se oponían a prestar el servicio de cuidador por tratarse de una obligación que correspondía en primera instancia a la familia de los accionantes.

88. Como cuestiones previas, se resalta que, con respecto a varias de las pretensiones concretas de algunos de los procesos, se pudo determinar que antes del pronunciamiento de

la Corte ya habían sido atendidas por parte de las EPS accionadas (T-9.607.078 y T-9.615.625) y, en otro de los casos (T-9.580.096), ocurrió que una de las accionantes falleció cuando el asunto se encontraba en revisión. En ese sentido, resultó procedente declarar la carencia de objeto, dos de ellas por hecho superado, otra por hecho sobreviniente, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

89. Posteriormente, la Corte encontró procedentes las acciones y, en el estudio de fondo, determinó que en algunos casos (T-9.580.096, T-9.580.482 y T-9.595.819) era procedente otorgarles la tutela del derecho al diagnóstico, pues si bien fue claro que el grupo familiar se encontraba incapacitado para asumir el cuidado, no se pudo determinar con alto grado de certeza médica sobre la necesidad del cuidador ni la duración del cuidado que dicen requerir. En uno de ellos otros (T-9.607.078) se concedió el amparo y se otorgó el insumo al verificar que el actor contaba con la orden médica y acreditaba los requisitos para que fuera suministrado por el sistema de salud. Y, en el último proceso (T-9.615.625), no fue posible acceder al amparo, principalmente porque la Sala no encontró probado que la familia o la red de apoyo estuvieran imposibilitadas para hacerse cargo de lo pretendido.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. En el expediente T-9.580.096, REVOCAR el fallo proferido 13 de junio de 2023 por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Socorro (Santander), que confirmó la decisión del 27 de abril de 2023 del Juzgado Promiscuo Municipal de Palmas del Socorro, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar, (i) DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por hecho sobreviniente, frente a la accionante Clara, y (ii) TUTELAR el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico de Plinio, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia. En consecuencia, ORDENAR a Sanitas EPS que realice una valoración médica al accionante Plinio, para que, en un término no mayor a 3 días contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a determinar la necesidad del servicio de cuidador.

SEGUNDO. En el expediente T-9.580.482, REVOCAR el fallo proferido el 28 de junio de 2023

por el Juzgado 5 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, mediante el cual se negó el amparo de los derechos y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de Aurora, en su faceta de diagnóstico, por las razones expuestas en la parte motiva de la decisión. En consecuencia, ORDENAR a Emssanar EPS que realice la valoración médica a la accionante Aurora para que, en un término no mayor a 3 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a determinar la necesidad del servicio de cuidador.

TERCERO. En el expediente T-9.580.482, REVOCAR el fallo proferido el 2 de junio de 2023 por el Juzgado 2 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, el cual revocó la decisión de primera instancia del 17 de marzo de 2023 dictada por el Juzgado 4 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar y decidió negar el amparo. Lo anterior para, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de Soraya, en su faceta de diagnóstico. En consecuencia, ORDENAR a Sanitas EPS en un término no mayor a 3 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a determinar la necesidad de restablecer el servicio de enfermería y el suministro de pañales.

CUARTO. En el expediente T-9.607.078, REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado 2 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga mediante la cual se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la Salud de Alirio. En consecuencia, ORDENAR a Coosalud EPS que proceda a suministrar la silla de pato al accionante Alirio, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. En el expediente T-9.615.625, se DESVINCULA a la ADRES, a la Secretaría Distrital de Salud, a la Secretaría Departamental de Salud, a la UGANEP y a Qualita IPS Salud integral SAS, según lo señalado en las consideraciones de la sentencia. Adicionalmente, se DECLARA LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por hecho superado con respecto a la pretensión de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, y se CONFIRMA en lo demás la decisión emitida por el Juzgado 2 Penal Municipal de Barrancabermeja el 23 de febrero de 2023, mediante la cual NEGÓ el amparo, por los motivos expuestos en la presente sentencia.

SEXTO. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

Expedientes AC: T-9.580.096 y otros

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar