TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-284/24

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

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

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Necesidad de orden del médico tratante para acceder a servicios o tecnologías en salud

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD-Médico tratante deberá ordenarlo

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Requisitos para el suministro por parte de EPS

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

ATENCION DOMICILIARIA-Orden a EPS realizar valoración médica en la que especialista tratante determine si el accionante requiere o no servicio médico domiciliario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Sexta de Revisión

Sentencia T-284 de 2024

Referencia: Expediente T-8.871.513

Revisión del fallo de tutela de segunda instancia proferido dentro del proceso promovido por Ana en calidad de agente oficiosa de José, contra la EPS SURA.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Síntesis de la decisión. La Corte amparó el derecho a la salud y a la vida digna, en su faceta de diagnóstico, en relación con el servicio de enfermería pretendido por el accionante, quien padece una enfermedad grave, catastrófica y degenerativa.

Respecto a la pretensión de que la EPS autorice el servicio de transporte, la Sala no encontró acreditada su relación con la necesidad de desplazarse a una IPS para un procedimiento en concreto, sino que está encaminada a mostrar la dificultad que el accionante tiene para desplazarse y, por tanto, se trata de una pretensión estrechamente relacionada con la necesidad de cuidador.

Sin embargo, dado que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que el juez de tutela ordene directamente la prestación del servicio del cuidador, la Sala precisó que corresponde al médico, a partir de la valoración de las necesidades del paciente, determinar la atención domiciliaria a que hubiere lugar. En cuanto al servicio de enfermería, la Sala constató que no existe orden médica, y puesto que la prescripción del servicio no le corresponde al juez de tutela, La Sala se limitó a amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.

Aclaración previa

Dadas las circunstancias particulares del caso, la Sala ha adoptado como medida de protección a la intimidad del accionante y de su agente oficiosa, la supresión de los datos que permitan identificarlos, razón por la cual sus nombres serán remplazados por unos ficticios y se suprimirá la información que permita su identificación. Adicionalmente, en la parte resolutiva de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta corporación, a las partes, a las autoridades judiciales de instancia y a aquellas vinculadas al trámite, guardar reserva respecto de su identificación.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión de los fallos de tutela dictados el 6 de marzo de 2020, en segunda instancia, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante el cual resolvió confirmar íntegramente el fallo de primera instancia proferido el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín, mediante el cual negó el amparo solicitado, previas las siguientes consideraciones.

I. I. ANTECEDENTES

Ana, actuando en calidad de agente oficiosa de José, presentó solicitud de tutela y la adopción de medida provisional contra Sura EPS por considerar vulnerado el derecho fundamental a la salud de su agenciado, en la medida en que dicha EPS no le autorizó ni le prestó los servicios de ambulancia y enfermería pese a haberlos solicitado.

1. 1. Con el fin de proteger los intereses de José, Ana elevó un derecho de petición el 15 de abril de 2019, ante Sura EPS y la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia, requiriendo el servicio de auxiliar de enfermería permanente para el señor José, teniendo en cuenta su condición de salud y situación familiar. Para justificar su petición adjuntó la historia clínica del agenciado en la que consta un diagnóstico de epilepsia, con secuelas de trauma encéfalo-craneano severo con efectos motores y cognitivos graves “con total dependencia para las actividades de autocuidado y los desplazamientos”; así como una traqueostomía y gastrostomía. Se afirma en la historia que es un “paciente comatoso, no realiza ninguna actividad, totalmente dependiente para todos sus cuidados” .

2. Indicó que el 27 de febrero de 2019 José fue trasladado al hospital Pablo Tobón Uribe para pacientes crónicos, a donde fueron convocados sus familiares para recibir instrucciones frente a los cuidados que requiere un paciente con este tipo de diagnóstico. La explicación fue recibida por el padre de José y por Ana, en calidad de cuidadores del agenciado. En todo caso aclaró que el padre es un adulto mayor y que ella, por su parte, no es pareja de José desde 2018.

3. Ana indicó que, para el momento de presentar la petición, debía trabajar para sostener sus propios gastos, ayudar a su madre y pagar las deudas adquiridas por la sociedad conyugal. Por lo anterior, no podría renunciar a su trabajo para dedicarse al cuidado que requiere José. Agregó que por el peso del paciente y su dependencia absoluta, las labores de aseo no

pueden ser asumidas por una sola persona. De lo anterior, concluye la necesidad de una auxiliar de enfermería.

4. El 17 de junio de 2019, Sura EPS dio respuesta a la petición elevada por la accionante en el sentido de informar que se ordenó visita domiciliaria por parte del equipo de la IPS Terapias Integrales Domiciliarias S.A.S. con la finalidad de verificar si el servicio solicitado resultaba necesario. Sin embargo, la accionante no informó si dicha visita tuvo lugar ni tampoco cuál fue la conclusión. Además, afirmó que José cuenta con un programa de atención domiciliario denominado Salud en Casa, que ofrece atención médica y paramédica en su lugar de residencia de acuerdo con la prescripción del médico tratante.

5. Solicitud de tutela. El 5 de diciembre de 2019, Ana, actuando expresamente en calidad de agente oficiosa, presentó tutela únicamente contra Sura EPS, a la que le atribuyó la vulneración del derecho fundamental de salud de José, por considerar que no ha suministrado la atención médica integral que requiere el agenciado.

6. Señaló la accionante que José tenía 35 años de edad, se encontraba afiliado al régimen de salud a través de la EPS Sura en calidad de afiliado cotizante y contaba con un diagnóstico de epilepsia focal con secuelas de trastorno encéfalo-craneano severo.

7. Además, agregó que los servicios médicos ordenados –sin precisar cuáles son las órdenes médicas a las que se refiere– deberían ser prestados por una IPS que pudiera atender integralmente todas las necesidades del paciente, pues “la EPS Sura al parecer no tiene IPS que pueda brindarme la atención integral y continua en esta ciudad” .

8. Con fundamento en lo anterior solicitó, en primer lugar, una medida provisional consistente en que se ordene a Sura EPS autorizar y verificar la materialización de los servicios médicos de enfermería y ambulancia que requiere José. Como pretensión, señaló que se ordene a Sura EPS garantizar el tratamiento integral que se desprende del diagnóstico de su agenciado, incluyendo, la prestación del servicio de enfermería y ambulancia.

2. Trámite procesal y decisiones judiciales objeto de revisión

10. En su respuesta, Sura EPS solicitó al juez la vinculación de la DIAN al trámite de referencia para que certificara si José declara renta o paga impuestos por algún concepto,

con el fin de determinar su capacidad económica para asumir el transporte que solicita en el presente trámite.

