

DERECHO A LA SALUD-Vulneración ante la negativa de las EPS de suministrar servicios médicos o medicamentos/DERECHO A LA SALUD-Suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud

(...) la negativa de la (EPS accionada) de autorizar y ordenar el servicio de enfermería prescrito por el médico especialista tratante constituye una barrera real y efectiva a la prestación del servicio de salud de la (agenciada) y, por ende, una transgresión de sus derechos fundamentales.

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional como servicio público y como derecho fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para no aplicar la exclusión

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

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

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

ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

BARRERAS ADMINISTRATIVAS-Consecuencias graves en la salud de los usuarios

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede la orden de tratamiento integral

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

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS autorizar el servicio de enfermería domiciliaria en las condiciones que determine el médico tratante

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-336 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.366.269

Asunto: Acción de tutela interpuesta por ELENA, actuando como agente oficioso de la señora ELEONORA, en contra de Salud Total EPS.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado 5 Civil Municipal y el Juzgado 2° Civil del Circuito, ambos de Sincelejo (Sucre), en las que se estudió la presunta vulneración de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud, por parte de Salud Total EPS.

I. ANTECEDENTES

En atención a que en el proceso de la referencia se encuentran involucrado el derecho a la salud de una persona y que, por ende, se puede ocasionar un daño a su intimidad, se registrarán dos versiones de esta sentencia, una con los nombres reales que la Secretaría General de la Corte remitirá a las partes y autoridades involucradas, y otra con nombres ficticios que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 1712 de 2014, 1581 de 2012 y 1437 de 2011, el Reglamento de la Corte Constitucional y la Circular Interna No. 10 de 2022.

A. HECHOS RELEVANTES¹

1. La señora ELENA, como agente oficiosa de su progenitora ELEONORA refiere que aquella tiene 79 años² y que fue diagnosticada con demencia tipo Alzheimer en fase evolutiva tardía, por lo que en la actualidad requiere de asistencia para todas las actividades diarias, ya que presenta dependencia funcional severa, la cual ha desencadenado en otros padecimientos de salud, tales como secuelas en los sistemas nervioso, digestivo y urinario³.

1. Por lo anterior, el 4 de octubre de 2022, el médico fisiatra adscrito a la Clínica Corposucre SAS, como IPS de la red prestadora de servicios de la empresa Salud Total EPS, a la cual se encuentra afiliada como beneficiaria la demandante, le ordenó el servicio de auxiliar de enfermería durante 8 horas al día por el término de 3 meses⁴.

1. Radicada la orden médica el día 7 de octubre de 2022, Salud Total EPS envió un médico general al domicilio de la demandante, con la finalidad de que realizara una valoración de la condición de salud de la señora ELEONORA. Con base en el concepto realizado por este profesional, la citada EPS le negó a la agenciada la autorización del servicio requerido, al considerar que, contrario a la prescripción del especialista, el estado de salud de esta última no justificaba brindar la atención en enfermería⁵.

1. La señora ELENA informó que es la única cuidadora de sus padres, por lo que, en la actualidad, presenta un diagnóstico de trastorno de ansiedad, puesto que no cuenta con una red de apoyo familiar que le ayude en el cuidado especializado que requiere un paciente con secuelas físicas que dan lugar a la demencia severa por Alzheimer⁶.

1. Con fundamento en los hechos descritos, el extremo accionante solicita tutelar los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud de la señora ELEONORA y, en consecuencia, que se ordene a Salud Total EPS autorizar y prestar el servicio de auxiliar de enfermería en los términos dispuestos por el médico especialista tratante, así como el tratamiento integral de la patología diagnosticada.

A. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. En auto del 3 de noviembre de 20227, el Juzgado 5 Civil Municipal de Sincelejo admitió la acción de tutela y procedió con su notificación a Salud Total EPS, en calidad de demandada.

1. Esta compañía, en escrito del 6 de noviembre de 20228, solicitó que se negara la solicitud de tutela interpuesta, con fundamento en que no ha transgredido ningún derecho fundamental. En efecto, informó que la negativa de autorizar el servicio no ocurrió de manera caprichosa, sino que, por el contrario, luego de recibir la solicitud de autorización del servicio, procedió a enviar al domicilio de la paciente un médico general de la IPS Altamed, para efectos de evaluar los criterios clínicos y determinar la pertinencia del servicio de auxiliar de enfermería.

1. Como consecuencia de ello, el médico general informó a la EPS que la señora ELEONORA no reúne las condiciones clínicas para recibir el servicio de auxiliar de enfermería domiciliaria y que, en ese orden de ideas, el acompañamiento que requiere la señora ELEONORA puede ser brindado por el cuidador primario, como quiera que no se trata de una paciente “con traqueotomía para manejo de secreciones más de 4 veces al día, con dispositivos avanzados de la vía aérea, con bajo soporte con ventilación mecánica invasiva, con gastrostomía para nutrición enteral, con requerimiento de terapia respiratoria integral, con epilepsia de difícil manejo, con trastorno de la deglución que presente reflujo gastro-esofágico severo con episodios de broncoaspiración, con requerimientos de monitorización de signos vitales 4 o más veces al día, con catéter venoso central a través del cual se estén infundiendo líquidos y/o medicamentos, o con requerimiento de registro y cálculo de balance de líquidos”.

1. Así las cosas y, en atención a que aquella ha brindado todos los servicios prescritos por los médicos tratantes que controlan la patología diagnosticada, consideró que no ha vulnerado

los derechos de la demandante, quien actúa en el proceso a través de su hija. En todo caso, solicitó al juez constitucional que, de llegar a acceder a las pretensiones, se ordene a la entidad administradora de los recursos de la seguridad social ADRES reconocer a la EPS, la totalidad del monto en el que se incurra por la prestación de los servicios.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Juzgado 5 Civil Municipal de Sincelejo (Sucre)⁹

1. En sentencia del 17 de noviembre de 2022, el Juzgado 5 Civil Municipal de Sincelejo amparó los derechos invocados y, en consecuencia, ordenó a la EPS Salud Total prestar el servicio de auxiliar de enfermería en los términos dispuestos por el médico especialista tratante, así como el tratamiento integral para la patología diagnosticada. Al respecto, argumentó que el servicio de enfermería se encuentra incluido en el PBS10 y que, por ende, debe ser garantizado por las EPS, siempre que así lo ordene un médico tratante adscrito a su red de prestadores, situación que se verificó en el caso concreto, pues el especialista en fisiatría que trata a la señora ELEONORA fue quien conceptuó sobre la necesidad de la asistencia de un auxiliar de enfermería.

Impugnación presentada por Salud Total EPS¹¹

1. En escrito del 18 de noviembre de 2022, la EPS Salud Total impugnó la sentencia de primera instancia, en cuanto a la decisión de ordenar el tratamiento integral. A su juicio, el juez constitucional (i) amparó los derechos invocados con fundamento en un hecho futuro e incierto; y en todo caso, (ii) omitió valorar la historia clínica anexa a la demanda de tutela y a la contestación, en la que se puede observar que hasta la fecha, y con excepción del servicio

de enfermería que motivó la presentación de la acción de tutela de la referencia, aquél ha autorizado y garantizado todos los servicios de salud que se le han prescrito a la señora ELEONORA por parte de los profesionales de salud tratantes.

1. Por este motivo, solicitó revocar parcialmente la sentencia y, en su lugar, declarar improcedente la acción, en lo que tiene que ver con la pretensión del tratamiento integral. Asimismo, pidió que, en caso de mantener la decisión cuestionada, se ordene a la ADRES reconocer el valor de los servicios que deban ser prestados y que no se encuentren incluidos en el PBS.

Segunda instancia: Juzgado 2° Civil del Circuito de Sincelejo (Sucre)¹²

1. En sentencia del 16 de enero de 2023, el Juzgado 2° Civil del Circuito de Sincelejo revocó la decisión de tutela adoptada en primera instancia y, en su lugar, negó el amparo de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud de la señora ELEONORA.

1. Al respecto, se consideró que, de acuerdo con el concepto remitido por el médico general que realizó la visita domiciliaria, así como con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, se puede concluir que la señora ELEONORA no requiere un auxiliar de enfermería, puesto que no reúne las condiciones para acceder a este servicio, en la medida en que no necesita “la aplicación o mantenimiento de procedimientos médicos que requieran conocimientos calificados en salud propios del personal con estudios en enfermería (...)”. En este orden de ideas, argumentó que la finalidad de la demanda es solicitar un cuidador para la paciente, servicio que no se encuentra incluido en el PBS, por lo que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. COMPETENCIA

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86.2 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 28 de febrero de 2023 expedido por la Sala de Selección Número Cinco, que dispuso el estudio del presente caso.

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad.

1. Legitimación en la causa por activa: El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre¹³.

1. En este sentido, si bien el titular de los derechos fundamentales es quien, en principio, tiene la carga de interponer el amparo, lo cierto es que es posible que un tercero acuda, en su representación, ante el juez constitucional. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente al ejercicio de la acción de tutela por parte de una tercera persona,

establece que la demanda de amparo puede ser interpuesta por (i) el representante legal de la persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas; (ii) por la persona que agencie oficiosamente sus derechos; o (iii) por quien sea reconocido como apoderado mediante el otorgamiento de un poder especial; o (iv) por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales¹⁴.

1. Respecto de la segunda hipótesis previamente mencionada, esto es, la figura de la agencia oficiosa, el inciso 2° del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que se puede promover la defensa de derechos ajenos, cuando su titular no esté en condiciones de hacerlo directamente¹⁵. Esta herramienta se justifica, en términos de la jurisprudencia constitucional, en los principios de solidaridad¹⁶ y de la prevalencia del derecho sustancial¹⁷, a fin de evitar que sujetos vulnerables se queden sin la posibilidad de acceder a la administración de justicia, por la dificultad que tienen para defender sus intereses¹⁸, especialmente cuando se trata del amparo de derechos fundamentales de sujetos de especial protección¹⁹.

1. En todo caso, la Corte ha señalado que la configuración de la agencia oficiosa supone acreditar dos requisitos: (i) el primero de ellos consiste en la manifestación expresa de quien ejerce la agencia de actuar en defensa de derechos ajenos²⁰, exigencia que ha sido flexibilizada por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de aceptar esta modalidad de actuación, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que la persona actúa en dicha condición²¹; y (ii) el segundo requisito referente a que el agenciado no esté en condiciones de promover su propia defensa²², circunstancia que puede inferirse a partir de las pruebas aportadas por el agente oficioso o por los supuestos fácticos que rodean el ejercicio de la acción de tutela²³.

1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se concluye que la acción de tutela interpuesta acredita el requisito de legitimación en la causa por activa, ya que quien interpone la demanda, esto es, la señora ELENA, (i) señala expresamente que actúa en

calidad de agente oficioso de su progenitora, es decir, de la señora ELEONORA y, además, (ii) otorga los elementos de juicio necesarios para concluir que esta última se encuentra en imposibilidad de promover de forma directa la defensa de sus derechos, en tanto es una mujer de 79 años, quien se encuentra diagnosticada con demencia tipo Alzheimer en fase evolutiva tardía, lo cual le impide desarrollar sus actividades diarias con normalidad²⁴. Por lo anterior, y dadas sus condiciones de salud, se concluye que la señora ELEONORA se enfrenta a barreras que le impiden defender autónomamente sus derechos, requiriendo el soporte o auxilio de su hija, quien promovió el amparo con la intención directa de gestionar las medidas necesarias para obtener su protección, de manera que se satisfacen plenamente las condiciones de la agencia oficiosa.

1. Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental²⁵. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del citado Decreto, particularmente, conforme con las hipótesis que se encuentran plasmadas en el artículo 42²⁶. Entre ellas, se permite el ejercicio del amparo constitucional contra los particulares que estén encargados de la “prestación del servicio público de salud”, como lo señala de forma expresa el numeral 2° del artículo en cita.

1. La Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

1. Inmediatez: Este tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar

la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del texto superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material para considerarlo afectado²⁸.

1. Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclama la solución de situaciones litigiosas o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.

1. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso en concreto– verificar si el plazo fue razonable, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, y el surgimiento de derechos de terceros, la acción de tutela se interpuso oportunamente²⁹. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

1. Para determinar la razonabilidad del tiempo, en procura de establecer si existe o no una tardanza injustificada e irrazonable, este tribunal ha trazado las siguientes subreglas³⁰: (i) que exista un motivo válido para la inactividad del actor; (ii) que el mismo no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia³¹; y (iii) que exista un nexo causal

entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos del interesado. Excepcionalmente, (iv) si el fundamento de la acción de tutela surge después de acaecida la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, de cualquier forma, su ejercicio debe realizarse en un plazo no muy alejado de dicha situación³².

1. En el caso bajo examen, se tiene que la última actuación de la EPS Salud Total fue la negativa de autorizar el servicio de auxiliar de enfermería prescrito, lo cual ocurrió con posterioridad a la visita domiciliaria realizada por el médico general a la demandante el día 7 de octubre de 2022³³; dicha actuación se debe confrontar respecto del momento en el que se interpuso la acción de tutela que se encuentra en sede de revisión, la cual fue radicada el día 28 de noviembre de 2022³⁴. Así las cosas, la Sala Quinta de Revisión advierte que, entre uno y otro momento, tan solo transcurrió 1 mes y 21 días, plazo que se estima razonable.

1. Subsidiariedad: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

1. Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y es capaz de producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados³⁵. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar

la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

1. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento forma inmediata.

Procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con el desconocimiento del derecho a la salud – Reiteración de Jurisprudencia

1. Tratándose de discusiones relacionadas con el derecho a la salud, cabe resaltar que el Legislador le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud, el ejercicio de la función jurisdiccional a través de la Ley 1122 de 2007³⁶. Así, en el literal a) del artículo 41 del citado régimen legal, se previó que dicha entidad podría conocer y fallar en derecho conflictos relacionados con la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el PBS, siempre que la negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario³⁷.

1. Para tal efecto, se estableció que la Superintendencia Nacional de Salud tendría que adelantar un procedimiento preferente y sumario no sujeto a los términos dispuestos en el Código General del Proceso³⁸, sin perjuicio de lo cual se le impondría el deber de ser respetuoso con el derecho al debido proceso y sometido a los principios de eficacia, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía y celeridad³⁹. El trámite

igualmente sería informal y, por ende, alejado de la exigencia de contar con un abogado⁴⁰, pero autorizando la posibilidad de decretar medidas cautelares para evitar la ocurrencia de daños irreversibles⁴¹.

1. Sin embargo, en la sentencia SU-508 de 2020, este tribunal se refirió a algunas situaciones jurídicas y estructurales que afectan la idoneidad del mecanismo judicial dispuesto ante la Superintendencia Nacional de Salud⁴². En efecto, en dicha oportunidad la Sala Plena argumentó que (i) la Ley 1122 de 2007 y sus modificaciones, dejaron algunos vacíos sobre la reglamentación del proceso, en la medida en que (a) no se estableció con certeza el término para la resolución de la apelación que se surte ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial; (b) se fijó una competencia limitada a cargo de la Superintendencia, que solo se activa ante la negativa de la prestación del servicio; (c) no se estableció un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión judicial; y (d) se exigen mayores cargas al agente oficioso, quien está obligado a prestar caución. Aunado a lo anterior, se explicó que (ii) la Superintendencia Nacional de Salud ha informado a la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, sobre la existencia de algunos inconvenientes administrativos para efectos de resolver estas controversias⁴³, en tanto que (a) le es imposible dictar sentencia en 10 días; (b) tienen un retraso de entre dos y tres años en la resolución de estos procesos; y (c) la entidad no cuenta con suficientes regionales para efectos de atender las demandas interpuestas en todo el país.

1. Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte concluyó que el mecanismo judicial dispuesto ante la mencionada Superintendencia tan solo tendría la condición de ser un medio plenamente idóneo para la protección del derecho a la salud, hasta tanto se resuelvan las dificultades que se advirtieron en el ejercicio de dicha herramienta jurisdiccional. En este orden de ideas, le corresponderá al juez constitucional realizar el análisis sobre la eficacia del citado mecanismo, frente a las condiciones particulares del caso puesto a su consideración.

1. Por otro lado, el extremo demandante también cuenta con la posibilidad de discutir la pretensión de la referencia ante el juez ordinario laboral, en el marco de un proceso que se adelante con fundamento en el el numeral 4° del artículo 2 del CPTSS⁴⁴, puesto que la

Jurisdicción Ordinaria Laboral conoce de las controversias que se originen en la prestación del servicio de la seguridad social y que se susciten entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras.

1. En este sentido, en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que la eficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial debe ser valorada frente a cada caso concreto, en particular, cuando “(i) exista riesgo [sobre] la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional, y (iii) se configure una situación de urgencia”⁴⁵.

