SUMINISTRO DE TECNOLOGIAS Y SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Procedencia de la tutela cuando no existe prescripción médica y posterior ratificación del médico tratante/DERECHO A LA SALUD-Suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud

(…) en consideración al estado de salud del paciente y a que adicionalmente tiene los procedimientos de gastrostomía y traqueostomía, encuentra que es un hecho notorio la necesidad de ordenar, en sede de tutela, el servicio de enfermería por 24 horas, sujeto a la ratificación o modificación del médico tratante en neurología o medicina interna.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD-Fundamental

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

DERECHO A LA SALUD-Principio de integralidad

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

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

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

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

(…) el juez constitucional debe determinar: a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes; y b) si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere. Un criterio adicional, que sirve de apoyo a los anteriores, es si el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones de precariedad en salud.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Protección constitucional/DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

SENTENCIA T-399 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.384.603

Acción de tutela instaurada por Marina actuando como agente oficiosa de su hijo Luis contra la Asociación Mutual Ser ESS EPS

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Natalia Ángel Cabo, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en única instancia del 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería, que negó el amparo por no existir vulneración al derecho fundamental a la salud, contra la Asociación Mutual Ser ESS EPS.

Mediante el auto de 30 de mayo de 2023, notificado por estado no. 09 del 09 de junio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco1 escogió el expediente T-9.384.603 para revisión2. El 13 de junio siguiente, la Secretaría General remitió el expediente al despacho de la magistrada sustanciadora para lo de su competencia.

Aclaración preliminar: en el presente caso se estudia la historia clínica e información de salud de una persona en condición de discapacidad. Por tal motivo, la Sala advierte que, como medida de protección a su intimidad, se ordenará suprimir de esta providencia y de toda futura publicación su nombre y el de su progenitora, quien actuó como agente oficiosa, con el fin de evitar su identificación. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas se utilizarán nombres falsos. Por ello, la Sala Octava de Revisión emitirá dos copias de esta providencia, con la diferencia de que en el fallo que se publique se utilizarán nombres ficticios.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

1.1. La señora Marina, madre y agente oficiosa de Luis, de 33 años3, quien se encuentra afiliado al régimen subsidiado en la Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud,

Entidad Promotora de Salud (en adelante, -Mutual Ser EPS), afirmó que su hijo tiene diagnosticado: “traumatismo de la cabeza no especificado, epilepsia no especificada, otras epilepsias, cuadriplejia espática, traumatismo intracraneal no especificado y otras anormalidades de la marcha no especificadas”4, consecuencia de un accidente de tránsito sufrido 4 años atrás.

1.2. Por el cuadro médico descrito, manifestó que los especialistas en neurocirugía y medicina interna ordenaron el servicio de: “Enfermería Domiciliaria por 24 horas” y que, al dirigirse a Mutual Ser EPS le emitieron orden de servicios a la empresa Sedarte Medicina Especializada S.A.S., para que definiera el requerimiento del servicio solicitado. Fue el 06 de febrero de 2023, que la doctora Sharol Valdelamar, adscrita a la IPS Cuidado Seguro en Casa, hizo la visita médica domiciliaria y elaboró un ‘paquete de atención domiciliaria’ y en aquel documento plasmó:

“Puntuación de 3.4 puntos lo cual indica cuidados a cargo de familiar o red de apoyo sin conocimientos de enfermería. Continua con plan de rehabilitación con terapias físicas y fonoaudiología. Familiares no aceptan disminución de frecuencia a pesar de tiempo de evolución de las secuelas. Continuar seguimiento por nutrición, seguimiento medicina general cada 3 meses. No controla esfínteres. Usa pañal desechable, se solicita valoración por otorrinolaringología por persistencia de fistula de traqueostomía, solicito cita control con neurología y fisiatría. Debe continuar con tratamiento de sus patologías”5.

1.3. Sostuvo que, como consecuencia de la visita de la médica general, el servicio de ‘enfermería domiciliaria 24 horas’ fue negado a su hijo por la IPS, actuación que toleró la EPS, pese a existir orden médica y que por cerca de 4 años venían prestando dicho servicio. La progenitora recordó que su hijo tiene una fistula de traqueostomía y no controla esfínteres, y que ella es una persona de 63 años que no soporta el peso y tamaño de su hijo, quien mide 184 cm, siendo la única persona a cargo para apoyarlo a realizar las actividades diarias.

1.4. Por último, recordó que, es una persona de escasos recursos, que pertenece al régimen subsidiado en salud, que reside junto a su hijo en la ciudad de Montería y que dependen de la caridad de los vecinos, quedándole imposible contratar una enfermera particular que se encargue de atender los cuidados básicos de su hijo adulto.

1.5. Con base en los anteriores hechos, en escrito radicado el 08 de marzo de 2023, la mujer alegó que se le vulneran los derechos a la salud, vida digna, integridad y seguridad social de su hijo Luis, por lo que pretende le sean amparados y se ordene: i) el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas; ii) viáticos, pasajes aéreos, transporte intermunicipal y/o interurbano, hospedaje y alimentación de un acompañante, en caso de que su hijo requiera trasladarse fuera de la ciudad de Montería; y iii) tratamiento integral que incluya medicamentos, exámenes, citas, órdenes ya sean estas del POS o NO POS6.

1. Trámite de la acción de tutela

2.1. Mediante auto del 08 de marzo de 20237, el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería admitió la acción de tutela contra Mutual Ser EPS y vinculó de forma oficiosa a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, puesto que podría ser la encargada del pago de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC; por tanto, las notificó para que de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones de la demanda en un plazo no superior a las 48 horas.

1. Contestación de la demanda

3.1. Mutual Ser EPS

3.1.1. A pesar de que la entidad accionada fue notificada en debida forma por el juzgado de conocimiento de única instancia, no dio respuesta en la oportunidad concedida.

3.2. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-

3.2.2. De igual manera, enunció los mecanismos que financian la cobertura de los servicios y tecnologías en salud, así: a) servicios y tecnologías con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación –UPC8, b) servicios y tecnologías asociadas a una condición de salud que no son financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación –UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud9 y, c) servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo10; a los cuales las EPS pueden acceder. Así, enfatizó en que la ADRES no tiene competencias de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS; y con relación al caso concreto, considera que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la vinculada11.

3.2.3. Así pues, solicitó negar el amparo en lo que tiene que ver con la ADRES, ya que todavía se tiene la equivocada creencia que a las EPS les asiste la extinta facultad de recobro, que ahora se regula por la Resolución 094 de 2020, en concordancia con el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019, en tanto los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos (techos)12.

1. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Copia de cédulas de ciudadanía de la agente oficiosa y del agenciado, las cuales tienen como fecha de nacimiento, el 24 de mayo de 1959 y 13 de mayo de 1990; respectivamente.

4.2. Pantallazo de consulta en la página web de la ADRES, realizado el 08 de marzo de 2023, en el que se observa que el agenciado se encuentra activo en el régimen subsidiado de salud con Mutual Ser EPS.

4.3. Resumen de la historia clínica de Luis, en donde se observa una anotación que coincide con la afirmación de la accionante, de la atención de 06 de febrero de 2023 de la médica tratante Sharon Valdelamar (vinculada a la IPS Cuidado Seguro en Casa) quien aplicó una escala, denominada: “turno de enfermería” con puntuación de 3.4, que indica cuidados a cargo de familiar o red de apoyo sin conocimientos de enfermería13.

4.4. Copia de extractos de historia clínica, donde se menciona consulta externa del 20 de enero de 2023, que refleja una cita de la neuróloga Sady Rush Aburad realizada a Luis, quien dejó plasmada: “definir requerimiento de enfermería 24 horas”. A renglón seguido, se encuentra la orden medica que dice: “Valoración por IPS Cuidado Seguro en Casa. Definir requerimiento de enfermería 24 horas”14.

4.5. Otras fórmulas médicas que datan del 27 de enero y 30 de diciembre de 2020, 27 de mayo y 28 de octubre de 2022, en las que se ordenó por las especialidades de neurocirugía y medicina interna, el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas, unas por tres meses y otras por cuatro meses15.

1. Decisión judicial objeto de revisión

5.1. En sentencia del 17 de marzo de 2023, el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería negó la acción de tutela16. En tal sentido, el juez se refirió al artículo 86 de la Constitución Política recordando que es una herramienta judicial al alcance de todos los individuos y de protección inmediata cuando se crean vulnerados los derechos fundamentales, pero sin reemplazar el sistema judicial en los casos en que se deba acudir a aquel. Así pues, recordó la fundamentalidad del derecho a la salud acudiendo a los artículos 2° y 3° de la Ley 1751 de 2015, sentencias C-313 de 2014 y T-291 de 2021, entre otras menciones normativas; en relación al derecho a la vida, sostuvo que es el más valioso de los bienes recocido a todo individuo, y citó el artículo 11 superior y la sentencia C-133 de 1994; y en cuanto a la seguridad social, indicó que se encuentra regulada en el artículo 48 superior y, acorde con la sentencia T-164 de 2013, debe entenderse con una doble connotación de ser un servicio público y un derecho irrenunciable17.

5.2. Luego de superar el correspondiente examen de procedencia de la acción, el juez aterrizó en el caso concreto y consideró al agenciado como un sujeto de especial protección, en razón a sus patologías, dio aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y tuvo por ciertos los hechos narrados en el escrito de tutela; posteriormente, hizo un juicioso análisis al material probatorio, para llegar a la conclusión que la EPS no vulneró el derecho a la salud; porque la orden médica se encaminó a que la IPS Cuidado Seguro en Casa definiera el requerimiento de enfermería 24 horas, situación que se dio el 6 de febrero de 2023, cuando la médica tratante consideró conforme a su criterio evaluador que no lo requería, sin que esta negativa se entendiera como una negación del servicio18. Ahora bien, frente a las otras pretensiones19, indicó que no es dable decretar órdenes futuras e indeterminables, máxime si no se demostró vulneración alguna de la EPS accionada, así como tampoco existencia de órdenes médicas.

1. Actuaciones en sede de revisión

6.1. El Despacho de la magistrada sustanciadora, los días 15 y 17 de agosto de 2023, accedió a la página oficial del Sisbén para consultar los documentos de identidad de la accionante y del agenciado, encontrando que pertenecen al grupo A2 catalogado como de ‘pobreza extrema’. De igual manera, consultó en la base de datos del ADRES, la identificación del agenciado evidenciándose que se encuentra afiliado a la EPS accionada en el régimen subsidiado20.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1.1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución y artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Análisis de procedencia de la acción de tutela21

2.1. Son varias las características de la acción de tutela que se desprenden del artículo 86 de la Constitución Política de 1991, que la instituyó, y del Decreto Ley 2591 de 1991 que la reglamentó. A partir de estas normas, se ha sostenido por la jurisprudencia que para que proceda este mecanismo de amparo el juez debe verificar el cumplimiento de cuatro requisitos que son: i) la legitimidad en la causa por activa, ii) la legitimidad en la causa por pasiva, iii) la inmediatez y iv) la subsidiariedad; de acreditarse todos, la autoridad judicial debe proceder al estudio de fondo del caso, amparando o no los derechos fundamentales alegados por el accionante; en caso contrario, de faltar alguno de los requisitos, el juez

tendrá que declarar improcedente el amparo solicitado. A renglón seguido, la Sala analizará el cumplimiento de los cuatro requisitos mencionados.

Legitimación en la causa por activa

2.2. El artículo 86 superior establece que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”; por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 indica que la tutela “podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma, a través de representante, o por medio de agente oficioso”. Para el caso que se analizará, se invocó la agencia oficiosa. Por tanto, acorde con la jurisprudencia constitucional, la Sala evaluará si se cumplen con los requisitos establecidos para aplicar dicha figura.

2.3. Primeramente, en virtud de la agencia oficiosa una persona puede interponer acción de tutela para defender los derechos de otra, por cuanto ese tercero está imposibilitado para ejercer su propia defensa. La Corte ha referido que se trata de una manifestación del principio de solidaridad, pues su fin es la materialización de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como las personas en condición de discapacidad que no pueden agenciar por sí mismas la defensa de sus derechos fundamentales. Así pues, son dos condiciones para que opere este mecanismo: (i) que el agente oficioso manifieste que actúa en interés de los derechos de un tercero; y (ii) que de las pruebas aportadas o de las circunstancias señaladas en la acción de tutela, se entienda que el titular de los derechos está en una situación de desamparo o de debilidad que le impide actuar por sí mismo; sin que sea necesario que haya un vínculo entre el agente y el titular de los derechos.

2.4. Para la Sala, el caso sub examine reúne ambos requisitos. En primer lugar, la agente

oficiosa manifestó que interpuso la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de su hijo en condición de discapacidad, asegurando que el agenciado no está en capacidad de defender sus derechos por sí mismo. Igualmente, del acervo probatorio se desprende que la condición médica de Luis con diagnóstico de traumatismo en la cabeza, cuadriplejia espática, anormalidades de la marcha, entre otras, no le permite acudir directamente a la tutela en defensa de sus derechos. En consecuencia, la solicitud de amparo cumple con el requisito de legitimidad en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

2.5. El artículo 86 superior y el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 indican que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública que constituya una vulneración o sea una amenaza a algún derecho fundamental. A modo excepcional, este mecanismo de amparo procede contra particulares, en los casos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; específicamente, cuando la prestación del servicio público de salud está a cargo de un particular. Así las cosas, se cumple con la legitimación en la causa por pasiva, ya que la entidad contra la que se ejerció la acción de tutela -Mutual Ser EPS- es la responsable de la prestación de los servicios de salud del accionante, de manera integral y con criterios de calidad y oportunidad, a través de las redes integrales de servicios de salud.