11. Frente a la solicitud del servicio de transporte señaló que el Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS) y la Resolución 5857 de 2018 sólo incluye el transporte para los siguientes casos: (i) la movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma, hasta una institución hospitalaria, prehospitalaria y apoyo terapéutico en ambulancia; (ii) entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución donde sea atendido y que requieran un servicio no disponible en la institución remisoria; (iii) se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe; (iv) se cubre el servicio de transporte ambulatorio de un medio distinto de la ambulancia, para acceder a una atención contenida en el PBS con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado. En este caso, el paciente no se encuentra en ninguno de los escenarios descritos. Además, Sura EPS cuenta con una amplia red de prestadores de salud en su municipio de residencia por lo que no requiere largos desplazamientos.

12. Sentencia de primera instancia. El 4 de febrero de 2020, el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín, tras corroborar la procedencia de la tutela, profirió decisión de fondo negando el amparo invocado. Fundamentó su decisión en el hecho de que no hubo una orden del médico tratante para el servicio de enfermería de manera permanente, ni para el traslado del paciente en ambulancia para algún procedimiento específico, y por tanto no es posible afirmar que la EPS hubiera incumplido con sus obligaciones con el paciente. Reiteró que corresponde al médico tratante evaluar la condición del paciente, e indicar cuáles servicios son los requeridos, y al juez de tutela, a la dependencia administrativa de la EPS o a los familiares.

13. En conclusión, el despacho indicó que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, tanto el servicio de transporte como el de enfermería, están incluidos dentro del Plan Básico de Salud (PBS) en los términos en que sean ordenados por el médico tratante. Dado que no existe tal orden médica, no hay omisión de la EPS ni vulneración de los derechos fundamentales del paciente. Tampoco hay lugar a ordenar el tratamiento integral pues no se evidenció la existencia de algún examen, procedimiento o consulta que se hubiera negado.

14. Impugnación. El 11 de febrero de 2020, la agente oficiosa radicó impugnación de la tutela de primera instancia. Reiteró el diagnóstico que padece José, incluyendo la gastrostomía y traqueostomía, por lo que a su juicio requeriría un cuidado especial con particular atención al aseo. Señaló que debido a su condición tiene movilidad reducida y dependencia total para el cuidado personal y el desplazamiento. Agregó que en la actualidad Ana y José están separados de cuerpo aunque no han adelantado el proceso de divorcio. De ahí que José –a la fecha de la impugnación– vive con sus padres quienes son adultos mayores.

15. Indicó que la EPS Sura exige el MIPRES con el requerimiento del servicio de atención médica domiciliaria por enfermería, por lo que en diversas ocasiones lo han solicitado a los médicos tratantes. Sin embargo, dicha solicitud ha sido negada reiteradamente bajo el argumento de que el sistema no lo permite.

16. Sentencia de segunda instancia. El 6 de marzo de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín confirmó íntegramente la decisión de primera instancia. Con fundamento en la Sentencia T-096 de 2016, y tras corroborar que en el caso concreto los médicos tratantes no ordenaron el servicio de enfermería de manera permanente, ni el traslado del paciente en ambulancia para algún procedimiento específico, concluyó que la accionada no estaba vulnerando los derechos fundamentales del agenciado. En relación con la petición de enfermería en casa, manifestó que “la Honorable Corte Constitucional ha sido muy clara en que se trata de un servicio que debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente y su círculo social más cercano”. Agregó que, en caso de que el juez constitucional acceda al servicio sin que medie una orden médica, estaría sobrepasando su competencia y ámbito de experticia.

3. Actuaciones en sede de revisión

17. Mediante auto del 18 de marzo de 2024 y con el ánimo de conocer el estado actual de salud en el que se encuentra el agenciado, el despacho sustanciador solicitó a la agente oficiosa que informara: “(i) ¿cuál es el estado actual de salud en el que se encuentra José? (ii) ¿ha recibido por parte de Sura EPS el servicio de ambulancia o transporte? en caso negativo, indique (a) si aún persiste la necesidad de dicho servicio, es decir, ¿cuál es el servicio de salud ordenado por el médico tratante al que debe desplazarse? (b) ¿cuenta con autorización por parte de la EPS Sura para dicho servicio de salud?, (c) ¿dónde está ubicada la IPS

asignada por Sura EPS para la prestación de dicho servicio?, y (d) ¿en dónde está domiciliado el agenciado?; (iii) ¿ha recibido por parte de Sura EPS el servicio de enfermería?, en caso negativo, indique (a) si aún persiste la necesidad de dicho servicio, (b) si cuenta con prescripción médica o si existió ratificación posterior de la misma por parte del médico tratante".

18. Adicionalmente, requirió a Sura EPS para que informara "(i) ¿cuál es el diagnóstico y condición actual del paciente José?; (ii) ¿qué servicios de salud ha autorizado frente a este paciente y a qué IPS ha asignado la prestación de estos servicios?". Transcurrido el término de ejecutoria del auto de pruebas, Sura EPS guardó silencio.

20. Señaló que no ha recibido por parte de Sura EPS los servicios de enfermería, ambulancia o transporte. Estos servicios y sus costos fueron asumidos por la familia. Sin embargo, aún persiste la necesidad de cubrir el transporte a citas con los especialistas que no se pueden realizar de manera virtual, como la valoración por neurología o urgencias cuando se agrave su situación.

21. Indicó que no cuenta con orden para el servicio de enfermería, pese a haberlo solicitado con urgencia y prioridad. Actualmente, José recibe valoración mensual de manera virtual, y cada tres meses de manera presencial en la casa. Agregó que la IPS asignada por Sura EPS se encuentra en el mismo municipio en donde reside José, esto es, Medellín.

22. Por último dijo que los médicos tratantes no han autorizado el servicio de enfermería ni de transporte, pese a que lo han solicitado y su familia no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir por su cuenta los servicios de salud.

. CONSIDERACIONES

23. Competencia. Esta Sala es competente para conocer de los fallos de tutela en sede de revisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. 1. Problema jurídico y estructura de la decisión

24. De acuerdo con la pretensión y los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, la Sala de Revisión deberá resolver si el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín falló

adecuadamente la tutela al confirmar íntegramente el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín, mediante el cual negó el amparo solicitado contra la EPS Sura; o si, por el contrario, la EPS Sura vulneró el derecho a la salud de José al no otorgar la autorización y prestación de los servicios de transporte y enfermería, y por tanto corresponde a esta Sala revocar o modificar la decisión de instancia.

25. Para dar respuesta al problema jurídico, la Sala revisará los requisitos de procedencia de la tutela (2); dado que estos resulten satisfechos, reiterará el alcance del derecho fundamental a la salud y la cobertura pública de servicios y prestaciones (3); abordará los requisitos para que proceda el servicio de transporte para el paciente (4); reiterará la jurisprudencia relevante en relación con el servicio de acompañamiento de pacientes, distinguiendo entre auxiliares de enfermería y cuidadores (5); y, por último, resolverá el caso concreto (6).

