

T-154-14

Sentencia T-154/14

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Casos en que se niega suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería 24 horas, cuidador permanente y suministro de pañales

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Improcedencia cuando hay duplicidad en la presentación de acciones de tutela/TEMERIDAD-Configuración

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SALUD-No existe temeridad ante nuevas violaciones o amenaza/ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Valoración cuidadosa por el juez cuando se interpone duplicidad de acciones de tutela para proteger derecho a la salud

Esta corporación ha sostenido que cuando un juez de tutela decide una acción interpuesta por un usuario del sistema de salud con las mismas partes, hechos y pretensiones de una anterior, tiene que examinar si las condiciones de salud del peticionario o agenciado han cambiado en el lapso transcurrido entre una y otra, teniendo presente circunstancias importantes como el aumento de la edad, el avance de las enfermedades y la orden reiterada de un medicamento, servicio, tratamiento o procedimiento de salud. De igual forma, el funcionario también tendrá que observar si cuando se desató la acción precedente, se resolvió de forma efectiva cada una de las pretensiones del tutelante, es decir, que concretamente haya habido un pronunciamiento sobre las solicitudes que supuestamente se vuelven a poner en conocimiento del juez constitucional.

SUMINISTRO DOMICILIARIO DEL SERVICIO AUXILIAR DE ENFERMERIA Y DE CUIDADOR PERMANENTE-Régimen de Seguridad Social en Salud/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR CON LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Parientes tienen el deber de ayudar a familiares que se encuentran en situación de debilidad manifiesta debido a su edad o enfermedad

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Requisitos

Por regla general, cuando una persona necesita un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo. Excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Prestadora de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

#### CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS- Reglas jurisprudenciales

La obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a la EPS solamente en los casos donde se demuestre que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. Además, si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de "atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-  
Orden a EPS establecer si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria debe ser proporcionado

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-  
Orden a EPS entregar pañales desechables

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-

Orden a EPS autorizar y cubrir los gastos del accionante y un acompañante, del lugar de su residencia a la institución donde se le practique el procedimiento autorizado

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Orden a EPS brindar entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del actor

Referencia: expedientes (i) T-4.096.964 y (ii) T-4.104.955 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por: (i) Luz Dariela Sanabria Guzmán, en calidad de agente oficioso de Héctor Guillermo Sanabria Gaitán, contra Cafam EPS-S; y (ii) Martha Alicia Páez Díaz, en calidad de agente oficiosa de Pablo Páez del Río, contra Compensar EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de los fallos de tutela dados dentro de los procesos de tutela de la referencia[1].

## I. ANTECEDENTES

Las peticionarias, agenciando los derechos de sus respectivos padres, instauraron acciones de tutela contra las entidades encargadas de garantizarles el acceso a los servicios de salud, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

### 1. Expediente T- 4.096.964

#### 1.1. Hechos y pretensiones

1.1.1. El señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán, beneficiario del régimen subsidiado de

salud[2] y afiliado a Cafam EPS-S, cuenta con 58 años de edad y padece diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones múltiples, angina inestable, estrechez arterial, insuficiencia renal crónica no especificada, cardiomiopatía isquémica, retinopatía diabética, hipertensión esencial, ceguera de un ojo, úlcera crónica de la piel y amputación de extremidad inferior derecha.

1.1.2. La agente oficiosa manifestó que el señor Sanabria Gaitán se encuentra “postrado en un cama”[3], motivo por el cual, en sede de tutela solicitó que se le ordenara a la entidad accionada suministrar a su padre el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria 24 horas, pues “su condición no se limita a un simple cuidado particular, familiar o a la participación activa del núcleo familiar”[4]. Al respecto de esta pretensión, la tutelante adujo que Cafam EPS negó dicho servicio por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (en adelante POS-S), no estar ordenado por el médico tratante, y tratarse de actividades propias de un cuidador, más no de un(a) auxiliar de enfermería.

La actora también requirió 120 unidades de pañales mensualmente, transporte convencional para que el señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán pueda recibir diálisis tres veces por semana en la Clínica Fundadores, y un manejo integral para las enfermedades que padece el agenciado, pues sostuvo que si bien es cierto no le han negado el tratamiento, tampoco se le ha otorgado la atención que requiere.

1.1.3. En lo que concierne a la capacidad económica del agenciado, la agente oficiosa informó que su padre no percibe ningún ingreso económico, pues su estado de salud le impide trabajar y no cumple con los requisitos legales para hacerse acreedor a una pensión[5].

1.1.4. Respecto del núcleo familiar del señor Sanabria Gaitán, la agente oficiosa señaló que está compuesto por sus tres hijas (Luz Dariela, Andrea y Carolina Sanabria Guzmán). Acerca de la situación económica de cada una de ellos, la tutelante afirmó que Carolina se encuentra desempleada, Andrea cuenta con un salario mensual de \$700,000 y Luz Dariela percibe un salario mínimo legal mensual vigente, y a su cargo tiene el sustento de sus dos hijos. A su turno, la agente oficiosa afirmó que Carolina y Andrea, debido a la apremiante situación económica, habitan en la misma casa de su padre, una residencia estrato 2, y los pocos ingresos que obtienen Andrea y Luz Dariela se destinan en su totalidad la

manutención básica (alimentación, vivienda, transporte y vestuario) de su padre, de ellas y de las personas que tienen a cargo.

Por las anteriores razones, la peticionaria sostuvo que no cuentan, ni el agenciado ni su núcleo familiar, con los recursos para sortear los costos de los servicios e insumos de salud pretendidos.

## 1.2. Contestación de la tutela

A través de la señora Liliana Guevara Calderón, Coordinadora de Atención de la entidad, Cafam EPS-S solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela aduciendo falta de legitimación por pasiva, pues manifestó que la obligada a entregar lo solicitado por la tutelante, en caso de que ello tuviera lugar, resultaría ser la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca, ya que los insumos y servicios de salud deprecados no se encuentran incluidos en el POS-S.