1. En el asunto bajo examen, se advierte que los mecanismos judiciales previstos tanto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 como en el numeral 4° del artículo 2 del CPTSS, no son eficaces para resolver el asunto sometido a consideración de la Sala Quinta de Revisión, porque resulta claramente desproporcionado imponer la carga a la accionante de acudir a estos para efectos de discutir la controversia planteada. Lo anterior, como quiera que las potenciales vulneraciones al derecho a la salud por parte de la EPS tienen un vínculo directo con la garantía de los derechos a la salud de un adulto mayor que padece una demencia severa, causada por la enfermedad del Alzheimer que, a la fecha, afecta de manera grave el desarrollo de su vida diaria⁴⁶. Asimismo, la Sala advierte que la señora ELENA, hija de la accionante y quien menciona ser su única cuidadora, en la actualidad se encuentra registrada en las bases de datos de la ADRES como madre cabeza de familia, afiliada a una EPS del régimen subsidiado, y quien alega carecer de las condiciones físicas⁴⁷ y materiales que resultan necesarias para brindar la atención que requiere la agenciada⁴⁸.

1. En conclusión, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional concluye que la acción de tutela interpuesta por la señora ELENA, actuando en calidad de agente oficioso de su

progenitora, la señora ELEONORA es procedente en los términos antes dispuestos.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. En esta oportunidad, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión responder el siguiente problema jurídico: ¿la EPS Salud Total vulneró los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud de la señora ELEONORA al negarse a otorgarle el servicio de auxiliar de enfermería prescrito por su especialista tratante, con fundamento en el concepto de un médico general, el cual consideró que el mismo no era necesario?

1. Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Corte reiterará las reglas jurisprudenciales relativas (i) al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad; (ii) el examen de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS, siguiendo lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-508 de 2020; y, con base en ello, (iii) dará solución al caso concreto.

A. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD. Reiteración de jurisprudencia

1. Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud, los artículos 48 y 49 de la Constitución señalan que el acceso a su prestación es una obligación que se encuentra a cargo del Estado, la cual debe garantizarse a todas las personas, conforme con los principios de solidaridad, eficacia y universalidad. Su alcance comprende la posibilidad de reclamar el otorgamiento de los servicios de salud de forma completa, oportuna, eficaz y con calidad, puesto que, en desarrollo del principio de integralidad previsto en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, todos los usuarios del sistema tienen derecho a recibir la atención y el tratamiento

completo de sus enfermedades, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante⁴⁹.

1. Ahora bien, según lo dispuesto en la Constitución⁵⁰ y en la jurisprudencia de este tribunal⁵¹, las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional y, por ende, su amparo y cuidado se encuentra a cargo del Estado, la sociedad y la familia. Por ello, en desarrollo de este mandato, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 estableció que la atención en salud de estas personas goza de especial protección del Estado y no puede ni debe ser limitada por razones administrativas o financieras⁵².

1. En el mismo sentido, la Sala Plena de esta corporación en la sentencia SU-508 de 2020 consideró que la prestación del servicio a la salud debe realizarse con fundamento en las medidas de protección reforzada que tienen ciertos grupos en la sociedad. En particular, respecto de los adultos mayores, afirmó que “(...) son sujetos de especial protección, debido a que se encuentran en una situación de desventaja⁵³ por la pérdida de sus capacidades causada por el paso de los años, [debido a que] sufren del desgaste natural de su organismo y, con ello, del deterioro progresivo e irreversible de su salud, lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez⁵⁴. Lo anterior requiere, en consecuencia, que se garantice a los adultos mayores la prestación de los servicios de la salud que requieran⁵⁵”.

1. En virtud de lo expuesto, es claro que los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional y, en este orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar su salvaguarda y cuidado, incluyendo el acceso efectivo de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

A. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD INCLUIDOS EN EL PBS. Reiteración de jurisprudencia⁵⁶

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015⁵⁷, el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Esta mención dada por el Legislador corresponde a una nueva concertación sobre su contenido, que se origina desde la sentencia T-859 de 2003, posteriormente reiterada en la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte ya había admitido el carácter fundamental de este derecho, a través de un proceso de reconceptualización que advierte que sus pretensiones se encuentran vinculadas de forma directa con la garantía de la dignidad humana, que son susceptibles de ser reclamadas como derecho subjetivo, y que gozan de pleno reconocimiento y de corresponsabilidad.

1. Siguiendo lo expuesto, y con miras a determinar el contenido prestacional del derecho fundamental a la salud, en la sentencia C-313 de 2014⁵⁸, la Corte explicó que la Ley 1751 de 2015 contempla un modelo de exclusión expresa, por virtud del cual el Legislador renunció a la distinción entre servicios y tecnologías de la salud: (i) excluidos expresamente; (ii) incluidos expresamente; e (iii) incluidos implícitamente, y optó por una regla general en la que “todo servicio que no esté expresamente excluido, se encuentra incluido dentro del plan de beneficios”.

1. La Ley 1751 de 2015 dispuso que la prestación del servicio de salud debería realizarse desde la concepción integral del derecho⁵⁹, que incluyera su promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas⁶⁰. No obstante, el Legislador fue inequívoco en establecer en el artículo 15 de la citada ley que, en ningún caso, podrían financiarse con los recursos públicos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

i. Aquellos que tengan como finalidad un procedimiento cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

i. Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

i. Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

i. Que se encuentren en fase de experimentación; y

i. Que tengan que ser prestados en el exterior⁶¹.