2. Análisis de los requisitos generales de procedencia

26. Legitimación en la causa por activa. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, ante los jueces la protección preferente e inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2067 de 1991, señala que “también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de estos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

27. De ahí que la jurisprudencia de la Corte ha definido como elementos esenciales de la agencia oficiosa, por un lado, la manifestación del agente oficioso de actuar en tal calidad; y, por el otro, que el titular de los derechos fundamentales invocados no esté en condiciones, físicas o mentales, para promover su propia defensa.

28. En el caso concreto, la tutela es presentada por Ana, quien manifestó expresamente que actúa en calidad de agente oficiosa de José, quien, según su diagnóstico, sufre de epilepsia con secuelas de trauma encéfalo-craneano, y además, es un “paciente comatoso, no realiza ninguna actividad, totalmente dependiente para todos sus cuidados”. En consecuencia, se encuentra acreditada la agencia oficiosa, y por tanto, la legitimidad en la causa por activa,

pues de la historia clínica se desprende que el agenciado se encuentra en imposibilidad física de defender sus derechos por sí mismo.

29. Legitimación en la causa por pasiva. La legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la aptitud legal del particular contra quien se dirige el amparo, para ser llamado a responder por la alegada vulneración o amenaza del derecho fundamental. El precitado artículo 86, en concordancia con los artículos 1º y 13 del Decreto 2591 de 1991, establece que la tutela procede contra la acción u omisión de cualquier autoridad. Adicionalmente, el artículo 42.2 del Decreto Ley 2591 de 1991, indica que la tutela procede contra acciones u omisiones de particulares "cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud".

30. En el caso concreto, la tutela se interpuso en contra de la EPS Sura. El objeto social de la EPS Sura es la prestación de servicios de salud, y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente es la entidad que administra el servicio de salud de José, quien cuenta con el programa de atención denominado Salud en Casa con dicha EPS. En consecuencia, se acredita la legitimación en la causa por pasiva de esta EPS.

31. Inmediatez. El presupuesto de inmediatez se refiere a que la tutela haya sido interpuesta en un término razonable desde la afectación del derecho fundamental invocado. Esta Sala pudo verificar que el diagnóstico de José es el de una enfermedad catastrófica, grave y degenerativa, y que además, sigue sin recibir los servicios de enfermería y ambulancia que pretende con la tutela. Para solicitar la prestación de los servicios médicos, Ana elevó solicitud a Sura EPS el 15 de abril de 2019, y solo hasta el 17 de junio siguiente recibió respuesta de la EPS requerida en la cual se le informó que se ordenaría visita domiciliaria por parte del equipo de la IPS Terapias Integrales Domiciliarias S.A.S. con la finalidad de verificar si el servicio solicitado resultaba necesario. Tras considerar que el servicio no había sido prestado, el 5 de diciembre de 2019 Ana presentó tutela contra Sura EPS, es decir, poco menos de cinco meses después de haber recibido la respuesta. Este término no supera los seis meses que ha considerado la jurisprudencia constitucional como razonable para acudir a la tutela, pero además, porque la respuesta de la EPS no fue concluyente frente al término para valorar la necesidad del servicio y su prestación. Lo anterior, aunado a la permanencia en el tiempo de la necesidad del servicio y la posible afectación al derecho fundamental a la salud del agenciado, corroboran el cumplimiento del requisito de inmediatez.

32. Subsidiariedad. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que (i) no exista un medio de defensa judicial; (ii) aunque exista, este no sea eficaz en las circunstancias en las que se encuentra el accionante, o (iii) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales.

33. Para efecto de las reclamaciones en materia de servicios y tecnologías excluidas del plan de beneficios, el legislador ha previsto un medio judicial al que pueden acudir los usuarios del sistema de seguridad social en salud. En efecto, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con las facultades propias de un juez, los conflictos entre los usuarios y las entidades administradoras de planes de beneficios y/o entidades que se le asimilen, por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud (lit. e).

34. Del mismo modo, dicha disposición establece que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Además, que en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad, razón por la que la demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial u otro medio de comunicación escrito. Tampoco será necesario actuar por medio de apoderado, sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación.

35. Adicionalmente, la norma señala un término de veinte días -contados desde la radicación de la demanda-, para que la Superintendencia emita la sentencia a que hubiere lugar, sin perjuicio de que, antes de esta, adopte en ejercicio de la función jurisdiccional, medidas cautelares tales como la de ordenar las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.

36. El parágrafo 1 del mismo artículo 6, por su parte, establece que la sentencia podrá ser apelada dentro de los tres días siguientes a su notificación y que en caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante. Sin embargo, dicha disposición no establece un término para la decisión del recurso de apelación, el cual, por otra parte, se tramita en el efecto suspensivo.

37. Conviene recordar que esta competencia jurisdiccional para resolver conflictos de los usuarios con las entidades administradoras de planes de beneficios y/o entidades que se les asimilen, coexiste con las competencias de inspección, vigilancia y control sobre las entidades promotoras de salud, a que se refieren los artículos 35 y siguientes de la Ley 1122 de 2007, lo cual se traduce en una competencia reforzada que podría incrementar la eficacia del mecanismo judicial a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

38. Así las cosas, los usuarios disponen de un mecanismo de defensa judicial para tramitar sus conflictos con las entidades administradoras de planes de beneficios y/o entidades que se les asimilen por la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios. Por esta razón, en principio, la acción de tutela no resulta procedente, salvo que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable o que el mecanismo judicial a cargo de la Superintendencia no resulte eficaz atendiendo a las circunstancias en que se encuentren los accionantes.

39. En todo caso, el juez de tutela debe valorar la circunstancia de que, si bien el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud debe resolverse en un término de veinte días, cuando se trata de conflictos por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, la posibilidad de apelar la decisión ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante, le hace perder toda la eficacia a este medio de defensa porque dicho trámite no sólo no tiene establecido un término para resolver el recurso sino que debe tramitarse en el efecto suspensivo.

40. En el mismo sentido, en la Sentencia SU-508 de 2020 la Corte concluyó que el mencionado mecanismo no siempre es idóneo ni eficaz teniendo en cuenta las situaciones normativas y estructurales señaladas en dicha oportunidad.

42. Como se mencionó anteriormente, la Sala Plena señaló que “el legislador omitió

reglamentar lo relativo a la interposición de recursos (o acceso a la segunda instancia)", pues a pesar de que el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estableció que las decisiones adoptadas por la Superintendencia podrán ser apeladas y que, estos recursos, serán tramitados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, lo cierto es que la disposición normativa no consagró cuál es el término en el que se deberá resolver la apelación. Por esta razón, la Corte Constitucional concluyó que existía "una indefinición en el tiempo que demora una decisión y, por tanto, consecuencias negativas en la defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud".