Adicionalmente, respecto del servicio auxiliar de enfermería y transporte requeridos, la entidad adujo que era necesario tener en cuenta el principio de solidaridad y el deber de corresponsabilidad que la ley ha dispuesto entre las entidades prestadoras de salud y las familias para el cuidado de la salud de todo paciente, proceso en el cual, el aporte y contribución también debería provenir de la familia en cuestión.

## 1.3. Decisión de instancia

El Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., mediante sentencia del 18 de julio de 2013 concedió parcialmente el amparo solicitado por la accionante, pues consideró que no se logró demostrar efectivamente la amenaza o vulneración cierta de los derechos fundamentales invocados, ya que, primero, “no existe constancia de que la actora haya tramitado la solicitud directamente ante la entidad accionada”[6], o de que Cafam EPS-S le esté negando el tratamiento integral al señor Sanabria Gaitán, ya que hasta la misma peticionario así lo corroboró, y segundo, no hay orden médica alguna que ordene el suministro de los servicios e insumos peticionados, prescripción que resulta de obligatoria observancia, ya que al juez de tutela le

está vedado “sustituir la labor de quien, dados sus conocimientos científicos, es el único llamado a disponer sobre los requerimientos médicos o clínicos del paciente”[7].

Finalmente, le advirtió a la entidad “que continúe prestando la asistencia médica que requiere el agenciado. En el evento que la junta médica llegare a concluir que requiere los insumos y/o servicios solicitados a través de la presente acción, tales como: silla de ruedas, pañales desechables, servicio de enfermera 24 horas, servicio de transporte, una vez efectuado el correspondiente requerimiento, procedan, sin dilación alguna a suministrárselos, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud presentada, sin dilaciones y demoras injustificadas, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y los que no estén obligados legalmente a asumir, por encontrarse fuera del POS´S, podrá ejercer el derecho al recobro ante el Fondo Financiero Distrital correspondiente”[9].

#### 1.4. Actuaciones en sede de revisión

Mediante Auto del veintisiete (27) de enero de dos mil catorce (2014) se vinculó a este trámite a la Secretaría Departamental de Salud de Cundinamarca y a la Alcaldía Municipal de la Mesa, y se decretaron pruebas con el fin de establecer con certeza la capacidad económica del agenciado y su núcleo familiar, información que nunca se recibió. No obstante, mediante comunicación telefónica entablada con la agente oficiosa el día 28 de febrero de 2014, la peticionaria respondió a las inquietudes planteadas por este despacho respecto de aquel tema[10].

Por su parte, la señora Lilia María Calderón Castro, Directora de Aseguramiento en Salud de la Gobernación de Cundinamarca, sostuvo que la atención por enfermería domiciliaria y el traslado del agenciado al lugar en el que le practican la diálisis son prestaciones que deben ser cubiertas por Cafam EPS-S, siempre y cuando estén plenamente justificadas y ordenadas por el médico tratante, pues son servicios incluidos en el POS-S. Respecto de las tecnologías en salud no contempladas al interior del POS-S que llegue a requerir el señor Sanabria Gaitán, adujo que estarían a cargo de la Entidad Promotora de Salud Subsidiada, quien debería gestionar el recobro respectivo al ente territorial.

Finalmente, Rodrigo Guarín Lesmes, Alcalde Municipal de la Mesa, afirmó que sufragar la atención en salud de los eventos no incluidos en el POS-S recae en los entes certificados es

salud, en este caso, sobre el Departamento y las entidades a las cuales se encuentren afiliados los pacientes.

## 2. Expediente T-4.104.955

### 2.1. Hechos y pretensiones

2.1.1. La agente oficiosa, Martha Alicia Páez Díaz, manifestó que su padre, el señor Pablo Páez del Río, perteneciente al régimen contributivo de salud y afiliado a Compensar EPS en calidad de cotizante[11], cuenta con 92 años de edad y de acuerdo a su Historia Clínica padece secuelas de accidente cerebro vascular, demencia mixta, secuelas de fractura de cadera, estreñimiento crónico e incontinencia urinaria, espasticidad generalizada, además de encontrarse postrado en cama, motivo por el cual “requiere ayuda ABC”[12].

2.1.2. Adicionalmente, la actora sostuvo que su madre, quien es la única compañía del señor Páez del Río, tiene 89 años de edad, padece pérdida parcial de la memoria, incapacidad parcial de movimiento y una disminución de la visión equivalente a un 80%; además, informó que ella tiene 65 años, no vive con sus padres y su ayuda se limita a acompañarlos durante el día, pues no tiene la capacidad para movilizarlos, bañarlos, hacer los cambios de pañal, etc.[13].

2.1.3. Compensar EPS, mediante oficio del 30 de mayo de 2013, negó la solicitud de un cuidador permanente para el agenciado y afirmó que dicho servicio debería ser proporcionado por el círculo familiar, más aún si se pone de presente que “al señor Páez se le ha brindado cuidado de enfermería para entrenamiento al familiar por más de 2 años a diferentes cuidadores tiempo estimado para que la familia realice las actividades”[14].

2.1.4. Por las circunstancias descritas anteriormente, la accionante solicitó en sede de tutela que se le ordenara a la entidad accionada suministrar a su padre un “cuidador permanente”[15] que cumpla con el acompañamiento diurno y nocturno que, dada su discapacidad y estado de salud, requiere.