2.6. Por otro lado, cabe recordar que el juez de instancia vinculó a la ADRES22; sin embargo, la entidad en mención no está legitimada en la causa por pasiva, por cuanto no le resulta atribuible la presunta vulneración alegada por la agente oficiosa. En ese sentido, la sentencia T-284 de 2022 explicó que no es función de la entidad la afiliación a una EPS, ni desarrollar acciones de vigilancia de control respecto de dicho trámite; así, con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1429 de 2016, le corresponde “administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley; y adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y control de los recursos en los términos señalados en la citada ley (…)”.

Inmediatez

2.7. El artículo 86 de la Constitución Política no impone un plazo específico para interponer la acción de tutela. Es la Corte Constitucional la que ha cimentado el requisito en estudio, señalando que la acción debe interponerse en un 'término razonable'; y es el juez constitucional quien tiene la potestad de valorar cada caso en concreto y determinar si procede la tutela, por haber sido interpuesta para la protección inmediata de los derechos en cuestión; de lo contrario, se desnaturalizaría el propósito que le imprimió el constituyente. Ahora bien, en tratándose de sujetos de especial protección, el juez en su análisis debe verificar si la presunta vulneración del derecho es permanente en el tiempo y si se trata de personas de la tercera edad, en situación de indefensión, interdicción, abandono, discapacidad física, entre otros.

2.8. El caso que nos ocupa cumple la exigencia, en tanto la presunta vulneración ocurrió el 06 de febrero de 2023, cuando la médica general al hacer la valoración domiciliaria al paciente, suspendió la continuidad en el suministro del servicio de enfermería por 24 horas, presumiblemente, con la connivencia de la EPS accionada, según lo afirmado por la agente oficiosa, y la acción se interpuso el 08 de marzo de 2023; es decir, 30 días después de ocurrido el hecho descrito; siendo un término razonable.

Subsidiariedad

2.9. El artículo 86 superior caracterizó la acción de tutela como subsidiaria. La Corte Constitucional ha explicado los eventos en que procede, conforme a esta disposición superior: i) cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, o que habiéndolos, estos no resultan idóneos o eficaces para la protección de los derechos fundamentales; ii) hay un sujeto de especial protección constitucional como niños, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de la tercera edad, entre otros; y, iii) el amparo constitucional sea una medida transitoria para evitar un perjuicio

irremediable.

2.10. Una labor obligatoria que le asiste al juez de tutela es verificar acuciosamente si para dicho caso existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz que garantice los derechos del accionante23 y que restituya de forma oportuna, efectiva e integral los derechos invocados. También puede darse que existan los medios judiciales idóneos y eficaces, pero para evitar un perjuicio irremediable o la materialización de un daño inminente, la tutela procede como amparo transitorio. De igual manera, la jurisprudencia constitucional permite que, si el actor es un sujeto de especial protección constitucional (personas en condición de discapacidad, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, entre otros), es deber del funcionario judicial hacer un análisis más flexible del presente requisito, otorgando un tratamiento diferencial24.

2.11. Para finalizar, en materia de protección del derecho a la salud, un individuo puede acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial establecido por el artículo 41 de la Ley 1122 de 200725, que dotó de competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer, conforme al literal a) de esta disposición, de los conflictos relacionados con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. Sin embargo, la sentencia T-268 de 2023, que reiteró la sentencia SU-508 de 2020, recordó que esa entidad tiene serias deficiencias estructurales que han impedido que ese mecanismo jurisdiccional sea idóneo y eficaz, resultando en que cualquier persona puede acudir a la tutela como mecanismo principal, al margen de que se trate de un sujeto de especial protección constitucional, situación que, de todas maneras, debe evaluar el juez constitucional26.

2.12. Por tanto, la Sala verifica el cumplimiento del presente requisito en el caso del señor Luis, persona en condición de discapacidad debido a su estado de salud, y que junto a su madre viven en la pobreza extrema, que acude a la tutela como mecanismo principal, ya que

hasta el momento no se ha demostrado si la Superintendencia Nacional de Salud ha superado las deficiencias expuestas en la sentencia SU-508 de 2020, respecto de la aplicación del mecanismo ordinario de defensa judicial establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Así, verificado el cumplimiento de los cuatro requisitos de procedencia, le corresponde a la Sala plantear el problema jurídico y definir la metodología que servirá para abordar el caso concreto y la resolución del mismo.

3. Asunto objeto de análisis, problema jurídico y metodología

3.1. La Sala estudiará la acción de tutela de Luis, persona en condición de discapacidad y de escasos recursos, del régimen subsidiado en salud27, que presentó: “trauma craneoencefálico severo hace 4 años con secuelas motoras y cognitivas, epilepsia estructural en manejo sin crisis desde hace 3 años y manejo de secuelas motoras por Fisiatría (…), no controla esfínteres, con gastrostomía funcional, extremidades rígidas, postrado en cama (paciente de difícil manejo debido al peso, movilidad reducida, familiar de tercera edad)”. Marina afirmó que para el tratamiento de las enfermedades anotadas que tiene su hijo, los especialistas en medicina interna y neurocirugía ordenaron: ‘enfermería domiciliaria por 24 horas’. Lo anterior, debido a que es una persona de 63 años, que no puede soportar el tamaño de su hijo, quien mide 1.84m de estatura, siendo la única persona que lo tiene a cargo; asimismo, solicitó el suministro de gastos de transporte más viáticos cuando se requiera y se brinde el tratamiento integral.

3.2. Según los hechos narrados, la entidad accionada no hizo nada ante la negativa de la IPS de continuar prestando el servicio de enfermería domiciliaria; por esa razón, la progenitora solicitó la protección de los derechos a la salud, dignidad humana y a la seguridad social del agenciado; en consecuencia, pidió que se ordenara el suministro del servicio requerido. Por su lado, la EPS-S guardó silencio, con la consabida presunción de veracidad que otorga el

artículo 20 del Decreto 2591 de 199128. El fallo de única instancia negó el amparo de los derechos invocados al considerar que la accionada había cumplido con la orden del médico tratante de definir la necesidad de enfermera domiciliaria 24 horas, porque la IPS, a través de su médico domiciliario llevó a cabo la valoración, concluyendo que el paciente no lo requería; situación que no debía verse como una negación del servicio. Tampoco ordenó el tratamiento integral, ni viáticos, ni gastos de transporte.