43. Sobre este punto, es preciso recordar que en la Sentencia T-603 de 2015, la Sala Quinta de Revisión exhortó al Congreso de la República a que regulara "el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con la competencia que les asignó el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales".

44. En segundo lugar, sobre la situación estructural, en la Sentencia SU-508 de 2020, la corporación puso de presente que la Superintendencia había reconocido que "a) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez días que otorga como término la ley; b) existe un retraso entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico –por ejemplo, reclamaciones por licencias de paternidad–; c) la Superintendencia de salud no cuenta en sus regionales con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá –en especial, carece de personal especializado suficiente en las superintendencias regionales y existe una fuerte dependencia de la sede en el Distrito Capital".

45. Si bien dicha situación corresponde al año 2018, la Sala considera necesario subrayar que actualmente, de acuerdo con la página de la Superintendencia de Salud, los procesos que deben ser resueltos por ella tienen una demora estimada de más de un año. Según la información reportada por la entidad en su informe de cumplimiento del Plan Anual de Gestión (PAG) de 2022, a diciembre de 2022 se estaban decidiendo los casos iniciados en el último trimestre de 2021, es decir, después de más de doce meses. Por lo tanto, los riesgos a

la salud o a la vida deben valorarse en relación con el tiempo que dura un proceso en la Superintendencia de Salud y reconociendo que, en principio, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, dicho trámite debería ser resuelto en los veinte días siguientes a la radicación de la demanda.

46. Además de las razones asociadas a la congestión y la consecuente mora en la decisión de los asuntos sometidos al conocimiento de la Superintendencia, la Corte ha identificado algunos supuestos en los que la tutela resulta ser el mecanismo adecuado para la protección inmediata de los derechos de los usuarios del sistema de salud, como los señalados en la Sentencia SU-124 de 2018, oportunidad en la que precisó que la tutela será procedente cuando:

“a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.

b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.

c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.

d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad” (énfasis añadido).

47. En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en las circunstancias descritas, el medio de defensa judicial ante la Superintendencia de Salud no es eficaz para resolver las solicitudes que pretenden la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Sala pone de presente que dichas circunstancias no han sido superadas y que la Superintendencia continúa en mora, de acuerdo con sus propios informes de gestión, al punto de que tarda más de un año en resolver las solicitudes que les son presentadas, a pesar de que deberían ser resueltas en veinte días. Adicionalmente, en tanto el contexto normativo no ha cambiado, los derechos fundamentales de los usuarios podrían no ser oportunamente protegidos si no se adoptan medidas cautelares dentro de dicho procedimiento, lo que genera que ese

mecanismo ordinario no siempre sea eficaz en los supuestos indicados jurisprudencialmente, razón por la que ha de entenderse que la tutela en tales casos resulta ser el medio de defensa procedente para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los accionantes.

48. En el caso concreto, para la Sala es claro que el mecanismo ante la Superintendencia de Salud no resulta idóneo ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del agenciado, teniendo en cuenta su condición de salud y que la mencionada entidad tardaría más de un año en resolver dicha solicitud. En efecto, este término constituye una carga desproporcionada para un paciente como José quien fue diagnosticado con una enfermedad grave, catastrófica y degenerativa, y que por tanto depende completamente del cuidado de su familia. Máxime si se tiene en cuenta que tras la separación de su pareja y la muerte de su madre, quedó bajo el cuidado principal de su padre de 72 años quien tiene un diagnóstico de cáncer de próstata, y de su hermano Pedro quien trabaja para atender sus gastos.

3. El derecho fundamental a la salud y la cobertura de servicios y prestaciones a cargo del sistema de salud. Reiteración de la jurisprudencia.

49. El artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2009, señala que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud.

50. Se trata de un derecho que tiene dos facetas. Por un lado, es un fin esencial y un servicio público a cargo del Estado, que debe ser prestado de forma oportuna, eficiente y con calidad, con fundamento en los principios de continuidad e integralidad. Por el otro, se trata de un derecho fundamental, reconocido como tal en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” . El artículo 2º de esta ley señala que:

Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

||Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

51. Esta Ley estableció, en los artículos 6 y 8, los elementos y principios que componen el derecho fundamental a la salud, los cuales deben entenderse de manera armónica, siendo estos: la integralidad; disponibilidad; aceptabilidad; accesibilidad; calidad e idoneidad profesional; universalidad; pro homine; equidad; continuidad; oportunidad; prevalencia de derechos; progresividad del derecho; libre elección; sostenibilidad; solidaridad; eficiencia; interculturalidad; protección a los pueblos y comunidades indígenas, Rom y negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras.

52. Por ser relevantes para resolver el caso concreto, la Sala transcribirá los principios de disponibilidad, accesibilidad, continuidad e integralidad:

“Artículo 6º. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud (…).

a. a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente.

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

Artículo 8º. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de

manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud de usuario. ||En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

53. Por otra parte, la Ley Estatutaria de Salud distribuyó las cargas del cuidado de la salud entre el Estado y otros agentes, como las familias, aunque prevé un incremento progresivo en las tareas asumidas por el primero. Al respecto, la garantía del derecho a la salud se concreta en un plan de beneficios exigible a cargo del Estado, a la vez que existen otros servicios y tecnologías que no están incluidos en el plan y por lo tanto, corresponde asumirlos a las personas, incentivando de esa manera la corresponsabilidad de los individuos y las familias. Lo anterior se concreta en los literales g) y j) del artículo 6º de la Ley Estatutaria de Salud que contemplan los principios de sostenibilidad, según el cual, el sistema está basado en el apoyo entre las personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades; y progresividad, esto es, que el Estado promoverá la ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud.

54. El modelo anterior, contemplado en la Ley 100 de 1993, diferenciaba entre los medicamentos y los tratamientos expresamente incluidos, los expresamente excluidos y sobre los que se hubiera guardado silencio; y solo en el caso de que estuvieran expresamente incluidos podría suministrarse o prestarse el servicio. Este enfoque fue matizado por la jurisprudencia constitucional que incluyó el concepto de necesidad, el cual implicaba revisar la capacidad económica del paciente o sus familiares. En estos casos, podría acudirse a la tutela para solicitar tratamientos, medicamentos, insumos o servicios siempre que se comprobara: (i) que la falta del servicio amenazara o vulnerara los derechos a la vida, la integridad personal o la vida digna; (ii) que el medicamento o tratamiento excluido no pudiera remplazarse por otro que sí figurara en el Plan Obligatorio de Salud –POS–; (iii) que el paciente no tuviera capacidad de pago para sufragar el servicio; y (iv) que el medicamento o tratamiento hubiera sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encontrara afiliado el demandante.