2.1.6. Respecto del núcleo familiar del señor Páez del Río, la agente oficiosa señaló que está compuesto por su esposa, cuya manutención está en cabeza del agenciado, y sus tres hijos, Martha, Pablo y Elsa Páez Díaz, estos dos últimos que cuentan con 66 y 58 años de edad

respectivamente. En lo concerniente a la capacidad económica de cada uno de ellos, la tutelante afirmó que Pablo Páez cuenta con un ingreso mensual de \$1,000,000 y tiene a su cargo dos hijos, Elsa Páez labora en Travel Inn[18] y sus ingresos dependen de las comisiones por venta, y por último, ella percibe una pensión equivalente a \$1,600,000 y sostiene a su esposo.[19]

## 2.2. Contestación de la tutela

Compensar EPS solicitó declarar la improcedencia de la presente acción, pues adujo que hubo una actuación temeraria por parte de la accionante al interponer el mecanismo de amparo[20], ya que en el año 2011 se presentó y decidió una acción de tutela presentada por Martha Alicia Páez Díaz agenciando los derechos del señor Páez del Río, que a juicio de la entidad, contenía los mismos hechos, pretensiones, derechos y partes de la acción que hoy ocupa nuestra atención.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que concierne al servicio de salud prestado, la entidad demanda afirmó que al agenciado “se le han prestado todos los servicios que ha requerido con ocasión de su patología”, como por ejemplo, la “atención domiciliaria a través del proveedor SISTEMA DE TERAPIA RESPIRATORIA”, institución encargada de realizarle visitas médicas mensuales, terapias y las curaciones que requiere [21].

Finalmente, respecto de la pretensión elevada por la tutelante, manifestó que además de no existir orden médica que prescriba un cuidador permanente para el señor Páez del Río; este “no es un servicio de salud, es un servicio que debe brindar el cuidador designado por la familia (miembro de la familia o particular) para brindar asistencia social como lo es alimentación, baño, cambio de posiciones, cariño y afecto, funciones que en lo particular sólo le obedecen a la familia en su función de corresponsabilidad y solidaridad con el paciente y/o familiar, y que no obedece a ningún servicio médico que pueda ofrecer la EPS, tal como lo ha dispuesto el Acuerdo 029 de 2013 (sic) (...)”[22].

## 2.3. Decisión de instancia

Mediante sentencia del 26 de agosto de 2013[23], el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. declaró improcedente la acción de tutela, pues estimó que a través de sentencia de tutela del 23 de marzo de 2011, el Juzgado

Treinta y Seis Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá decidió una acción de tutela presentada por Martha Alicia Páez Díaz agenciando los derechos del señor Páez del Río, que guarda una identidad de hechos, pretensiones y derechos con respecto a la acción objeto de estudio en la presente oportunidad, es decir, la interpuesta el día 09 de agosto de 2013.

#### 2.4. Actuaciones en sede de revisión

A través de escrito fechado el 31 de enero de 2014, la actora comentó acerca de la situación de su padre y de la capacidad económica de él y de su núcleo familiar. Así mismo, mediante un oficio allegado el 06 de febrero de 2014 a esta Corporación, Compensar EPS informó acerca de los servicios, actividades, insumos y medicamentos que se le han brindado al señor Páez del Río para garantizarle la atención en salud, tales como pañales, suplementos alimenticios, atención domiciliaria y fisioterapia.

## II. CONSIDERACIONES y fundamentos

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de los expedientes de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política[24].

### 2. Procedencia de la acción de tutela

#### 2.1. Legitimación por activa

El Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[25] dispone que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona que considere vulnerados sus garantías o a través de su representante. De igual forma, indica que es posible agenciar derechos ajenos cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En los casos objeto de estudio, las señoras Luz Dariela Sanabria Guzmán[26] y Martha Alicia Páez Díaz[27] agenciaron los derechos de sus respectivos padres, pues debido al estado de salud evidentemente deteriorado y a las enfermedades que padecen, les resulta imposible acudir por si mismos a los mecanismos existentes para buscar la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

## 2.2. Legitimación por pasiva

Conforme al Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[28], el mecanismo de amparo constitucional procede, entre otras circunstancias, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público de salud.

Cafam EPS-S[29] y Compensar EPS[30], son personas jurídicas que prestan servicios de salud, motivo por el cual, son susceptibles de ser demandadas en sede de tutela, y en efecto, la acción procede en su contra.

## 2.3. Inmediatez

El Artículo 86 de la Constitución Política señala que el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los términos establecidos por la ley. Así pues, el mecanismo de amparo pretende atender afectaciones que de manera urgente necesiten la intervención del juez constitucional.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que en los casos objeto de revisión, a la fecha de interpuesta la acción, a los agenciados no se les había autorizado y hecho efectiva la entrega o el suministro de los insumos y servicios requeridos para hacer efectivo su derecho a la salud presuntamente vulnerado, esta Sala entiende que la posible trasgresión a las garantías fundamentales permanece, es decir, sus situaciones continúan y son actuales, satisfaciendo así el requisito de la inmediatez.

## 2.4. Subsidiariedad

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no exista otro medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales supuestamente amenazados o vulnerados, o en los que aun existiendo, éste no sea idóneo y eficaz para garantizar tales prerrogativas, o no tenga la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.

En lo que respecta a la seguridad social en salud, las leyes 1122 de 2007[31] y 1438 de 2011[32] otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales

para resolver, con las potestades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

De esta manera, el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo, los asuntos concernientes a la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. Así mismo, también conocerá, entre otras cosas, “sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”.

Dicho procedimiento judicial podrá ser ejercido sin formalidad alguna y no será necesario actuar por medio de apoderado. En vista de que es una acción preferente y sumaria, dentro de los 10 días siguientes a la solicitud se dicta el fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes a la notificación (que se hará por telegrama o por otro medio expedito). Este trámite deberá llevarse a cabo de acuerdo a los “principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”[33].

Así pues, no obstante el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es idóneo y eficaz, esta Sala ha considerado que “resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de la personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos”[34].

Dicho así, esta Corporación encuentra que las acciones de tutela presentadas son procedentes, ya que, en primer lugar, ambas pretenden la salvaguarda de garantías fundamentales puestas en riesgo, tales como la vida y la salud de los sujetos agenciados, y, en segundo lugar, este fue el mecanismo de amparo que las agentes oficiosas escogieron para solicitar la protección de los derechos en cuestión.

De igual forma, de llegar a remitir en sede de revisión los casos objeto de análisis a la Superintendencia de Salud, se desconocería, primero, el desgaste procesal y el espacio tiempo que las acciones han tenido que soportar al interior de la jurisdicción constitucional, mecanismos que se supone son de carácter expedito y rápido, y, segundo, la urgencia con la que se demanda la protección de los derechos, ya que los agenciados son personas de especial protección constitucional que presentan múltiples enfermedades, las cuales les impide valerse por si mismos.