3.3. Conforme a la situación fáctica propuesta, el problema jurídico que debe resolverse es si: ¿La EPS accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de una persona en condición de discapacidad diagnosticada con una enfermedad crónica e irreversible, perteneciente al régimen subsidiado, al suspenderle la prestación del servicio de enfermería 24 horas, según una valoración de una médica adscrita a una IPS, pese a existir prescripciones de este servicio por parte de los médicos tratantes?

3.4. Con la finalidad de contestar a este interrogante, la Sala: (i) se referirá al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad y a su faceta de diagnóstico. Reiteración jurisprudencial; (ii) analizará los requisitos para la prestación del servicio de enfermería. Reiteración jurisprudencial; (iii) explicará las figuras del tratamiento integral y los gastos de transporte y, finalmente; (iv) decidirá el caso concreto.

4. El derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad y la faceta de diagnóstico. Reiteración jurisprudencial29

4.1. El artículo 49 de la Constitución Política establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, por lo que le incumbe organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a las personas, guiado por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El derecho a la salud es autónomo e irrenunciable y su carácter fundamental fue dado por la Corte Constitucional en la sentencia hito T-760 de 200830; y

luego, por el legislador en el artículo 2° de la Ley 1751 de 201531 (también llamada, Ley Estatutaria en Salud) que lo elevó a un rango estatutario, ley que pasó por el control previo de constitucionalidad por medio de la sentencia C-313 de 2014. Asimismo, es importante resaltar que el derecho fundamental a la salud, definido como "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"32, tiene unos elementos y principios enunciados en los artículos 6° y 8° de la mencionada ley, que van en armonía con la doble connotación que señaló la Corte Constitucional, de ser derecho/servicio público.

4.3. Es necesario mencionar del principio de integralidad que, cuando el Estado y las entidades responsables de la prestación del servicio, a pesar de brindar un tratamiento no logren mejorar las condiciones de salud y calidad de vida de un paciente, deben proveerle los servicios y tecnologías necesarios para soportar la enfermedad y así garantizarle una vida en condiciones dignas33. Pues bien, frente a la universalidad del derecho a la salud, la sentencia SU-508 de 2020 precisó que, el establecer acciones afirmativas en favor de sujetos de especial protección constitucional34 no desconoce ese postulado ni el articulo 13 superior; en ese sentido, la sentencia T-382 de 2018 señaló que: "la omisión del Estado de adoptar medidas diferenciales a favor de grupos vulnerables, marginados o históricamente discriminados, quebranta su derecho a la igualdad, por cuanto existe el deber de desarrollar acciones afirmativas en relación con las personas en situación de discapacidad, con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su situación (…)".

4.4. De la misma manera, la sentencia SU-508 de 2020 indicó que: "el artículo 47 superior exige del Estado desarrollar una "política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos" (…)", que se atan al concepto de salud del artículo 49 ibidem. A nivel normativo, la Ley 1618 de 2013 indica que: "el derecho a la salud de las personas con discapacidad comprende el acceso a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo

de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física y mental, así como la inclusión y participación plena en todo aspecto de la vida".

4.5. En cuanto al derecho al diagnóstico, en el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015 se sostiene que los profesionales de la salud tienen plena autonomía para definir el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Al abordar este concepto, la sentencia SU-508 de 2020 señaló que: "es un componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere"; recientemente, la sentencia T-400 de 2021 sostuvo que el diagnóstico "es una materialización del derecho fundamental a la salud que permite al paciente exigir de las EPS la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine 'las prescripciones más adecuadas' que [aseguren] la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado".

4.6. Es así que, en desarrollo del derecho al diagnóstico, la sentencia en mención, entre otras35, ha definido tres etapas o elementos, la primera de ellas denominada de 'identificación', que es la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en la sintomatología del paciente y que termina con la obtención de los resultados de los mismos; una subsiguiente a la anterior, llamada de 'valoración' exhaustiva del especialista según lo amerite el paciente; y una final de 'prescripción' de los procedimientos, tecnologías en salud o medicamentos requeridos para afrontar la enfermedad del paciente.

4.7. Ahora bien, la Corte también especificó que en caso de ausencia de fórmula médica el juez constitucional tiene dos alternativas: i) ordenar el suministro del servicio o tecnología incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con base en la evidente necesidad del mismo -

hecho notorio-, condicionándose siempre a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) cuando no haya o no sea suficiente la evidencia disponible, pero si se cuente con indicios fundados de afectación a la salud, ordene a la EPS que hagan lo necesario para que sus profesionales idóneos, con el conocimiento del estado del paciente, den un concepto en el que digan si un servicio, medicamento o procedimiento se necesita para que sea provisto36. En conclusión, "si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección"37.

5. Requisitos para la prestación del servicio de enfermería. Reiteración jurisprudencial38

Evolución jurisprudencial y normativa

5.1. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993 son los pilares del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), donde se plasmaron los fundamentos que regulan su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y de las obligaciones en general. En cuanto a uno de sus actores, el artículo 177 ejusdem definió a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) como: "las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados (…). Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados"; asimismo, el artículo 162 de la citada ley creó el plan de salud obligatorio (POS), hoy Plan de Beneficios en Salud, con el objetivo de "permitir la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan". Desde su nacimiento a hoy, han pasado alrededor de treinta años, tiempo en el que se observa la evolución normativa y jurisprudencial como una constante que ha moldeado el sistema de salud.

5.2. Otra de las características del SGSSS es que coexisten dos regímenes: el contributivo y el subsidiado; en el primer caso, unos individuos acceden a los servicios de salud atendiendo a su capacidad económica pagando un aporte en dinero; en el otro caso, son personas vulnerables o en condiciones materiales adversas, que no tienen esa capacidad económica, que en virtud del principio de solidaridad, acceden a los servicios de salud39; Ese acceso, en la actualidad, es a un único Plan de Beneficios en Salud. Lo anterior se debió a la orden que impartió la Corte en el resolutivo decimosexto de la sentencia T-760 de 2008, que detectó fallas estructurales en el Sistema de Salud, de eliminar la dualidad de planes de beneficios, tarea que se cumplió exitosamente.