55. La Ley 1751 de 2015 reemplazó el plan obligatorio de salud por el plan de beneficios en salud (PBS), el cual invirtió el sistema de exclusión, de tal forma que todos aquellos servicios y tecnologías de salud que no estén expresamente excluido del PBS se entenderán incluidos y, en consecuencia, los usuarios tendrán derecho a su prestación. En este sentido, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece en el inciso primero una garantía general del derecho a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías de salud. Por su parte, los incisos segundo, tercero y cuarto definen el conjunto de servicios y tecnologías excluidos de financiación con recursos públicos de la salud y los parámetros para fijar la lista de exclusión, señalando que corresponde precisarlos al Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente, previo procedimiento técnico-científico. Además, en la Sentencia C-313 de 2014 la Corte declaró condicionalmente exequible el artículo 15 "en el entendido de que no puede dar lugar a menoscabar la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales".

56. De acuerdo con lo anterior, la exclusión de servicios o tecnologías de salud es posible cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que corresponda a alguno de los eventos contemplados en el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015; (ii) que esté contenida en la lista de exclusiones consolidada por el Ministerio de Salud, derivada de un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. Y (iii) que en la exclusión no opere una de las excepciones contenidas en las reglas fijadas por esta Corporación, entre otras, en las sentencias SU-480 de 1997, T-237 de 2003, reiteradas en la C-313 de 2014 y SU-508 de 2020.

4. El servicio de transporte para el paciente.

57. Si bien el servicio de transporte no cura la enfermedad, ni constituye una prestación médica o un servicio de salud en estricto sentido, sí puede resultar indispensable para garantizar la accesibilidad a los servicios de salud. De ahí que, en virtud del principio de accesibilidad reconocido en el literal c) del artículo 6º de la Ley Estatutaria de Salud, el Estado debe asegurar su financiación o suministro en determinadas circunstancias según las condiciones particulares de los usuarios y la oferta de los servicios.

58. La Corte ha precisado que se presume que en los lugares en los que no se paga la prima por dispersión geográfica, existe disponibilidad de infraestructura y de servicios necesarios

para la atención integral en salud que requiere todo usuario, por lo que la EPS debe contar con una red integral de prestación de salud completa. De ahí que, cuando un paciente es remitido a una Institución Prestadora de servicios de Salud –IPS– ubicada en un municipio diferente al de su domicilio, el transporte deberá asumirse por parte de la EPS con cargo a la UPC, “so pena de constituirse una barrera de acceso”.

59. En la Resolución 2366 de 2023 se consagra el transporte o traslado de pacientes en los siguientes términos:

Artículo 106. Traslado de pacientes. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada), en los siguientes casos:

1. 1. 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 ambulancia.

2. 2. Entre IPS 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, cuando requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora, incluyendo, para estos casos, el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio 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.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria, si el médico así lo prescribe.

Artículo 107. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte (intramunicipal o intermunicipal) en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el área de residencia (rural/urbano) o en el municipio de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Parágrafo. Las EPS o las entidades que hagan sus veces, igualmente deberán pagar el

transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia, para recibir los servicios mencionados en el artículo 11 de este acto administrativo, o cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces, no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces, recibe o no una UPC diferencial.

60. Pueden entonces diferenciarse dos modalidades de transporte, uno intraurbano y otro intermunicipal. El primero corresponde al traslado del paciente dentro del mismo municipio, y su prestación no está cubierta por el PBS con cargo a la UPC, por lo que el paciente o su red de apoyo deben asumir el costo correspondiente. Solo excepcionalmente la EPS debe garantizar este servicio cuando verifique: (i) que el médico tratante determinó que el paciente necesita el servicio; (ii) que el paciente y su red de apoyo no tienen los recursos necesarios para pagar el costo del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad o la salud del accionante.

61. El segundo, esto es, el transporte intermunicipal, corresponde al traslado entre el municipio donde reside el paciente y aquel en donde se va a prestar el servicio de salud. Las EPS tienen la obligación de autorizar el servicio de transporte "cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS [hoy PBS]".

62. Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que no es exigible la acreditación de la falta de capacidad económica para autorizar el pago de los gastos de transporte intermunicipal para la prestación de los servicios incluidos en el PBS; y tampoco es necesaria una orden médica, puesto que la propia dinámica del funcionamiento del sistema implica (i) la prescripción de un servicio de salud por parte del médico tratante, (ii) la autorización por parte de la EPS; y (iii) la prestación efectiva del servicio de salud.

63. Más aún, no puede exigirse una orden médica pues al momento en que el médico tratante prescribe un servicio, se desconoce el lugar donde este será prestado, pues esto solo se definirá cuando el usuario, en un momento posterior, "acude a solicitar la autorización del servicio y es allí donde la EPS, de conformidad con la red contratada, asigna

una IPS que puede o no ubicarse en el lugar de domicilio del afiliado. Es en esa oportunidad donde se logra conocer con certeza la identidad y lugar de ubicación del prestador y, por tanto, donde surge la obligación de autorizar el transporte".

5. El servicio de acompañamiento de pacientes: auxiliares de enfermería y cuidadores. Reiteración de jurisprudencia.

64. Hacen parte de las tecnologías y servicios del PBS, aquellos correspondientes a la atención domiciliaria, definida en el numeral 7 del artículo 8 de la Resolución 2366 de 2023 como el "conjunto de procesos a través de los cuales se materializa la prestación de servicios de salud a una persona en su domicilio o residencia, correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural".

65. Dentro de esta categoría se encuentra el servicio de enfermería, consistente en la atención de una persona que asiste al paciente en la realización de procedimientos que solo podría brindar personal con conocimientos especializados en salud, y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente. Este servicio es una alternativa a la atención hospitalaria institucional.

66. Sobre este servicio médico, la Sentencia SU-508 de 2020 precisó que "se circunscribe únicamente al ámbito de la salud, y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador". En línea con lo anterior, el numeral 22 del artículo 8 de la Resolución 2366 de 2023 define la enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida como "aquella que es de larga duración, ocasiona grave pérdida de la calidad de vida, demuestra un carácter progresivo e irreversible que impide esperar su resolución definitiva o curación y es diagnosticada por un profesional en medicina".

67. Con fundamento en las consideraciones anteriores, ha concluido la jurisprudencia constitucional que, si existe prescripción médica, el juez de tutela puede ordenar directamente el servicio de enfermería. En cambio, cuando no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional puede amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico si advierte su necesidad. La protección en faceta de diagnóstico consiste en ordenar el "acceso a una valoración, técnica, científica y oportuna que aclare la situación de

salud del paciente y los tratamientos que va a requerir”, y se compone de las siguientes etapas: (i) la identificación se refiere a la identificación de la patología que padece el paciente y comprende la práctica de ayudas diagnósticas; (ii) la valoración es la determinación del tratamiento médico adecuado para el paciente a partir del análisis de los resultados médicos obtenidos; y (iii) la prescripción es la emisión de las órdenes médicas pertinentes y adecuadas para el inicio oportuno del tratamiento.