## 2.5. Duplicidad en la presentación de acciones de tutela

En lo que respecta a la acción de tutela interpuesta por Martha Páez Díaz agenciando los derechos de su padre, esta Sala tendrá que determinar si existe cosa juzgada constitucional y/o temeridad, teniendo en cuenta que el juez de instancia declaró improcedente la acción, al considerar que la actora había instaurado una acción de tutela previa contra Compensar EPS por los mismos hechos, derechos y pretensiones en marzo de 2011, la cual fue resuelta mediante la sentencia proferida el día 23 del mismo mes y año por el Juzgado Treinta y Seis Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

En lo que respecta a este asunto, esta corporación ha sostenido que cuando un juez de tutela decide una acción interpuesta por un usuario del sistema de salud con las mismas partes, hechos y pretensiones de una anterior, tiene que examinar si las condiciones de salud del peticionario o agenciado han cambiado en el lapso transcurrido entre una y otra, teniendo presente circunstancias importantes como el aumento de la edad, el avance de las enfermedades y la orden reiterada de un medicamento, servicio, tratamiento o procedimiento de salud. De igual forma, el funcionario también tendrá que observar si cuando se desató la acción precedente, se resolvió de forma efectiva cada una de las pretensiones del tutelante, es decir, que concretamente haya habido un pronunciamiento sobre las solicitudes que supuestamente se vuelven a poner en conocimiento del juez constitucional[35].

Una vez verificado la ocurrencia o no de dichas circunstancias, se debe determinar si sobre el caso concreto hay cosa juzgada constitucional y si se presenta una actuación temeraria por parte del accionante. Así pues, cuando se adelantan sucesivas o varias acciones de tutela que traten sobre un mismo asunto, se producen estas consecuencias:

“i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la triple identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada.” [36]

Ahora bien, en el caso de la señora Páez Díaz, agente oficiosa de su padre, esta Sala no encuentra la existencia de duplicidad en la presentación de la acción de tutela, ya que del análisis de la sentencia proferida en marzo de 2011 por el Juzgado Treinta y Seis Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se observa que la pretensión decidida en aquella ocasión no coincide con el “cuidador permanente”[37] que en la presente oportunidad requiere la agente, pues en aquel entonces se solicitó y negó el servicio de enfermería permanente, dando a entender, entre otras cosas, que ambos conceptos no se pueden equiparar, pues los cuidados básicos de alimentación, aseo y recreación que puede brindar un cuidador no tienen que ser proporcionados por un profesional o técnico en la salud, ya que no demandan mayores conocimientos o un arduo entrenamiento.

Por lo anterior, no se puede concluir que en la presente acción se está conociendo una causa decidida previamente, pues no hay una identidad de pretensiones. En este orden de ideas, la Sala resolverá de fondo el caso (ii) T-4.104.955.

### 3. Planteamiento del problema jurídico constitucional

Corresponde a la Sala resolver si las entidades accionadas amenazaron o vulneraron el derecho fundamental a la salud de los señores (i) Héctor Guillermo Sanabria Gaitán y (ii) Pablo Páez del Río, por impedir o negar el suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería 24 horas y cuidador permanente, así como también el aprovisionamiento de pañales desechables y el cubrimiento de los gastos de transporte para que el señor Sanabria Gaitán pueda asistir al procedimiento de diálisis que semanalmente se le practica.

Para resolver el problema arriba planteado, la Sala, en primer lugar, estudiará la naturaleza de los servicios de enfermería y cuidador pretendidos, este último de cara al principio de solidaridad familiar. En segundo lugar, abordará las reglas adoptadas por la Corte Constitucional sobre la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) a través de la acción de tutela. En tercer lugar, analizará el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Y en cuarto y último lugar, realizará un análisis de los casos en concreto.

4. El suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería y de cuidador permanente en el Régimen de Seguridad Social en Salud.

La Ley 100 de 1993[38] constituye, por un lado, el marco legal al interior del cual se han desplegado los derechos de los afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud y, por otro, las reglas conforme a las cuales, dichos usuarios, tienen acceso a un grupo prestaciones específicamente dispuestas en el Plan Obligatorio de Salud -POS a cargo de las entidades que lo integran.

Actualmente el POS está definido íntegramente en la Resolución 5521 de 2013[39], y cubija a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado de salud[40].

Conforme esta corporación lo ha manifestado, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud[41] que estén incluidas en aquel plan:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las

obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.”[42]

En este orden de ideas, el acceso a cualquier actividad, intervención, insumo, medicamento, dispositivo, servicio o procedimiento que se encuentre incluido en la cobertura del POS, debe ser garantizado por el sistema a los afiliados, de tal manera que la negación de las Entidades Prestadoras de Salud al suministro de tales tecnologías constituye una vulneración del derecho a la salud de las personas, y, en consecuencia, la acción de amparo constitucional estaría llamada a proveer la salvaguarda de dicha garantía fundamental.

Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación de salud extrahospitalaria “que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”[43]. Además de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado[44].

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”[45] la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”[46].

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de

dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria[47] de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado[48], y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan[49].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud[50], y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998[51] de la siguiente manera: "(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)".

En lineamiento con lo previamente dicho, la sentencia T-1079 de 2001[52] sostuvo que “la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.

Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección[53].

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia [54].

En concordancia con lo arriba planteado, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013[55], en donde se afirmó lo siguiente:

“En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la

Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.”.

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

5. Reglas adoptadas por la Corte Constitucional sobre la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) a través de la acción de tutela.

Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha

afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos (...).”[56]

Debido a lo anterior, por regla general, cuando una persona necesita un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo. No obstante esto, dicha regla no es absoluta, pues “en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.” [57]

Así entonces, excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Prestadora de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[58]

Ahora bien, este tribunal ha abordado en distintas ocasiones el tema de los insumos que se

necesitan para el manejo de personas que padecen pérdida del control de esfínteres (como por ejemplo el uso de pañales desechables), los cuales, a pesar de estar excluidos del POS[59], constituyen parte del manejo indispensable que a estos pacientes se le debe brindar para garantizarles una vida en condiciones dignas. De esta forma, la Corte ha establecido que para determinar si hay o no lugar al suministro de estos elementos, se debe verificar el cumplimiento de dichos requisitos.

Sin embargo, también se ha sostenido que en los casos en los que no exista fórmula del médico tratante que prescriba su uso, habrá lugar a ordenar su suministro cuando sea posible deducir que “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”[60]. Dicho de otro modo, “se trata de que las circunstancias fácticas y médicas permitan concluir forzosamente que, en realidad, el afectado necesita de la provisión de los componentes solicitados[61]”[62]. A la anterior conclusión se podrá allegar bien sea por lo que consta en la historia clínica del paciente, o por sus propias condiciones[63].

De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Prestadora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga, a la entidad territorial o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso.

Por otro lado, en los eventos en los que no haya orden médica, y del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso no sea evidente con suficiente certeza la necesidad del insumo, servicio o medicamento pretendido en sede de tutela, pero se observe una actuación poco diligente de la empresa prestadora del servicio de salud, la Corte ha considerado que tal situación desconoce el derecho al diagnóstico[64], es decir, la garantía que posee el usuario de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que

permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”[65].

Por ende, en tales situaciones, si bien el juez de tutela no tiene la obligación de ordenar el suministro del insumo o medicamento, sí debe requerir a la entidad accionada para que determine, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, la enfermedad que soporta el usuario y el tratamiento, medicación y manejo más adecuados para contrarrestarla[66].

6. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

En los términos del Artículo 124 de la Resolución 5521 de 2013, “el Plan Obligatorio de Salud cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

- Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.
- Entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

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

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

Así entonces, se entiende que salvo los casos arriba enunciados, los costos que se causen como consecuencia de los desplazamientos deben ser asumidos directamente por el

paciente o por su núcleo familiar. No obstante lo anterior, esta Corte ha sostenido que cuando se presenten obstáculos originados en la movilización del usuario al lugar de la prestación del servicio que requiere con necesidad, para acceder de forma efectiva a éste, dichas barreras deben ser eliminadas siempre que el afectado o su familia no cuenten con los recursos económicos para sufragar el mencionado gasto.

De esta forma, se ha considerado que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a la EPS solamente en los casos donde se demuestre que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario[67]”[68]. Además, si se comprueba que el paciente es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”[69] y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”[70], esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante[71].

De acuerdo a los señalamientos anteriormente expuestos, procede la Sala a dar solución a los casos en concreto.

## 7. Casos en concreto.

### 7.1. Expediente T-4.096.964.

La señora Luz Dariela Sanabria Guzmán, agenciando los derechos de su padre, solicitó al juez constitucional el suministro del servicio auxiliar de enfermería domiciliaria 24 horas, 120 unidades de pañales al mes, y el cubrimiento del transporte convencional que requiere el señor Sanabria Gaitán para acceder semanalmente al procedimiento de diálisis que se le practica.

Con respecto al servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, si bien constituye una modalidad de prestación de salud incluida en la cobertura de beneficios del POS, que debería ser garantizada por Cafam EPS-S sin adelantar ningún trámite administrativo dispendioso, y mucho menos judicial, en el proceso de la referencia no obra alguna prescripción, orden, fórmula o recomendación del médico tratante del señor Sanabria Gaitán, en la que, con el suficiente “grado de certeza permitido por la ciencia y la

tecnología”[72], sea clara la necesidad del servicio requerido. Por el contrario, la misma agente oficiosa aduce que la entidad accionada le negó el suministro del mencionado servicio por no contar con autorización del profesional tratante, y a pesar de ello no aportó siquiera una recomendación médica al respecto.

De igual forma, la Sala también encuentra que del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso (médicos y fácticos), no es posible deducir con suficiente certeza que exista una relación de necesidad (y no de simple contribución u opción) entre las patologías que aquejan al agenciado y servicio auxiliar de enfermería domiciliaria pretendido.

No obstante lo anterior, si bien el juez de tutela no es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que se le debe dar al agenciado, la Sala observa que la entidad accionada no demostró ni insinuó algún elemento que permita reconocer un trato adecuado y diligente en cuanto al derecho al diagnóstico del señor Sanabria Gaitán se refiere; por el contrario, la agente oficiosa manifestó en la acción de tutela que a su padre no se le ha otorgado la atención que requiere, y Cafam EPS-S no se mostró siquiera presto a desvirtuar o refutar dicha aseveración[73].

Así pues, con el propósito de que se pueda determinar con precisión la eventual necesidad de la prestación solicitada por la actora, la Sala ordenará a Cafam EPS-S para que a través de un galeno que conozca de primera mano el estado de salud del señor Sanabria Gaitán, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al agenciado de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y su patología demande, y de ser así, las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el señor Sanabria Gaitán en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico.

Por otro lado, en lo concerniente a la solicitud de los pañales para adulto, la Sala encuentra cumplidos los requisitos jurisprudenciales mencionados anteriormente[74] por las siguientes razones:

(i) Los padecimientos que sufre el señor Sanabria Gaitán, entre ellos las múltiples complicaciones que producen la diabetes mellitus y la insuficiencia renal crónica que lo aquejan, hacen que este insumo permita reforzar la protección de su derecho fundamental a la vida digna, pues, en principio, la falta de los pañales pretendidos empeoraría la convalecencia de las patologías que lo afectan, amenazando así sus garantías fundamentales.

(ii) De igual manera, de acuerdo con el texto de la Resolución 5521 de 2013 y sus anexos, el suministro de pañales desechables no cuenta con artículos sustitutos que sí estén incluidos en el POS, y que puedan reemplazarlos funcionalmente.