5.3. Tal como lo indicó la reciente sentencia T-268 de 2023, una de las últimas reformas en salud se dio con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que cambió la forma de entender el PBS40. La reforma de 2015 consistió en la adopción de un sistema de salud de inclusiones implícitas y exclusiones explícitas; en otras palabras, todos los servicios en salud están cubiertos por el sistema, menos los que estén expresamente excluidos41; al respecto, el Ministerio de Salud y Protección Social con la intervención de varios actores del Sistema de Salud, debe cada dos años actualizar el listado de servicios y tecnologías en salud que se encuentran excluidos de la financiación con recursos públicos. En ese sentido, otra sentencia hito es la SU-508 de 2020, en donde la Corte que trató de la accesibilidad a servicios, suministro de insumos y tecnologías en salud requeridos con necesidad, señaló que las exclusiones constituyen una restricción constitucional del derecho a la salud, porque garantizan el equilibrio financiero del sistema; aspecto que ha sido reiterado en jurisprudencia reciente42.

El rol del médico tratante y de la prescripción médica

5.4. Efectuado un recorrido por el Sistema de Salud y luego de hacer unas referencias en lo relacionado con la prestación de servicios y tecnologías incluidos en el PBS, cabe decir que es

pacífica la jurisprudencia que indica que los pacientes deben contar con una prescripción, orden o fórmula médica que les sirva como punto de acceso para obtener los insumos, servicios y tecnologías en salud, elaborada por un médico tratante, que en palabras de la Corte es “quien cuenta con la formación académica necesaria para evaluar la procedencia científica de un tratamiento, a la luz de las condiciones particulares de cada paciente y el único capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento médico; [por tanto] la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo”43. Es de suma importancia el concepto emitido por el médico tratante que es vinculante, aun sin que pertenezca a la EPS44. Por tanto, es a través de la prescripción médica (acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica) que los usuarios acceden a los servicios, medicamentos y tecnologías en salud que requieren, sin que existan formalidades adicionales.

5.5. De igual manera, pueden presentarse situaciones en que no haya la orden médica respectiva; ante dicha posibilidad, en el parágrafo 4.7. supra se explicaron los diferentes escenarios que pueden darse. Por otro lado, ante la inquietud de si el profesional de la salud debe cumplir con algún requisito para emitir una prescripción, la respuesta es no; no hay formalidad alguna. Ahora bien, como quiera que el caso a resolver trata de una persona que pertenece al régimen subsidiado, a modo de ilustración, en el contexto de la formulación de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC45, se exige que: i) sea realizada por el profesional de la salud tratante, ii) que este debe pertenecer a la red definida por las EPS o EOC; iii) y que se elabore en línea, a través de la herramienta tecnológica disponible, hoy en día es MIPRES, o con los mecanismos disponibles en la correspondiente área geográfica46.

Del servicio de enfermería domiciliario

5.6. El servicio de enfermería domiciliaria hace parte del PBS; en este sentido, la Corte

Constitucional ha dicho que es “la atención de una persona que asiste en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal con conocimientos especializados en salud”47. De acuerdo a lo anterior, es el médico tratante quien lo prescribe, siendo la persona más indicada para determinar la necesidad del soporte de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales proporcionados a un paciente48. La atención domiciliaria es definida en el numeral 6° del artículo 8 de la Resolución 2292 de 2021, “Por la cual se actualiza y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de pago por Capitación (UPC)”, como el conjunto de procesos, procedimientos y actividades, mediante los cuales se materializan la provisión de prestación de servicios a una persona en su hogar o residencia, correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural.

5.7. La Sentencia T-268 de 2023 que reiteró la Sentencia SU-508 de 2020 recordó que el servicio de enfermería en la modalidad de atención domiciliaria aplica en casos de enfermedad terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida49. Así pues, ante una prescripción médica en la que se solicite el servicio de enfermería, el juez debe ordenarla directamente a la EPS, máxime si está incluido en el PBS.

1. Del tratamiento integral y los gastos de transporte. Reiteración jurisprudencial50

6.1. Tal como se consignó en las sentencias T-264 y T-268 de 2023, el tratamiento integral es una orden que dicta el juez de tutela de obligatorio cumplimiento que involucra una atención “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario” a cargo de la EPS; de manera que la prestación del servicio de salud abarcará todos los elementos que formule el médico tratante. En el mismo sentido, la jurisprudencia estableció unos criterios para ordenar el suministro del tratamiento integral, dos parámetros que el juez constitucional debe determinar: a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes; y b) si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los

servicios o tecnologías en salud que requiere. Un criterio adicional, que sirve de apoyo a los anteriores, es si el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones de precariedad en salud. Por tanto, no es dable al funcionario judicial pronunciarse de aspectos futuros o inciertos, puesto que el tratamiento debe ser lo suficientemente claro51.

Del derecho a la seguridad social y a la vida digna52

6.2. La agente oficiosa alegó la vulneración de los derechos a la seguridad social y la vida digna de su agenciado, haciendo necesario un pronunciamiento en torno a estos, puesto que son garantías que normalmente están entrelazadas con el derecho fundamental a la salud. Por tanto, el artículo 48 superior dispone que la seguridad social es "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley". Es por eso que, si es afectado el derecho a la salud, necesariamente repercutirá en el desamparo o desconocimiento del derecho a la seguridad social.

6.3. En lo que respecta al derecho a la vida digna, la sentencia T-041 de 2019 aseguró que la dignidad humana es un pilar fundamental, base del ordenamiento jurídico, principio constitucional y derecho fundamental; esta providencia consideró que "la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna"53; y frente a su conexión con el derecho a la salud, la sentencia T-033 de 2013 explicó que las prestaciones propias permiten que el individuo desarrolle "plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente eleva el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida"54. Para reforzar lo anterior, la sentencia T-881 de 2002 indicó que la dignidad humana tiene tres dimensiones: "el vivir como quiera, el vivir bien y el vivir sin humillaciones"55. Otro precedente se encuentra en la sentencia T-017 de 2021, que concluyo "que la debida protección y garantía del derecho

fundamental a la salud redunda en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas, así como el recto funcionamiento y aplicación del servicio de seguridad social en salud”56.

Acerca de los gastos de transporte

6.4. En relación con la prestación del servicio de transporte, se debe señalar que, conforme a la sentencia T-122 de 2021, la Corte recordó que cuando una EPS autoriza un servicio ambulatorio incluido en el PBS prestado fuera del municipio donde vive el usuario y no asume el servicio de transporte intermunicipal y los gastos de estadía cuando sea necesario, se afecta el derecho a la salud del paciente en cuestión. Lo mismo ocurre cuando las EPS no cubren los gastos del acompañante del paciente, cuando exista la necesidad de que el paciente esté acompañado constantemente. Sostiene la sentencia en cita, que el servicio de transporte de un municipio a otro para paciente ambulatorio no requiere orden del médico tratante. En relación con el transporte intermunicipal, la Sentencia SU-508 de 2020 precisó las siguientes reglas:

“a) en las áreas a donde se destine la prima adicional, esto es, por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubiertos con cargo a ese rubro;

c) no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal de los servicios o tecnologías en salud incluidos por el PBS, debido a que esto es financiado por el sistema;

d) no requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema (prescripción, autorización y prestación). Es obligación de la EPS a partir del mismo momento de la autorización del servicio en un municipio diferente al domicilio del paciente;

e) estas reglas no son aplicables para gastos de transporte interurbano, ni transporte intermunicipal para la atención de tecnologías excluidas del PBS.”