68. La prescripción del servicio de enfermería constituye un acto médico, y por tanto, es el profesional de la salud tratante quien cuenta con la formación académica necesaria para valorar la procedencia científica de un tratamiento a la luz de las circunstancias particulares de cada paciente, por lo que es el apto para determinar la idoneidad y necesidad de un servicio.

69. Ahora bien, como una modalidad diferente en el acompañamiento domiciliario de los pacientes se encuentra la figura del cuidador, que, a diferencia del servicio de enfermería, no constituye una prestación especializada en salud. De conformidad con el artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, el cuidador es “aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero”. Su función principal es ayudar en el cuidado del paciente para satisfacer las necesidades básicas, más que dirigirse al restablecimiento de la salud y, por tanto, no sustituye el servicio de atención paliativa o domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el PBS cubierto por la UPC.

71. Por regla general, este es un servicio que debe ser cubierto por los miembros del núcleo familiar del paciente en virtud del principio de solidaridad. Sin embargo, y sólo excepcionalmente, una EPS podría prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones. Primero, que haya certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio, lo cual no equivale a contar con una orden médica que prescriba el servicio. Tal necesidad puede inferirse a partir de un diagnóstico médico cierto y actual, o de las anotaciones que el médico realiza en la historia clínica del paciente. Segundo, que el servicio no pueda ser asumido por el núcleo familiar del paciente, bien porque (i) no cuenta con la capacidad física para apoyar directamente al paciente en razón de su edad o enfermedad, o porque no pueden disponer del tiempo pues deben suplir otras obligaciones básicas, como

proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; o bien porque (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente; o, en fin, porque (iii) carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.

72. En todo caso, la prestación del servicio del cuidador en la actualidad, cuando es excepcionalmente asumida por una entidad del sistema general de seguridad social en salud, debe ser reconocida por la Adres mediante el proceso de recobro previsto en el numeral 8 del artículo 39 de la Resolución 1885 de 2018. En efecto, el parágrafo 2 de dicho numeral, señala que "en el evento que el fallo de tutela no ordene expresamente el servicio de cuidador ni determine el tiempo durante el cual la EPS o EOC debe garantizar el mismo, la entidad recobrante deberá aportar en el trámite del recobro/cobro certificación expedida por el médico tratante que dé cuenta de la dependencia funcional del afiliado que recibe el servicio de cuidador, la cual será actualizada anualmente, cuando el servicio de cuidador se preste por más de doce (12) meses".

73. Ahora bien, cuando se encuentran acreditados los supuestos y con fundamento en el derecho fundamental a la vida digna y la salud del paciente, esta corporación ha ordenado la prestación del servicio de atención domiciliaria en la modalidad del cuidador. Así pues, en la Sentencia T-065 de 2018 la Sala Novena de Revisión amparó los derechos de una paciente con diagnóstico de epilepsia generalizada, parálisis cerebral, cuadriparesia, retraso mental grave y prematurez extrema; quien, a través de su madre, solicitó el servicio de enfermería domiciliaria permanente pese a no contar con prescripción médica. En este caso, en ejercicio de las facultades ultra y extra petita del juez de tutela, la Sala concedió el servicio del cuidador, aunque no el de enfermería.

74. En la Sentencia T-423 de 2019 la Sala Sexta de Revisión amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante quien tenía un diagnóstico de insuficiencia renal crónica en fase terminal, hipertensión, diabetes mellitus y ceguera bilateral, pese a que no tenía orden médica. El amparo se fundamentó en las condiciones particulares de movilidad, su diagnóstico y el hecho de que su hija –y cuidadora– debía trabajar para solventar sus necesidades económicas y no podía disponer de su tiempo al cuidado de la accionante.

75. En la Sentencia T-264 de 2023, la Sala Octava de Revisión concedió el amparo de los derechos del accionante quien a sus 92 años padecía de varias patologías asociadas a su avanzada edad. Para ello, concedió el servicio del cuidador tras acreditar que el accionante era una persona de especial protección constitucional, contaba con orden médica –aunque hubiera sido expedida un año antes de haber interpuesto la tutela-, y no contaba con una red familiar.

76. Por su parte, en la Sentencia T-005 de 2023, la Sala Sexta de Revisión conoció cuatro casos de tutela promovidos por accionantes con enfermedades crónicas o degenerativas que solicitaban la prestación del servicio de enfermería –además de otras prestaciones– que les había sido denegado con el argumento de no contar con prescripción médica para ello. Si bien la Sala estableció que los accionantes eran sujetos de especial protección constitucional, de las pruebas aportadas no era posible establecer con certeza la oportunidad, modalidad o periodicidad del servicio, razón por la que amparó el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.

77. En la Sentencia T-353 de 2023 la Sala Sexta de Revisión conoció el caso de una accionante que había sido diagnosticada desde el nacimiento con "'epilepsia, síndrome de Beckwith Wiedemann, onfalocele, escoliosis, dismenorrea, incontinencia mixta' y otras patologías que le impedían realizar, de manera autónoma, las actividades diarias necesarias para su subsistencia". En aquella oportunidad, la Sala constató que concurrían los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la prestación del servicio de cuidador, aun cuando no había una orden médica que respaldara la prestación, a saber: (i) la certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador –derivada del diagnóstico médico cierto y actual consignada en la historia clínica–; y (ii) la imposibilidad material del núcleo familiar de la paciente para asumir su cuidado, derivado de la falta de recursos físicos, materiales y económicos para ello.

78. En la Sentencia T-150 de 2024, la Sala Sexta de Revisión conoció cuatro tutelas acumuladas sobre la presunta vulneración de los derechos a la salud, integridad física y la vida en condiciones dignas de los accionantes, como consecuencia de la falta de suministro de varios servicios médicos, entre los que se encontró la falta del servicio complementario del cuidador. Encontró la sala que los jueces de instancia negaron el servicio porque este no fue ordenado por los médicos tratantes, y no concurrían en los pacientes y sus familias las

condiciones para ser ordenado mediante tutela. En esa ocasión, la Sala no solo amparó los derechos fundamentales, sino que advirtió que, con frecuencia, los profesionales de la salud, las entidades prestadoras de servicios de salud y los jueces de tutela no aplican los criterios jurisprudenciales para determinar en qué casos el servicio del cuidador debe ser asumido por el Estado. Por lo anterior, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social a que diseñe y adopte medidas de política pública dirigidas, por un lado, a garantizar que los profesionales de la salud valoren, con criterios objetivos, si sus familiares están en posibilidad material de prestarles los cuidados primarios que requieren. Y por otro lado, a que las personas en situación de pobreza, puedan asumir el cuidado de los familiares que requieren el servicio de cuidador.