1. En todo caso, en la citada sentencia C-313 de 2014, la Sala Plena estableció las siguientes subreglas para efectos de verificar las exclusiones del PBS:

i. Las exclusiones deben fundamentarse en los criterios previstos en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

i. Toda exclusión deberá ser expresa, clara y precisa, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente; y

i. Es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre

y cuando, se acredite que: (a) la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas; (b) no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (c) el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; y (d) el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

1. En desarrollo de lo anterior, el procedimiento de exclusiones se llevó a cabo por el Ministerio de Salud y Protección Social en varias etapas⁶², que culminaron con la expedición de las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017⁶³, las cuales han sido actualizadas por las Resoluciones 2292 de 2021⁶⁴ y 2273 de 2021⁶⁵, vigentes desde el 1° de enero de 2022, es decir, para el momento en el que ocurrieron los hechos objeto de análisis por parte de la Sala Quinta de Revisión de la Corte.

1. Más allá del modelo de exclusión expresa, uno de los principales componentes de la salud es el derecho al diagnóstico cuya conceptualización se llevó a cabo en la sentencia SU-508 de 2020, en la que esta corporación explicó que “se trata de un componente integral del derecho fundamental a la salud e implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”. Por lo demás, se señaló que, para efectos de que exista un diagnóstico eficaz, es necesario que se agoten las siguientes etapas: “(i) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; (ii) una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una

valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso y; (iii) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”⁶⁶.

1. Además de referirse al derecho al diagnóstico, en la mencionada sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena de la Corte planteó las subreglas unificadas en relación con los servicios de salud que allí fueron estudiados, respecto de los cuales se hará especial énfasis, para el caso que nos ocupa, en las subreglas relacionadas con el servicio de enfermería:

Servicio

Subregla

Servicio de enfermería

1. Está incluido en el PBS.
2. Se constituye en una modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria. El servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y no sustituye el servicio de cuidador.
3. Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela.
4. Si no existe orden médica, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se requiera una orden de protección.

1. En atención a las subreglas antes referenciadas y fijadas por la Sala Plena en la sentencia SU-508 de 2020, se advierte que el servicio de enfermería está incluido en el PBS y se rige por la modalidad de atención domiciliaria⁶⁷. En ese sentido, la jurisprudencia lo ha definido como una modalidad de prestación del servicio “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 familia⁶⁸. Este servicio 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 vida⁶⁹, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador”.

1. En todo caso, el servicio de enfermería no solo se encuentra incluido en el PBS, sino que, de la lectura armónica de los artículos 25 y 63 de la Resolución 2292 de 2021⁷⁰, se tiene que el mismo se financia con los recursos provenientes de la UPC, puesto que la norma establece que: “los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC, incluyen (...) la atención domiciliaria del enfermo en fase terminal y de pacientes con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, de conformidad con lo establecido en la Ley 1733 de 2014 (...)”⁷¹ (énfasis añadido).

1. Asimismo, se advierte que la atención domiciliaria también es una de las modalidades de la atención integral e integrada para los pacientes con enfermedades mentales, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 13 de la Ley 1616 de 2013⁷², según el cual: “la red integral de prestación de servicios en salud mental debe incluir las siguientes modalidades y servicios, integradas a los servicios generales de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud: (...) // 2. Atención Domiciliaria (...)”, los cuales deberán ser garantizados por las EPS⁷³.

1. Ahora bien, el servicio de enfermería se diferencia de la figura del cuidador, pues este último ha sido definido como la persona cuya función principal “es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas”⁷⁴. En este orden de ideas, en principio, (i) el cuidador es un servicio que debe ser garantizado por la familia de la persona que padece el quebranto de salud, en desarrollo del principio de solidaridad⁷⁵; y (ii) aquél no reemplaza al servicio de enfermería, pues –como se explicó con anterioridad– la atención domiciliaria busca brindar una solución a los problemas de salud en la residencia del paciente⁷⁶.

1. En conclusión, el servicio de enfermería es una modalidad de atención domiciliaria incluida en el PBS para la atención de pacientes que padecen enfermedades –incluyendo las patologías mentales– en fase terminal o que son crónicas, degenerativas e irreversibles⁷⁷. Por lo anterior, cuando el juez estudie una acción de tutela interpuesta para efectos de solicitar el citado servicio deberá determinar si existe orden del médico tratante, pues este último es a quien le corresponde establecer qué servicios de salud requiere el paciente. De advertir la existencia de la citada prescripción, le corresponderá conceder el amparo de los derechos y acceder a su entrega. De lo contrario, y en caso de verificar la necesidad de impartir una orden de protección, podrá tutelar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, para efectos de que el profesional tratante adscrito a la red prestadora de la EPS valore la necesidad de prescribir o no al paciente el servicio señalado.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

1. Con base en las consideraciones previamente expuestas, la Sala Quinta de Revisión considera que la EPS Salud Total vulneró los derechos fundamentales invocados, por haberse negado a autorizar la prestación del servicio de enfermería prescrito por el médico tratante a la señora ELEONORA.

1. En reiteración de las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena, se tiene que la Ley 1751 de 2015 estableció un sistema en el que todos los servicios y tecnologías en salud que no están expresamente excluidos del PBS se entienden incluidos en éste y, por ende, deberán ser garantizados a los usuarios.

1. Esta Sala de Revisión identificó que, para la época de presentación de la acción de tutela, se encontraba vigente la Resolución No. 2292 de 2021⁷⁸. Así las cosas, se debe verificar si el

servicio de enfermería se encontraba expresamente excluido en dicha resolución o si, por el contrario, se entiende incluido en el PBS, en atención al modelo de inclusiones vigente a partir de la Ley 1751 de 2015. Del análisis de la normatividad aplicable a la controversia, se constata que el citado servicio se encontraba incluido en el PBS y que su financiación se previó con los recursos de la UPC.

1. De acuerdo con lo anterior, al encontrarse incluido el servicio de enfermería en el PBS, al juez le corresponde verificar: (i) si existe una orden médica del profesional tratante, para efectos de determinar si accede al amparo de los derechos fundamentales y ordena la entrega de la mencionada tecnología; y (ii) en caso de no existir una orden médica, si cabe amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.