6.5. Ahora bien, tratándose de transporte intraurbano, los requisitos jurisprudenciales que deben verificarse son: que la persona “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”57.

En consideración a todo lo expuesto, la Sala procederá a analizar si en el caso sub examine existe una vulneración al derecho a la salud, a la vida y a la seguridad social del accionante y si, por lo mismo, procede el amparo del derecho.

7. Análisis y solución del caso concreto

7.1. Le correspondió a la Sala Octava de Revisión Constitucional examinar y dar solución al interrogante planteado sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de un paciente alto, en condición de discapacidad, a quien la EPS-S le negó la continuidad del servicio de enfermería 24 horas que venía gozando, sin atender su delicado estado de salud.

7.2. Para iniciar, es la señora Marina quien presentó acción de tutela en nombre de Luis, con el fin de que se ordenara a Mutual Ser EPS autorizar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas que venía recibiendo su hijo por casi cuatro años, con ocasión de un accidente de tránsito que sufrió, dejándole secuelas cognitivas y motoras, entre otras dolencias y que, el 06 de febrero de 2023, fue interrumpido por la valoración efectuada por la médica evaluadora del plan de atención domiciliaria de la IPS, sin atender la recomendación de la médico tratante (neuróloga) de no interrumpir tratamiento de un paciente con gastrostomía y traqueostomía, de difícil manejo debido a su movilidad reducida y progenitora de la tercera

edad58.

7.3. Del referido trámite de amparo conoció en única instancia el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería que, mediante sentencia del 17 de marzo de 2023, negó el amparo a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida digna, tras considerar que la EPS no los había transgredido, por cuanto la prescripción refería: “definir requerimiento de enfermería 24 horas”59, orden que se cumplió el 06 de febrero de 2023, por la médica domiciliaria de la IPS Cuidado Seguro en Casa, al indicar que el paciente no requería el servicio. En este evento debe recordarse que la EPS accionada guardó silencio y que el juez aplicó la sanción que establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, de dar por ciertos los hechos de la demanda.

7.4. A partir de los hechos y la historia clínica anexa al expediente, la Sala evidencia que: i) Luis cuenta con 33 años y se encuentra en condición de discapacidad, ii) tiene trauma craneoencefálico severo desde hace 4 años, con secuelas motoras y cognitivas, epilepsia estructural, libre de crisis hace 3 años y manejo de secuelas motoras por Fisiatría (…), no controla esfínteres, con gastrostomía funcional, extremidades rígidas, que venía recibiendo el servicio de enfermería 24 horas; y por tanto, iii) está en una condición de vulnerabilidad absoluta, al ser una persona con movilidad reducida, y por su talla es un paciente de difícil manejo, dependiente exclusivamente de su madre de la tercera edad, y que pertenecen al Sisbén calificado como A2 (pobreza extrema), mereciendo una protección reforzada de su derecho a la salud60.

7.5. La Corte conoció en la sentencia T-475 de 202061, el caso de un pequeño con parálisis cerebral y epilepsia focal, que acudió a la tutela por intermedio de su madre para solicitar el servicio de enfermería por 12 horas al que su EPS se negó a brindarle el tratamiento requerido para su patología; en aquella ocasión, se amparó el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. En un caso más similar, la sentencia T-120 de 2017 supo el caso de una de persona de 28 años con retardo mental, parálisis cerebral congénita, síndrome convulsivo

complejo e incontinencia, que acudió a la tutela por intermedio de su madre, para solicitar que la EPS le suministrara varios servicios entre los cuales se encontraba el de enfermería 24 horas; para esa ocasión, el juez concedió la tutela por el derecho a la salud y vida digna en su faceta de diagnóstico.

7.6. Si bien, Mutual Ser EPS no respondió la tutela, por lo que el juez de instancia impuso la sanción que establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en un par de casos similares resueltos recientemente por ésta Sala de Revisión62, dos entidades promotoras de salud, una del régimen subsidiado y otra perteneciente al régimen contributivo, justificaron la negativa de dar trámite a la prescripción de enfermería por 24 horas emitida por médico tratante, en que no existía indicación, porque los pacientes no tenían gastrostomía o traqueostomía.

7.7. Visto lo anterior, procede la Sala a analizar si en el asunto sub examine se reúnen las condiciones definidas por la jurisprudencia para ordenar el suministro del servicio de enfermería domiciliaria, el tratamiento integral y gastos de transporte, solicitados por la agente oficiosa, de conformidad con las consideraciones realizadas en los fundamentos jurídicos II.4.7., II.6.1. y II.6.4.

7.7.1. En lo que atañe a la solicitud de enfermería 24 horas, la Sala, en consideración al estado de salud del paciente y a que adicionalmente tiene los procedimientos de gastrostomía y traqueostomía63, encuentra que es un hecho notorio la necesidad de ordenar, en sede de tutela, el servicio de enfermería por 24 horas, sujeto a la ratificación o modificación del médico tratante en neurología o medicina interna. Lo anterior, en razón a que si bien existe una orden médica del 20 de enero de 2023 emitida por neurología, en la que se indicó: “valoración por IPS Cuidado Seguro en Casa, Definir requerimiento de enfermeria”, ésta se agotó cuando la médica evaluadora de la IPS el 06 de febrero de 2023 suspendió el servicio que el paciente venia reviendo de larga data. Esta posición se sustenta también en que el historial clínico muestra que el accionante venía de unas lesiones y

fracturas en su cráneo y cara producidas en un accidente de tránsito, cuatro años atrás, de carácter permanente, que afectaron su sistema nervioso central, que ha requerido enfermería por 24 horas en varias ocasiones64.

CRITERIO

CUMPLE

OBSERVACIÓN

a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

NO

A pesar de lo afirmado por la accionante y de aplicar el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991; según los elementos que obran en el expediente65, no se evidencia una conducta negligente por parte de la EPS.

b) si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere.

NO

En relación con las enfermedades de Luis, no constan en el expediente órdenes médicas sobre el tratamiento específico a sus patologías que estén siendo incumplidas y tampoco se alegó este aspecto en sede de tutela, de manera que otorgar el amparo sobre tratamiento integral implicaría pronunciarse sobre situaciones futuras e inciertas.