79. En conclusión, dentro del conjunto de atenciones que se pueden prestar en el domicilio del paciente, se encuentran el servicio de enfermería y el de cuidador. El primero, por tratarse de un servicio de salud, requiere una orden proferida por el profesional médico correspondiente pues, en caso contrario, el juez constitucional solo podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. El segundo, dado que no se trata, en estricto sentido, de un servicio de salud, por regla general debe ser asumido por el usuario o su familia y solo se podrá ordenar transferir dicha carga al Estado cuando se acredite con certeza la necesidad del paciente de recibir este servicio, así como la imposibilidad de que sea asumido por el núcleo familiar del paciente. En estos casos excepcionales, el servicio deberá ser financiado con cargo a los recursos, programas o servicios que se determinen de conformidad con la política pública de seguridad social que adopte el Estado.

6. Análisis del caso concreto

80. En esta oportunidad, en calidad de agente oficiosa, Ana solicitó la protección de los derechos de José a su salud e integridad física, presuntamente vulnerados por Sura EPS al abstenerse de autorizar los servicios de transporte intraurbano y de enfermería a José. Al expediente allegó la historia clínica en la que consta que el paciente tiene un diagnóstico de epilepsia, con secuelas de trauma encéfalo-craneano severo con efectos motores y cognitivos graves con total dependencia para las actividades de autocuidado y los desplazamientos, además, cuenta que es un “paciente comatoso” con traqueostomía y gastrostomía.

81. En las sentencias de primera y segunda instancia se negó el amparo con fundamento en que no existía orden médica para el traslado ni para el servicio de enfermería. Frente al primero de estos, los jueces señalaron que además no obraba prueba de algún procedimiento en concreto al que el agenciado debiera desplazarse.

83. Ahora bien, el accionante a través de su agente oficiosa se limitó a solicitar el servicio de ambulancia para aquellas citas médicas que no se puedan realizar de forma virtual, como la valoración por neurología o la atención de urgencia cuando la requiere. Sin embargo, afirmó que recibe actualmente una valoración mensual de manera virtual y cada tres meses de manera presencial en la casa, y que la IPS asignada por Sura se encuentra en el mismo municipio donde reside el paciente, esto es, en Medellín.

84. La Sala no comparte el razonamiento adelantado por los juzgados de instancia que se limitaron a negar el servicio de transporte con el único argumento de que este no había sido ordenado por el médico tratante. Esta afirmación desconoce que hay eventos en los cuales, pese a la falta de orden médica, es posible garantizar el servicio de transporte. Justamente, por la naturaleza dinámica del funcionamiento del sistema, es posible que haya una prescripción de un servicio de salud por parte de un médico tratante para cuya prestación el paciente requiera ser trasladado, pero el médico no ordena el servicio de transporte por desconocer la IPS en la que se hará la prestación efectiva del servicio de salud.

85. De ahí que el juez deberá valorar si se trata de una solicitud de transporte interurbano, en cuyo caso corresponderá a la EPS (mientras no se determine otra fuente de financiación), prestar el servicio siempre que se verifique que: (i) el médico tratante determinó que el paciente necesita el servicio; (ii) el paciente y su red de apoyo no tienen los recursos necesarios para pagar el costo del traslado; y (iii) de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad o la salud del accionante. Por su parte, cuando se trata de un transporte intermunicipal, el servicio de transporte se encuentra comprendido en los servicios del PBS, y por tanto, las EPS tienen la obligación de prestar el servicio cuando ellas mismas autorizaron la práctica de un procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente.

86. Dicho esto, corresponde analizar si concurren las condiciones para que, en este caso, el juez de tutela ordene el servicio de transporte. Al respecto, la Sala observa: (i) que el servicio

de transporte pretendido es intraurbano, pues tanto la residencia del agenciado como la IPS se encuentran en el mismo municipio, que, de acuerdo con la respuesta de Sura EPS, se trata de Medellín, una ciudad capital que cuenta con una amplia red de prestadores de salud; (ii) aunque Ana manifestó que el paciente debía acudir a citas de neurología, o eventualmente desplazarse cuando se tratara de una situación de urgencia, no se allegó información de ningún procedimiento concreto al que el paciente deba desplazarse. En cambio, se afirmó en el expediente que el agenciado recibe una cita virtual al mes y cada tres meses una presencial en su casa. Lo anterior no descarta que pueda haber lugar a la prestación del transporte, a través de la ambulancia básica o medicalizada, cuando se presenten los eventos de que tratan los artículos 106 y107 de la Resolución 2366 de 2023.

87. Por otra parte, no se probó que el paciente o su red de apoyo no cuenten con los recursos necesarios para pagar el costo del traslado, pues si bien se afirmó que el núcleo familiar tiene dificultades económicas, no se acreditó la imposibilidad de asumir el costo del eventual traslado interurbano. Y, finalmente, tampoco se acreditó que, de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, integridad o salud del accionante, pues, se reitera, no hay evidencia de algún servicio médico que tenga que ser prestado fuera de su domicilio y, sin el cual se pueda afectar la vida o salud del paciente.

88. En consecuencia, en las actuales circunstancias, no hay lugar a ordenar la prestación del servicio de transporte al agenciado, razón por la que la Sala encuentra conforme a derecho la decisión de negar el servicio de transporte adoptada en la sentencia del 6 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante la cual se confirmó integralmente la decisión de primera instancia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín.

89. Sin perjuicio de lo anterior, del escrito de tutela se infiere que cuando la agente oficiosa se refiere a la necesidad de un servicio de transporte incluye también la dificultad de trasladar al paciente por su limitada o nula movilidad. En este sentido, se trataría de una barrera de acceso a los servicios de salud relacionada con los apoyos y el acompañamiento al paciente necesarios para garantizar sus desplazamientos. En consecuencia, se trata de una pretensión estrechamente relacionada con el servicio de enfermería, que se aborda a continuación.

90. Al respecto, tal como se expuso en el apartado 5, y contrario a lo afirmado en las sentencias de instancia, el servicio de enfermería es uno de los servicios de la atención domiciliaria que hace parte del PBS y corresponde a un acompañamiento cualificado, pues es un servicio de salud que sólo puede ser ordenado por el médico tratante. Ante una prescripción médica, el juez de tutela debe disponer directamente su autorización y prestación a cargo de la EPS. Sin embargo, ante la ausencia de la orden médica es posible amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, siempre que se advierta la necesidad de protección del paciente. A través de este amparo, se busca que el paciente acceda a una valoración técnica que permita determinar los servicios de salud que requiere.