(iii) El señor Sanabria Gaitán no puede costear directamente el valor mensual del insumo en cuestión, pues pertenecer al nivel 1 del Sisben y ser beneficiario del Régimen Subsidiado de Salud[75], lo hace, en principio, una persona incluida dentro de la población más pobre y vulnerable del país, sin capacidad de pago para cubrir si quiera el monto total de una cotización al Sistema de Salud. Aunado a ello, no percibe ningún ingreso económico, pues su estado de salud le impide trabajar y no cumple con los requisitos legales para hacerse acreedor a una pensión. Así entonces, la Sala encuentra que el señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán no puede generar los ingresos necesarios para sobrevivir y más aún para adquirir los insumos solicitados, máxime cuando se requieren de manera periódica.

Por otra parte, el núcleo familiar del agenciado, compuesto por sus tres hijas (Luz Dariela, Andrea y Carolina Sanabria Guzmán), no cuenta con la capacidad para brindar al señor Sanabria Gaitán la ayuda económica continua y permanente que este requiere para tratar sus enfermedades. A dicha conclusión se arriba, ya que Carolina se encuentra desempleada, Andrea cuenta con un salario mensual de \$700,000 y Luz Dariela percibe un salario mínimo legal mensual vigente, y a su cargo tiene el sustento de sus dos hijos. A su turno, la agente oficiosa manifestó que Carolina y Andrea, debido a la apremiante situación económica, habitan en la misma casa de su padre, una residencia de estrato bajo, y los pocos ingresos que obtienen se destinan en su totalidad a la manutención básica de su padre y de ellas.

(iv) En el asunto examinado no obra prescripción del suministro de pañales emitida por parte de un médico adscrito a Cafam EPS-S. No obstante, la Sala evidencia una serie de

elementos de juicio que le permiten determinar que el señor Sanabria Gaitán necesita la entrega de los mismos, como lo son las enfermedades que padece y la respuesta de la entidad accionada, quien no niega que sean útiles para el agenciado, sino que se restringe a indicar que son elementos excluidos del POS.

En ese orden de ideas, esta Corporación decretará el suministro de los pañales requeridos, dentro de las 72 horas siguientes a la notificación de la presente providencia. Sin embargo, debido a que no obra orden médica que indique la cantidad y características de los pañales solicitados, la Sala ordenará a la entidad demandada que, dentro del mismo término, valore al señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán por intermedio de un médico que determine su modo de uso y sus particularidades.

Además, la orden del suministro de los pañales está condicionada a que se confirme médicamente la imposibilidad del agenciado de controlar sus esfínteres de acuerdo con la valoración médica que efectúe Cafam EPS-S para el efecto, debiendo en todo caso ser aprobada por el juez de primera instancia la interrupción o cese en la provisión del insumo mencionado, según lo dispuesto por el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que señala que dicho funcionario judicial “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”.

Por otro lado, la Sala considera que la entidad accionada debe cubrir los gastos de transporte convencional que requiere el señor Sanabria Gaitán para acceder tres veces por semana a la diálisis que se le practica, pues conforme arriba se explicó, ni el agenciado ni sus familiares cercanos tienen los recursos suficientes para sufragar el costo que implica aquel traslado recurrente y periódico, el cual es de vital importancia, pues de no efectuarse el mismo y no ser practicado tal procedimiento, es evidente que se pondría en riesgo la vida y el estado de salud del señor Héctor Guillermo Sanabria.

De igual forma, en vista de las múltiples complicaciones de salud del agenciado y de la amputación sufrida en su extremidad inferior derecha, se considera pertinente garantizar también la financiación del traslado de un acompañante, así se desprende de la limitación en el movimiento y desplazamiento del señor Sanabria Guzmán, sumado al deterioro de su estado de salud y a la intensidad con la que le es realizado el procedimiento en cuestión.

Finalmente, respecto del manejo integral solicitado por la actora, con el fin de hacer

determinable la orden, evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido, y no desconocer la buena fe que debe presumirse de las actuaciones futuras de Cafam EPS-S, se precisará que el mismo estará limitado a lo que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento del estado de salud del agenciado, y se entenderá concedido solamente en torno a las siguientes padecimientos: diabetes mellitus, angina inestable, estrechez arterial, insuficiencia renal crónica no especificada, cardiomiopatía isquémica, retinopatía diabética, hipertensión esencial, ceguera de un ojo, úlcera crónica de la piel y amputación de extremidad inferior derecha.

## 7.2. Expediente T-4.104.955.

La señora Martha Alicia Páez Díaz, agenciando los derechos del señor Páez del Río, su padre, solicitó al juez constitucional ordenar a Compensar EPS el suministro de un cuidador permanente que cumpla con el acompañamiento diurno y nocturno que, dado el estado de salud, requiere su progenitor.

(i) Efectivamente se tiene certeza médica que el señor Páez del Río, primero, es un sujeto dependiente, pues se encuentra postrado en cama, y, segundo, solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, pues su historia clínica expresamente así lo indica[77]. De igual forma, en el expediente obra concepto médico en el cual se indica que el agenciado requiere únicamente asistencia en actividades de higiene, aseo y alimentación, así como también ayuda en la administración de medicamentos por vía oral, labores que pueden ser desempeñadas por un cuidador, es decir, un miembro de la familia o del círculo social del paciente[78].

(ii) El deber de solidaridad y de proporcionar un cuidador permanente al señor Páez del Río constituye una carga soportable para sus familiares próximos, ya que, primero, el mismo agenciado cuenta con recursos suficientes que permiten deducir razonablemente que está en condiciones de sufragar, aunque sea parcialmente, el costo de un cuidador particular, pues su ingreso fijo mensual equivale aproximadamente a \$2,216,000, segundo, tiene tres hijos que ostentan una óptima estabilidad económica y laboral, tercero, en la actualidad el señor Páez del Río y su esposa cuentan con los servicios de una empleada doméstica,

quien incluso, como ya se vio, podría asistirlo en sus actividades básicas cotidianas, y de hecho firma como cuidador en las evoluciones médicas diligenciadas en el marco de las visitas domiciliarias que Compensar EPS suministra al agenciado[79], y cuarto, la misma agente oficiosa le brinda a su padre una compañía y atención diaria.