7.7.3. En lo que tiene que ver con la solicitud de gastos de transporte con acompañante, se evidenció que la EPS brinda al accionante alimentación por gastrostomía, cama hospitalaria, medicamentos e insumos, terapias físicas y de fonoaudiología, seguimiento por Nutrición y

Medicina General; por el contrario, no se halló una orden médica, o cita asignada en el mismo municipio o ciudad diferente que amerite el cubrimiento de la prestación. Se recuerda que la jurisprudencia explica los casos en que procede; por tanto, la Sala no accederá a la presente petición.

7.8. Por las razones expuestas, la Sala revocará la decisión del juez de única instancia, por medio de la cual le negó el amparo de los derechos invocados al accionante. En su lugar, tutelará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, vida digna y seguridad social. En consecuencia, i) ordenará a Mutual Ser EPS a suministrar el servicio de enfermería-24 horas, prescripción que deberá ser refrendada o convalidada por el médico tratante del señor Luis. Adicionalmente, desvinculará por falta de legitimación por pasiva a la ADRES. Por otro lado, instará a la IPS Cuidado Seguro en Casa a continuar brindando el tratamiento requerido por el paciente.

Síntesis de la decisión

7.9. La Corte Constitucional conoció la acción de tutela promovida por una mujer de la tercera que actuó como agente oficiosa de su hijo adulto en condición de discapacidad que padece de secuelas motoras y cognitivas, epilepsia estructural, entre otras, que le impiden valerse por sí mismo. La agente solicita que se ordene la prestación del servicio de enfermería 24 horas negado por la accionada, que se garantice el tratamiento integral y que se acceda a los gastos de transporte en caso de requerirse.

7.10. Luego de superar el examen de procedencia de la acción de tutela, la Sala estableció como problema jurídico a analizar, si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de una persona en condición de discapacidad, del régimen subsidiado, con secuelas motoras y cognitivas, con gastrostomía y traqueostomía, imposibilitado para moverse, al no autorizar la prestación del servicio de

enfermería 24 horas, basado en una valoración que determinó la suspensión de éste, que no tuvo en cuenta la recomendación del médico tratante de no interrumpir tratamiento.

7.11. Con el fin de resolver el interrogante, la Sala reiteró la jurisprudencia sobre (i) el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad y su faceta de diagnóstico; (ii) los requisitos para la prestación del servicio de enfermería; (iii) las figuras del tratamiento integral y los gastos de transporte y, finalmente, (iv) decidió el caso concreto. Por tal razón, destacó algunas normas de carácter constitucional y legal, acompañado de la jurisprudencia pertinente, para concluir que el derecho fundamental a la salud en su faceta diagnóstica debe prestarse a las personas en condición de discapacidad, de manera integral, continua, permanente, oportuna, eficiente y con calidad en las diferentes etapas de la enfermedad. Asimismo, recordó que es obligación de las EPS garantizar el acceso a los servicios de salud de toda la población, donde el médico tratante tiene un rol prevalente al ser el único que puede hacer prescripciones con un criterio técnico y científico; y de la posibilidad del juez constitucional, cuando está ante un hecho notorio, de ordenar el suministro de enfermería, siempre con la ratificación a posteriori del médico tratante, servicio cubierto por el PBS. Por último, reseñó que el derecho a la salud está íntimamente ligado con el derecho a la seguridad social y vida digna, indicando los casos en qué procede el tratamiento integral y el acceso a gastos de transporte.

7.12. Con todo lo anterior, la Sala evidenció, a partir de su propia jurisprudencia, la necesidad de amparar los derechos del accionante, a partir de: (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, que además (ii) se interrumpió el tratamiento médico sugerido por el médico tratante al suspenderse abruptamente el servicio de enfermería 24 horas. Así las cosas, la Sala revoca la decisión del juez de única instancia y en su lugar amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, la vida digna y la seguridad social del accionante. En consecuencia, ordenará a la accionada a suministrar el servicio de enfermería 24 horas, servicio sujeto a que lo convalide el médico tratante del paciente; desvinculará a la ADRES por falta de legitimación por pasiva e instará a la IPS a seguir con el tratamiento instaurado al paciente.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia del 17 de marzo de 2023, proferida en única instancia por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Montería, que negó la tutela interpuesta por el señor Luis por intermedio de su agente oficiosa, contra Mutual Ser EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico, vida digna y seguridad social, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. – ORDENAR a MUTUAL SER EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, autorice el servicio de enfermera domiciliaria por 24 horas, servicio que deberá ser convalidad, por su médico tratante, si así lo considera.

TERCERO. – DESVINCULAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

CUARTO. – INSTAR a la IPS Cuidado Seguro en Casa, a que continúe prestando los servicios y tratamientos médicos ordenados al paciente Luis; garantizando una atención en salud con calidad.

QUINTO. – Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Integrada por los magistrados Natalia Ángel Cabo y Juan Carlos Cortés González.

2 Documento que se accede en el siguiente link: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2030%20MAYO-23%20NOTIFICADO%209%20JUNIO-23.pdf

3 Conforme al documento de identidad, el agenciado nació el 13 de mayo de 1990. Expediente Digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA” Folio 1.

4 Los diagnósticos fueron tomados de manera literal del hecho segundo del escrito de tutela formulado por la accionante, quien aseguró que se soportan en historia clínica.

5 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA”.

6 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA”.

7 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Actuaciones_1_04AUTOADMITE”.

8 Se indicó que, los servicios de salud con cargo a la UPC se encuentran contemplados expresamente en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos.

9 Estos servicios de salud con cargo al presupuesto máximo se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020.

10 El reconocimiento y pago del suministro de los servicios que prevé la Resolución 2152 de 2020 dependerá de un proceso de verificación y control a cargo de la ADRES.

11 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Contestacion”.

12 Ibidem.

13 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA”. Folio 10.

14 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA”. Folios 11 y 13.

15 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Procesos_1_01DEMANDA”. Folios 14, 15, 16 y 23.

16 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Actuaciones_5_07SENTENCIA”.

17 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Actuaciones_5_07SENTENCIA”.

18 Expediente digital T-9.384.603, archivo pdf: “Actuaciones_5_07SENTENCIA”.

19 De suministrar viáticos, alojamiento y alimentación para acudir a las citas médicas que puedan ser ordenadas por médico tratante para el accionante y un acompañante y a reconocer tratamiento integral al accionante.

20 Expediente digital T-9.384.603-

21 Esta sección se hizo en atención al acápite correspondiente de sentencias aplicables en la materia, tales como: las sentencias SU-508 de 2020, T-394 de 2021, T-005, T-025 y T-268 de 2023.