91. En este caso, se desprende de la historia clínica que José es un "paciente comatoso" y que padece una enfermedad crónica, grave y degenerativa. Además, ha sido objeto de traqueostomía y gastrostomía, procedimientos quirúrgicos que requieren un manejo particularmente aséptico para reducir los riesgos de infección. De ahí que, como se explicó en el escrito de tutela, los padres de José y su esposa en ese momento, quienes inicialmente asumieron su cuidado, recibieron entrenamiento sobre los protocolos de cuidado requeridos para este tipo de pacientes. Teniendo en cuenta que se trata de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, que afecta intensamente su calidad de vida, corresponde al médico tratante valorar la necesidad del servicio de enfermería, razón por la que se amparará el derecho a la salud del accionante, en su faceta de diagnóstico.

92. Ahora bien, dado que la agente oficiosa pone de presente la necesidad que tiene José de recibir ayuda permanente, es necesario además considerar la posibilidad de que se le asigne un cuidador, aun cuando no se hubiera solicitado expresamente, por dos razones: primero, porque el cuidador es un servicio adecuado para atender las necesidades del agenciado, quien depende totalmente de terceros y, segundo, porque se trata de un servicio complementario que no sustituye el servicio de atención paliativa o domiciliaria a cargo de la EPS.

93. En otras palabras, el servicio de atención domiciliaria puede incluir el servicio de enfermería –para proporcionar una atención profesionalizada–, o el servicio de cuidador –para brindar un apoyo físico y emocional cotidiano que no exige una cualificación profesional y que no es, en estricto sentido, un servicio de salud–, sin que se trate de figuras excluyentes. La definición del servicio requerido entonces deberá partir de la valoración de las

circunstancias concretas del paciente.

94. Actualmente el núcleo familiar de José se ha modificado pues no comparte el mismo techo ni tiene relación conyugal con Ana desde 2018, y el 23 de marzo de 2021 su madre Marta, quien antes compartía el cuidado José, falleció. Por su parte, el padre y cuidador primario del agenciado, fue diagnosticado con cáncer de próstata y tenía –al momento de la contestación del auto de pruebas–, 72 años de edad.

95. Al respecto, la Sala constata que existe certeza médica de la necesidad del paciente de contar con este servicio puesto que, tal como consta en la historia clínica, se trata de un "paciente comatoso, [que] no realiza ninguna actividad, totalmente dependiente para todos sus cuidados" . Además, de conformidad con la historia clínica, el profesional de la salud que atendió en visita domiciliara al paciente consignó dentro de sus recomendaciones el "énfasis en la gran importancia del compromiso de la familia y el cuidador primario en la vigilancia del estado de salud del paciente, cuidados básicos, higiene y aseo, seguridad, control y suministros de medicación y tratamientos (…)".

96. Ahora bien, además de lo anterior, para que proceda conceder el cuidador, es necesario que se acredite que el núcleo familiar –como primer obligado– se encuentra materialmente imposibilitado para otorgar el cuidado, bien sea porque (i) no cuentan con la capacidad física para apoyar directamente al paciente en razón de su edad o enfermedad, o porque no pueden disponer del tiempo pues deben suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; o bien (ii) porque resulte imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente; o, en fin, (iii) porque carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.

97. Así, si bien parece clara la imposibilidad material del padre para proveer el debido cuidado a su hijo teniendo en cuenta su edad y enfermedad, también es cierto que en la tutela se señala que Pedro, hermano del paciente, trabaja para solventar los gastos del hogar. Adicionalmente, hay constancia de que el paciente, sus padres y su hermano "viven en casa propia. Casa estrecha pero con servicios básicos, se evidencian carencias económicas". Asimismo, se afirma que el hermano de José de 32 años es quien trabaja para solventar las necesidades familiares, sin que respecto de él se hubiera informado ninguna

limitación asociada a su salud o sus condiciones económicas. Por último, de conformidad con la Base de Datos Única de Afiliados –BDUA– en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, publicada en página web de la ADRES, José se encuentra afiliado al régimen contributivo en calidad de cotizante. En consecuencia, no puede afirmarse con certeza que la familia carezca de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de un cuidador.

98. Ante la falta de certeza, deben ser los profesionales de la salud y no el juez de tutela, los que valoren la necesidad y modalidad de atención domiciliaria, teniendo en cuenta las necesidades actuales del paciente.

99. En consecuencia, la Sala amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 6 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto confirmó integralmente la decisión de primera instancia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Municipal de pequeñas causas laborales de Medellín, en el sentido de negar el amparo del derecho a la salud frente al servicio de enfermería. En su lugar AMPARAR en su faceta de diagnóstico, los derechos fundamentales a la salud, la integridad física y la vida en condiciones dignas de José por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Sura EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, remita a José a su médico tratante, para que determine los servicios y tecnologías en salud o complementarios que el paciente requiere, incluidos los servicios de enfermería o cuidador. Para el efecto, Sura EPS deberá remover todos los obstáculos administrativos que impidan el cumplimiento de la orden.

TERCERO. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación que suprima de toda publicación del presente fallo los nombres y datos que permitan identificar al accionante, sus familiares y su agente oficiosa.

CUARTO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: sentencia T-284 de 2024

Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Sexta de Revisión, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Estoy de acuerdo con la decisión de revocar parcialmente los fallos de instancia y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental a la salud del accionante. Asimismo, comparto la decisión de negar la prestación del servicio de transporte al actor. Sin embargo, aclaro mi voto porque considero que (1) la Sala debió ordenar directamente a la EPS Sura financiar el servicio de cuidador y (2) el remedio adoptado por la Sala -amparo en la faceta de diagnóstico- es incongruente e ineficaz.

1. 1. La procedencia del servicio de cuidador

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el servicio de cuidador procede cuando: (i)

existe certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio y (ii) se constata la imposibilidad física y la falta de capacidad económica del núcleo familiar para asumir su costo. En este caso, las pruebas que obraban en el expediente demostraban que el accionante cumplía con ambos requisitos. Primero, la historia clínica evidenciaba que el accionante no puede valerse por sí mismo, pues es una persona en estado de coma que, recientemente, requirió una traqueostomía para poder respirar y una gastrostomía para poder alimentarse. Segundo, su familia se encuentra física y económicamente imposibilitada para asumir su cuidado. De un lado, observo que sus padres son personas de la tercera edad, con graves padecimientos de salud, por lo que imponerles el cuidado de su hijo sería desproporcionado. Además, habida cuenta de la gravedad del diagnóstico, el accionante requiere atención médica continua y permanente. Su hermano tampoco se encuentra en condiciones de asumir dicha atención, pues ello implicaría que debería renunciar a su trabajo.

2. La