1. Con fundamento en los elementos de juicio que constan en el expediente, la Sala Quinta de Revisión advierte que la demandante es una paciente que padece de una demencia severa causada por la enfermedad de Alzheimer y que, por ello, el 4 de octubre de 2022, el fisiatra tratante adscrito a la Clínica Corposucre SAS, como IPS de la red prestadora de servicios de la empresa Salud Total EPS, a la cual la señora ELEONORA se encuentra afiliada, le ordenó el servicio de auxiliar de enfermería durante 8 horas al día por el término de 3 meses⁷⁹. Sin embargo, la mencionada EPS decidió negar prestación reclamada con base en el concepto emitido por un médico general que, luego de valorar a la paciente en su domicilio, consideró que la misma no era pertinente⁸⁰.

1. Para esta Sala de Revisión, es claro que la negativa de la EPS Salud Total de autorizar y ordenar el servicio de enfermería prescrito por el médico especialista tratante constituye una barrera real y efectiva a la prestación del servicio de salud de la señora ELEONORA y, por ende, una transgresión de sus derechos fundamentales, en consideración a lo siguiente:

1. En primer lugar, el servicio de enfermería se encuentra incluido en el PBS para las

enfermedades –incluyendo las mentales– en fase terminal y para aquellas catalogadas como crónicas, degenerativas e irreversibles⁸¹. Particularmente, en cuanto a la demencia por Alzheimer, la Sala encuentra que, de conformidad con la Guía de Práctica Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de la Demencia proferida por el Ministerio de Salud en el año 2017⁸², “la enfermedad de Alzheimer es un proceso neurodegenerativo mayor”, en el que “(...) las manifestaciones evolucionan durante un período de años desde leve compromiso de la memoria de trabajo hasta el compromiso cognoscitivo más grave”, por lo que “el curso de la enfermedad (...) es inevitablemente progresivo y termina en la incapacidad mental y funcional”. De igual forma, en el Boletín de Salud Mental Demencia del mismo año, el citado Ministerio definió a dicha patología como “una enfermedad crónica, progresiva, que hasta hace pocos años se consideraba como una consecuencia del envejecimiento; [pero que] actualmente la evidencia muestra que tiene un origen multicausal y que puede afectar a personas adultas en edades más tempranas (...)” debido “a causas degenerativas (...)”, dentro de este grupo se incluye la demencia frontotemporal, la enfermedad de Parkinson, la enfermedad por cuerpos de Lewy y el Alzheimer (...)”⁸³. Como se advierte de lo expuesto, la enfermedad que padece la señora ELEONORA se halla categorizada como una enfermedad crónica y progresiva.

1. En segundo lugar, no es admisible que la EPS Salud Total hubiese negado el servicio de enfermería prescrito a la demandante, con fundamento en el concepto de un médico general que realizó una visita domiciliaria posterior. Lo anterior, como quiera que quien verificó su necesidad fue el médico especialista tratante en fisiatría adscrito a una IPS de la red de prestadores de la citada EPS y que, además, corresponde al profesional que venía conociendo del caso de la señora ELEONORA ⁸⁴, por lo que la negativa que justificó la presentación de la acción de tutela que actualmente se encuentra en sede de revisión, correspondió a una traba impuesta por la demandada, pues de acuerdo con las consideraciones ya señaladas, es claro que la atención domiciliaria es uno de los servicios que puede ser prestado a los pacientes con enfermedades mentales, siempre que el mismo se encuentra incluido en el PBS y su necesidad haya sido advertida por el médico tratante.

1. Ahora bien, la Sala Quinta de Revisión verifica que la orden medica dispuesta por el especialista tratante fue dictada el día 4 de octubre de 2022, y en la misma se dispuso la necesidad del servicio de auxiliar de enfermería durante ocho horas al día por el término de tres meses, el cual finalizó en el mes de enero del año 2023. Por ese motivo, la Corte amparará el derecho a la salud de la señora ELEONORA en su faceta de diagnóstico, para efectos de que el especialista en fisiatría, como médico tratante, y con fundamento en la historia clínica de la paciente, pueda realizar una nueva valoración con la finalidad de determinar si persiste la necesidad del servicio que fue ordenado. En este sentido, se advierte a Salud Total EPS que, en caso de que el médico tratante especialista en fisiatría determine que cabe otorgar el servicio de auxiliar de enfermería, le corresponde garantizar su prestación, en los estrictos y precisos términos en que se disponga su prescripción, sin que pueda imponer trabas para omitir con el cumplimiento de sus funciones, como la que motivó el presente amparo.

1. Por último, esta Sala se abstendrá de conceder el tratamiento integral solicitado, por cuanto no se aportaron los elementos de juicio suficientes que permitiesen acreditar su necesidad. Al contrario, y salvo las consideraciones sobre la prestación del servicio de enfermería, lo cierto es que no existe evidencia sobre tratamientos o medicamentos pendientes por ser tramitados o una negación al acceso al servicio de salud por parte de la entidad accionada, por lo que no es posible otorgar el amparo respecto de esta prestación. En este sentido, este tribunal ha afirmado que el tratamiento integral no puede tener como base afirmaciones abstractas o inciertas. Así, en la sentencia T-081 de 2019 dispuso lo siguiente:

“(…) para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su

muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes”⁸⁵.

1. Por lo anterior, la Sala Quinta de Revisión revocará la decisión de tutela de segunda instancia proferida el 16 de enero de 2023 por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Sincelejo y, en su lugar, amparará el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico de la señora ELEONORA.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. A la Corte le correspondió decidir si la empresa Salud Total EPS vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a la salud de la señora ELEONORA, al negarse a otorgarle el servicio de auxiliar de enfermería prescrito por su especialista tratante, con fundamento en el concepto de un médico general, el cual consideró que el mismo no era necesario.