22 Ver el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que establece las funciones de esta entidad pública.

23 Sobre el particular, la Corte estableció que: “el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”. Ver Sentencia T-040 de 2016.

24 Corte Constitucional, sentencias T-662 de 2013, T-527 de 2015 y T-382 de 2018.

25 El cual ha sido objeto de modificación, mediante las leyes 1437 de 2011 y 1949 de 2019.

27 De acuerdo con la consulta efectuada el día 15 de agosto de 2023 en la página web del Sisbén, el accionante pertenece al nivel A2 que corresponde a “Pobreza extrema”.

28 Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

29 Capítulo elaborado con fundamento en las Sentencias SU-508 de 2020, T-260 y T-475 de 2020, T-394 y T-400 de 2021, T-253 de 2022, y T-005, T-099 y T-268 de 2023.

30 La jurisprudencia define a la salud como “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-539 de 2013, T-499 de 2014, T-745 de 2014, T-094 de 2016, T-014 de 2017 y T-471 de 2018.

31 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “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".

32 Corte Constitucional, sentencias T-597 de 1993, T-184 de 2011, T-001 de 2018, T-017 de 2021, entre otras.

33 Corte Constitucional, sentencias T-402 de 2018, T-513 de 2020 y T-017 de 2021.

34 El parágrafo del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que los principios del derecho fundamental a la salud se interpretarán de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional.

35 Corte Constitucional, sentencias T-061 y T-508 de 2019, T-001 y T-394 de 2021, y T-005, T-025, T-047 y T-099 de 2023.

36 Corte Constitucional, sentencias T-508 de 2020, T-400 de 2021 y T-025 de 2023.

37 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020, fundamento jurídico 217.

38 La providencia toma las consideraciones pertinentes de las sentencias T-510 de 2015, T-017 y T-394 de 2021, T-005, T-025 de 2023 y T-268 de 2020, y SU-508 de 2020.

39 Recién entró en vigencia la Ley 100 de 1993, existió otra categoría denominada "vinculados", que desapareció en la década pasada; también, coexistió un doble POS, uno para afiliados al régimen contributivo y otro para los afiliados del régimen subsidiado; distinción que fue de alguna manera fue discriminatoria.

40 Ley 1751 de 2015. Artículo 15. "El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. // En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:// a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; // b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y

eficacia clínica; // c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; // d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; // e) Que se encuentren en fase de experimentación; // f) Que tengan que ser prestados en el exterior. // Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. […]".

41 Actualmente, los servicios y tecnologías en salud que se encuentran incluidos en el PBS se garantizan mediante dos mecanismos de protección: i) el de protección colectiva-UPC y presupuestos máximos regulado en la Resolución 2481 de 2020 y, ii) el de protección individual, que cubre los servicios y tecnologías que aún no hacen parte de la protección colectiva, los cuales son financiados por recursos de la ADRES, reglamentado mediante las resoluciones 1885 y 2438 de 2018 y sus normas modificatorias.

42 Los últimos fallos de Corte, como las sentencias T-005, T-025, T-264 y T-268 de 2023, en consonancia con la SU-508 de 2020 explicaron que "la finalidad de las exclusiones es que los recursos del sistema de salud se destinen a la satisfacción de los asuntos prioritarios. Esto sin desconocer: (i) el núcleo esencial del derecho a la salud; (ii) la obligación de garantizar el nivel más alto posible de atención integral en salud; y, (iii) el deber de prever una ampliación progresiva en materia de prestación de los servicios y tecnologías en salud".

43 Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2019.

44 Ibidem.

45 Es pertinente hacer una precisión conceptual, en el sentido de indicar que, en vigencia de la Resolución 5261 de 1994 y los acuerdos del extinto Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), había un POS y un NOPOS; pero con la entrada en vigencia de la ley 1751 de 2015, su artículo 15 estableció una distinción entre servicios PBS, servicios PBS no cubiertos con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y servicios expresamente excluidos.

46 Corte Constitucional, sentencias T-264 y T-268 de 2023.

47 Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2023 citando a la SU-508 de 2020, fundamento

jurídico 215.

48 Ibidem.

49 En contraste al servicio de enfermería, está el servicio de cuidador, figuras que no deben confundirse. La Sentencia T-264 de 2023 indicó que el servicio de cuidador como aquel "orientado a garantizar que un familiar, una persona cercana o un cuidador no profesional de la salud, le brinde a un individuo que padece una enfermedad grave –sea congénita, accidental o derivada de su avanzada edad–, el apoyo físico necesario para que éste pueda realizar sus actividades básicas cotidianas, así como aquellas que le permitan desenvolverse de forma adecuada en escenarios en los que su condición médica le genere dependencia total". Ver Sentencia T-136 de 2020, M.P. Carlos Bernal Pulido.

51 Corte Constitucional, sentencias T-259 de 2019 y T-513 de 2020.

52 Acápite o sección tomado de la parte considerativa de la sentencia T-264 de 2023.

53 Corte Constitucional, sentencia T-041 de 2019.

54 Corte Constitucional, sentencia T-033 del 2013.

55 Ver también, la sentencia T-277 de 2015.

56 Corte Constitucional, sentencia T-017 del 2021.

57 Corte Constitucional, sentencia T-459 de 2022.

58 Expediente Digital T-9.384.603 "Procesos_1_01DEMANDA"

59 Expediente Digital T-9.384.603 "Procesos_1_01DEMANDA". Folio 11.

60 Al respecto, es importante mostrar que la realidad enseña que el cuidado está desbalanceado y es asumido, por lo general por las mujeres: "feminización del cuidado" (CEPAL, 2021, Cuidados en América Latina y el Caribe en tiempos del COVID-19. Hacia Sistemas integrales para fortalecer la respuesta y la recuperación). Los hechos de la presente tutela muestran que es la madre del afectado, quien tiene que soportar unas cargas de cuidado desproporcionales que tiene consecuencias sobre ella misma y sobre la persona que

cuida.

61 Otros fallos recientes que han analizado casos relacionados con personas en condición de discapacidad y enfermedades neurológicas han sido, sentencias T-196 y T-468 de 2018.

62 Corte Constitucional, sentencias T-264 y T-268 de 2023.

63 Expediente Digital T-9.384.603 “Procesos_1_01DEMANDA”. Folio 10 y 12.

64 Expediente Digital T-9.384.603 “Procesos_1_01DEMANDA”. Folios 14, 15, 16 y 23.

65 La EPS brinda a Luis alimentación por gastrostomía, cama hospitalaria, medicamentos e insumos, terapias físicas y de fonoaudiología, seguimiento por Nutrición y Medicina General. En ese sentido, ha autorizado y suministrado oportunamente los servicios en salud que esta persona requiere.