(iii) Compensar EPS ha brindado un apoyo y seguimiento continuo al estado de salud del señor Pablo Páez a través del programa de atención domiciliaria, en virtud del cual un médico visita al agenciado de forma periódica[80]. No obstante lo anterior, la entidad accionada no probó con suficiente claridad que haya proporcionado un entrenamiento o preparación previa de apoyo para el manejo y cuidado del señor Páez del Río.

Por las razones anteriormente señaladas, esta Sala negará la pretensión elevada por la señora Martha Alicia Páez Díaz en calidad de agente oficiosa de Pablo Páez del Río. Sin embargo, ordenará a Compensar EPS brindar un entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del señor Páez del Río, y continuar con el seguimiento a la labor que dicho cuidador realice, con el fin de verificar periódicamente la calidad y aptitud del cuidado.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. el 18 de julio de 2013, y en su lugar CONCEDER el amparo de las garantías fundamentales transgredidas al señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán (T-4.096.964).

SEGUNDO.- ORDENAR a Cafam EPS-S que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria efectivamente debe ser proporcionado al señor Sanabria Gaitán de acuerdo con lo que su

cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el señor Sanabria Gaitán en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico (T-4.096.964).

TERCERO.- ORDENAR a Cafam EPS-S que en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, le sean entregados al señor Héctor Guillermo Sanabria Gaitán los pañales desechables para adulto solicitados. Para estos efectos, la paciente deberá ser valorado en ese mismo término por un médico adscrito a Cafam EPS-S que determine el número de pañales desechables que requiere, así como las características que éstos deben cumplir.

Esta orden está condicionada a que se confirme médicamente la imposibilidad del señor Sanabria Gaitán de controlar sus esfínteres de acuerdo con la valoración médica que efectúe Cafam EPS-S para el efecto, debiendo en todo caso ser aprobada por el juez de primera instancia la interrupción o cese en la provisión de los pañales desechables, según lo dispuesto por el inciso 4° del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que señala que dicho funcionario judicial “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.” (T-4.096.964).

QUINTO.- ORDENAR a Cafam EPS-S que suministre el tratamiento integral en salud que requiera el Héctor Guillermo Sanabria Gaitán, para su completa recuperación y/o estabilización de las enfermedades denominadas diabetes mellitus, angina inestable, estrechez arterial, insuficiencia renal crónica no especificada, cardiomiopatía isquémica, retinopatía diabética, hipertensión esencial, ceguera de un ojo, úlcera crónica de la piel y amputación de extremidad inferior derecha, según las indicaciones del médico tratante (T-4.096.964).

SEXTO.- REVOCAR las sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. el 26 de agosto de 2013, y en su lugar CONCEDER PARCIALMENTE el amparo de las garantías fundamentales a la salud y la vida digna del señor Pablo Páez del Río (T-4.104.955).

SÉPTIMO.- ORDENAR a Compensar EPS que brinde un entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del señor Pablo Páez del Río, y continuar con el seguimiento a la labor que dicho cuidador realice, con el fin de verificar periódicamente la calidad y aptitud del cuidado (T-4.104.955).

OCTAVO.- ADVERTIR a los representantes legales, o quien haga sus veces, de Cafam EPS-S (T-4.096.964) y Compensar EPS (T-4.104.955), que cuentan con la facultad para recobrar los valores correspondientes a las prestaciones que no estaban legalmente obligadas a asumir ante el Fosyga o la entidad territorial correspondiente conforme a la reglamentación vigente.

NOVENO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante Auto del 31 de octubre de 2013.

[2] En el folio 13 del cuaderno 1 obra copia del carné de afiliación del agenciado al

Régimen Subsidiado de Salud a través de Cafam EPS-S en el nivel 1 del Sisben.

[3] Cuaderno 1, folio 1.

[5] Al respecto también indicó que el señor Sanabria Guzmán, durante toda su vida, tan sólo cotizó 300 semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

[6] Cuaderno 1, folio 33.

[7] Ibídem.

[8] Cuaderno 1, folio 35.

[9] Cuaderno 1, folios 35 y 36.

[10] “Con base en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que gobiernan la gestión del juez constitucional; esta Corporación, en el ejercicio de su función de revisión de fallos de tutela, ha considerado que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta menester requerir información por vía telefónica sobre algunos aspectos fácticos específicos del caso que requieran mayor claridad al interior del trámite de la acción. En lineamiento con lo anteriormente dicho, se pueden revisar entre otras providencias, las sentencias T-603 de 2001, T-476 de 2002, T-341 de 2003, T-643 de 2005, T-219 de 2007 y T-726 de 2007”. Sentencia T-065 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[11] Según se pudo constatar en la base de datos de la página web oficial del Fosyga consultada el día 17 de enero de 2014.

[12] Cuaderno 1, folio 6. Al respecto ver folios 5 y 7.

[13] Cuaderno 1, folio 3.

[14] Cuaderno 1, folio 41.

[15] Ibídem.

[16] Cuaderno de Pruebas, folio 41.

[17] *Ibíd.*

[18] En el folio 19 del cuaderno 1 se observa que para el año 2009, Elsa Fernanda Páez Díaz era la Gerente General de “TRAVELIN AVIATUR” y contaba con una antigüedad de 10 años en la mencionada empresa, de lo cual razonablemente se puede deducir que la señora Elsa Páez ha gozado en los últimos años de una estabilidad laboral y presuntamente de un cargo notablemente bueno.

[19] Cuaderno de Pruebas, folio 41.

[20] Cuaderno 1, folios 50 a 83.

[21] Cuaderno 1, folio 54.

[22] Cuaderno 1, folio 55.

[23] Cuaderno 1, folios 84 a 90.

[24] “Artículo 86. (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...)” // “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...)”

[25] “Artículo 10. Legitimidad e interés. 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.”

[26] Caso (i) T-4.096.964.

[27] Caso (ii) T-4.104.955.

[28] “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud (...).”