1. Tras encontrar acreditada la procedencia de la acción de tutela, la Sala Quinta de revisión reiteró las reglas jurisprudenciales sobre el derecho fundamental a la salud y los insumos y servicios incluidos en el PBS. Como resultado de las sub-reglas analizadas en la parte motiva de esta providencia, la Sala concluyó lo siguiente:

i. Los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional y, en este orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus

derechos, incluyendo el acceso de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

i. De acuerdo con la sentencia SU-508 de 2020, cuando el juez estudie una acción de tutela interpuesta para efectos de solicitar la autorización del servicio de enfermería deberá determinar si existe una orden médica vigente. De advertir su existencia, le corresponderá conceder el amparo de los derechos fundamentales y acceder a la pretensión reclamada. De lo contrario, se deberá tutelar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, para efectos de que la EPS valore la necesidad de prescribir el servicio al paciente.

1. En el presente caso, esta Sala observó que (1) el servicio de enfermería no se encuentra excluido del PBS, bajo la normatividad actual⁸⁶; (2) siempre que exista una orden médica dispuesta por un profesional de la salud adscrito a la red prestadora de servicios de la EPS, la cual no puede imponer trabas administrativas con la finalidad de desvirtuar el concepto del profesional tratante. Por lo demás, (3) se tutelaré el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, cuando se advierta que la orden médica ya no se encuentra vigente, en aras de que el médico tratante evalúe la necesidad actual del servicio.

1. En consecuencia, la Sala Quinta de Revisión procederá a revocar la sentencia de tutela del 16 de enero de 2023 dictada por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Sincelejo, por medio de la cual se revocó la decisión de primera instancia y negó el amparo de los derechos fundamentales invocados. En su lugar, tutelaré el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico de la señora ELEONORA y, como consecuencia de ello, ordenaré a la empresa Salud Total EPS que, en el término de las 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a agendar a la accionante una cita médica con el especialista en fisiatría tratante, para que éste determine la necesidad de ratificar o no la orden preexistente de enfermería. En caso de que este profesional confirme su dictamen, la EPS deberá garantizar la prestación del servicio, en los estrictos y precisos términos en que se disponga su prescripción, sin que pueda imponer trabas administrativas al respecto,

incluida aquella que motivó el presente amparo

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. – Por las razones expuestas en esta providencia, REVOCAR la sentencia de tutela del 16 de enero de 2023 dictada por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Sincelejo (Sucre). En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico de la señora ELEONORA, quien actúa en este proceso a través de su hija ELENA.

Segundo. – ORDENAR a la EPS Salud Total que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a agendar una cita médica con el especialista en fisiatría que trata a la accionante, para que éste determine la necesidad de ratificar o no la orden preexistente de enfermería, en los términos indicados en esta sentencia. En caso de que este profesional confirme su dictamen, la EPS deberá garantizar la prestación del servicio, en los estrictos y precisos términos en que se disponga su prescripción, sin que pueda imponer trabas administrativas al respecto, incluida aquella que motivó el presente amparo.

Tercero. – Por la Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el

artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 La acción de tutela fue interpuesta el día 28 de noviembre de 2022. Expediente digital. Archivo "01ActaReparto.pdf". Acta de reparto. Folio único.

2 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Copia del documento de identidad de ELEONORA Folios 17-18.

3 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Copia de la historia clínica. Folios 12-15.

4 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Orden médica. Folio 11.

5 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Respuesta de Salud Total EPS. Folios 19-20.

6 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Historia Clínica de psicología. Folios 21-22.

7 Expediente digital. Archivo "Auto Admite". Auto admisorio. Folios 1-2.

8 Expediente digital. Archivo "Contestacion". Folios 1-15.

9 Expediente digital. Archivo "08Sentencia.pdf". Sentencia de tutela de primera instancia.

Folios 1-11.

10 Plan de Beneficios en Salud.

11 Expediente digital. Archivo “11SolicitudImpugnacion.pdf”. Impugnación.

12 Expediente digital. Archivo “02SENTENCIASEGUNDAINSTANCIA.pdf”. Sentencia de segunda instancia. Folios 1-15.

13 La norma en cita establece que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis no original.

14 “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 podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

15 Corte Constitucional, sentencias T-719 de 2015 y SU-508 de 2020.

16 Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2016, T-235 de 2018 y SU-508 de 2020.

17 Ibidem.

18 Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2016 y T-235 de 2018.

19 Corte Constitucional, sentencias T-044 de 1996 y T-235 de 2018, reiterada en la SU-508 de 2020.

20 Corte Constitucional, sentencias T-200 de 2016 y T-594 de 2016.

21 Corte Constitucional, sentencias T-452 de 2001, T-197 de 2003, T-652 de 2008 y T-275 de 2009.

22 Corte Constitucional, sentencia T-594 de 2016.

23 Corte Constitucional, sentencias T-452 de 2001, T-372 de 2010, T-968 de 2014, T-014 de 2017 y SU-508 de 2020.

24 Expediente digital. Archivo "01DEMANDA.pdf". Copia de la historia clínica. Folios 12-15.

25 De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, "La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley". CP, art 86; D, 2591 de 1991, art 1º.

26 "Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 1. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de educación. // 2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud. // 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación de servicios públicos. // 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. // 5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución. // 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. // 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. // 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. // 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela".

27 La norma en cita dispone que: "Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función

básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley”.

28 Corte Constitucional, sentencia T-444 de 2013.

29 Corte Constitucional, s sentencias SU-961 de 1999, T-282 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-018 de 2008 y T-491 de 2009.