[29] Caso (i) T-4.096.964.

[30] Caso (ii) T-4.104.955.

[31] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[32] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[33] Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[34] Sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[35] Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-380 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[36] Sentencia T-185 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[37] Ibídem.

[38] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”.

[39] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).”.

[40] A partir de la expedición de los Acuerdos 011 de 2010, 027 de 2011 y 032 de 2012 de

la Comisión de Regulación en Salud, se unificó el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y subsidiado para toda la población.

[41]“Tecnología en salud: Concepto que incluye todas las actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud.” Resolución 005521 de 2013.

[42] Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[43] Resolución 5521 de 2013.

[44]Al respecto del servicio de enfermería en el domicilio del afiliado, entendido como una atención domiciliaria, el Artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013 afirma lo siguiente: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud”.

[45] Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] Ibídem. En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: “en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.” Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reiteró la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez

no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.” Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[48] En el estudio adelantado por el Gobierno de España junto con la Cruz Roja Española (citado en el pie de página inmediatamente anterior), se precisó lo siguiente: “Los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia son aquellas personas (familiares o amigos) que prestan a una persona con dependencia los apoyos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y aquellas otras necesidades derivadas de su condición de dependencia. // Aunque todos los miembros de una familia pueden prestar los apoyos de forma que se reparte la carga y las responsabilidades, lo común es que exista la figura del Cuidador Principal: aquel miembro de la familia que se ocupa mayoritariamente del cuidado del familiar con dependencia, asumiendo un mayor grado de responsabilidad en los cuidados, en el tiempo y esfuerzo invertido y en la toma de decisiones”.

[49] De forma aún más concreta, en un estudio especializado realizado a cuidadores principales de personas en situación de enfermedad crónica discapacitante en el municipio de Chía, Colombia, se definió al cuidador principal como la “persona familiar o cercana que se ocupa de brindar de forma prioritaria apoyo tanto físico como emocional a otro de manera permanente y comprometida”. (Vanegas, B. (2006). Habilidad del cuidador y funcionalidad de la persona cuidada. *Aquichan*, 6, 137-147. Estudio auspiciado por la Universidad de la Sabana, Colombia).

[50] Al respecto de este punto, incluso el Plan Obligatorio de Salud vigente en su Artículo 29

establece que la cobertura de la atención domiciliaria suministrada a los pacientes que la requieren “no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud”, pues dicha asistencia está dada solamente para el ámbito de la salud.

[51] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[52] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[53] Sentencia T-801 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[54] Sentencia T-730 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[55] M.P. Nilson Pinilla Pinilla. // En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba “postrada en cama”; allí, el mismo galeno “reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.

[56] Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver entre otras, las Sentencias SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-883 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[57] Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[58] Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[59] El Artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013 dispone lo siguiente: “Exclusiones específicas. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y son las siguientes: (...) 18. Pañales para niños y adultos.”.

[60] Sentencia T-160 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[61] “En conclusión, habrá lugar a ordenar la entrega de insumos no POS sin prescripción médica, cuando quiera que sea posible deducir que existe una relación de necesidad y no solo de simple contribución u opción, entre la dolencia y los elementos solicitados”.

[62] Sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[63] Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-749 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-160 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, T-212 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-320 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-752 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa, T-033 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, y T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[64] Respecto de esta garantía la sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, explicó lo siguiente: “el derecho al examen de diagnóstico, que se encuentra inmerso en el derecho a la salud y, a su vez, conserva una inescindible relación con el derecho fundamental a la información vital, está orientado a garantizar la consecución de los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente, pues, como fue señalado en líneas anteriores, no sólo el derecho a la salud comprende la prerrogativa de recibir atención preventiva, lo cual supone desechar la idea de los fines meramente curativos de la medicina, sino que la dilación del diagnóstico y, por ende, del tratamiento lesiona gravemente el derecho a la dignidad humana. // Así las cosas, el derecho al diagnóstico se encuentra contenido dentro de los “niveles esenciales” que de manera forzosa ha de garantizar la organización estatal en el caso del derecho a la salud. Su importancia adquiere una particular dimensión dado que su eventual vulneración obstaculiza en la práctica el acceso a los servicios y prestaciones establecidas para los regímenes contributivo y subsidiado. // En esta dirección, su desconocimiento impide establecer con grado de certeza, no sólo la patología padecida por los titulares del derecho fundamental a la salud, sino adicionalmente cuáles son las prestaciones que deben ser ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social y, de contera, cuál es la responsabilidad que

resulta exigible a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, a las entidades territoriales, al Fondo de Solidaridad y Garantía, y demás autoridades que participan en el andamiaje del aludido sistema.”.

[65] Sentencia T-1181 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[66] Al respecto ver las sentencias T-089 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, y T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[67]“Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en un caso similar contenido en la Sentencia T-1079/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra”.

[68] Sentencia T-197 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño.

[69] Sentencia T-350 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño.

[70] Ibídem.

[71] Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-962 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-459 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-233 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-033 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[72] Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[73] Tal y como se ha reconocido en nuestra legislación procesal civil, compete e incumbe al actor o demandante probar el supuesto fáctico que permite aplicar la consecuencia jurídica de la norma al caso concreto, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba, por ser prácticamente imposibles de probar, o por resultar inocua su prueba. En este sentido, la Sala considera que el hecho de aducir una falta de atención diligente en cuanto al servicio de salud se refiere, constituye

una negación indefinida que no requiere ser probada y que por tanto invierte la carga de la prueba en cabeza del accionado o demandado, quien tendrá que demostrar lo contrario.

[74] Los cuales a continuación se recuerdan: “(i) que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) que el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) que el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[75] Artículo 157 de la Ley 100 de 1993: “(...) Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana (...)”.

[76] Entidad que en principio, se repite, sólo de brindar a la familia, y en particular al cuidador que se designe, un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado.

[77] Cuaderno 1, folios del 6 al 8.

[78] Cuaderno 1, folios del 74 al 77.

[79] Cuaderno 1, folios del 5 al 7, y cuaderno de pruebas folio 36.