30 Corte Constitucional, sentencias T-743 de 2008, T-189 de 2009, T-491 de 2009, T-328 de 2010 y T-444 de 2013.

31 Corte Constitucional, sentencias T-661 de 2011 y T-140 de 2012.

32 Véase, por ejemplo, la sentencia T-1063 de 2012, en la que se expuso que: “(...) tratándose de tutelas contra sentencias, el requisito de la inmediatez debe analizarse de forma estricta, por lo que es necesario establecer si, en efecto, la sentencia SU-917 de 2010, es un hecho completamente nuevo, razón por la cual la accionante solo pudo interponer la acción casi 6 años después de la sentencia de segunda instancia y si, siendo así, después de expedida la sentencia, la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

33 Expediente digital. Archivo “01DEMANDA.pdf”. Respuesta de Salud Total EPS. Folios 19-20.

34 Expediente digital. Archivo “01ActaReparto.pdf”. Acta de reparto. Folio único.

35 Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009.

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

37 La norma en cita dispone que: “Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019. El nuevo

texto es el siguiente:> Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: // a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. (...)”.

38 Inciso 4 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

40 Inciso 6 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

41 Numeral 1° del párrafo 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

42 Estos problemas fueron identificados con anterioridad por algunas Salas de Revisión. Corte Constitucional, sentencias T-203 de 2013, T-014 de 2017, T-218 de 2015, T-603 de 2015, T-235 de 2018 y T-528 de 2019.

43 Corte Constitucional, auto 668 de 2018.

44 La norma en cita dispone que: “La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”. Según el más reciente informe de estudio de los tiempos procesales, la duración nacional en promedio de la primera instancia en un proceso laboral es de 366 días corrientes, lo que equivale a 167 días hábiles de la Rama Judicial. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y CEJ, Resultados del estudio de tiempos procesales, Bogotá, 2016, p. 136.

45 Corte Constitucional, sentencia T-047 de 2023. Cfr. Sentencias SU-124 de 2018, T-398 de 2022, T-239 de 2022, T-138 de 2022, T-416 de 2021, T-255 de 2021, T-696 de 2017 y T-672 de 2017, entre otras.

46 Expediente digital. Archivo “01DEMANDA.pdf”. Copia de la historia clínica. Folios 12-15.

47 Se alega que presenta un diagnóstico de trastorno de ansiedad.

48 De conformidad con la base de datos visible en la ADRES.

49 Ley 1751 de 2015. “Artículo 8. 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 del 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”.

50 CP art. 46.

51 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

52 Ley 1751 de 2015. “Artículo 11. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. //(...)”. (énfasis añadido).

53 Corte Constitucional, sentencia T-471 de 2018.

54 Corte Constitucional, sentencias T-634 de 2008, T-014 de 2017.

55 Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2017.

56 Las consideraciones de esta sentencia se realizarán con fundamento en la sentencia SU-508 de 2020.

57 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

58 Sentencia por medio de la cual se estudió la constitucionalidad de la Ley 1751 de 2015.

59 Ley 1751 de 2015. “Artículo 8. 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 del 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”.

60 Ibidem.

61 Op.Cit., artículo 15.

62 En la Resolución 330 de 2017, el Ministerio determinó las cuatro etapas que se deben agotar en este procedimiento, las cuales consisten en: 1. Fase de nominación y priorización. 2. Fase de análisis técnico-científico. 3. Fase de consulta a pacientes potencialmente afectados, y 4. Fase de adopción y publicación de las decisiones. En el desarrollo de este procedimiento, los diferentes actores del SGSSS presentaron un listado de 75 servicios y tecnologías para ser excluidos de la financiación de los recursos públicos destinados a la salud, el cual fue publicado en la página web del MSPS para efectos de que los interesados presentaran sus objeciones o aportes, las cuales constituyeron un elemento clave para el desarrollo de las etapas subsiguientes. Así mismo, los 75 servicios y tecnologías nominados para su potencial exclusión fueron remitidos al Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud para efectos de desarrollar un estudio técnico sobre cada nominación, y se conformó un grupo de análisis técnico-científico, con el objetivo de que tanto expertos independientes como las asociaciones de profesionales de la salud, emitieran su concepto frente a los servicios y tecnologías nominados.

63 A pesar de que la Ley Estatutaria fue expedida el 16 de febrero de 2015, el artículo 15 le

otorgó al MSPS un plazo de 2 años para implementar el listado de exclusiones.

64 “Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

65 “Por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

66 Énfasis por fuera del texto original.

67 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

68 Resolución 2292 de 2021. Art. 25.

69 Ibidem. Art 63.

70 “Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”

71 Resolución 2292 de 2021. Art. 63.

73 Ley 1616 de 2013. Artículo 12.

74 Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020 y T- 471 de 2018.

75 En la sentencia T-260 de 2020, se enfatizó en que “la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”.

76 Corte Constitucional, sentencia T-458 de 2018.

77 El PBS actual se encuentra previsto en las Resoluciones 2808 de 2022, 2273 de 2021 y 318 de 2023.

78 “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

79 Expediente digital. Archivo “01DEMANDA.pdf”. Orden médica. Folio 11.

80 Expediente digital. Archivo “01DEMANDA.pdf”. Respuesta de Salud Total EPS. Folios 19-20.

81 El PBS actual se encuentra previsto en las Resoluciones 2808 de 2022, 2273 de 2021 y 318 de 2023.

82

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IETS/gpc-demencia-completa.pdf>. pág. 20.

83

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/Boletin-demencia-salud-mental.pdf>. Pág. 2.

84 Expediente digital. Archivo “01DEMANDA.pdf”. Copia de la historia clínica. Folios 12-15.

85 Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2019.

86 El PBS actual se encuentra previsto en las Resoluciones 2808 de 2022, 2273 de 2021 y 318 de 2023.