

Sentencia T-423/19

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

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

Las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales[66], pañitos húmedos y sillas de ruedas.

SUMINISTRO DOMICILIARIO DE SERVICIO DE ENFERMERIA EN EL NUEVO PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD/ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

Las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede

exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS autorice y suministre servicio de cuidador a domicilio por 12 horas

Referencia: Expediente T-7.349.929

Acción de tutela presentada por Ana Alcira Benítez Cruz (en calidad de agente oficiosa de María de las Mercedes Cruz Polo) contra Savia Salud EPS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia

Procedencia: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caucasia-Antioquia.

Asunto: Derecho a la salud y atención domiciliaria.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caucaasia-Antioquia, del 20 de marzo de 2019, en el proceso de tutela promovido por Ana Alcira Benítez Cruz, quien actúa en calidad de agente oficiosa de su progenitora María de las Mercedes Cruz Polo, contra Savia Salud EPS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia[1].

I. ANTECEDENTES

Ana Alcira Benítez Cruz, quien actúa en calidad de “representante” de María de las Mercedes Cruz Polo, presentó acción de tutela en contra de Savia Salud EPS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, por considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

A. Hechos y pretensiones

1. La señora Benítez Cruz manifiesta ser madre cabeza de hogar y tener a su cargo tres hijos estudiantes de 9, 17 y 25 años y a su madre María de las Mercedes Cruz Polo, quien actualmente tiene 69 años. Su progenitora padece de insuficiencia renal crónica en fase terminal, hipertensión, diabetes Mellitus, retinopatía mixta en ambos ojos y cataratas; una condición que le generó además ceguera bilateral. Debido a la insuficiencia renal terminal que presenta su señora madre, se le realizan diálisis tres veces por semana los días “lunes, miércoles y viernes”[2] en la ciudad de Montería, en la IPS Nefrouros.

2. Como consecuencia de este diagnóstico y del progresivo deterioro de la salud de su progenitora, la demandante relata que debe brindarle acompañamiento diario y permanente y asistir con ella además a las sesiones de diálisis, lo que ha afectado significativamente su capacidad laboral, ya que no cuenta con el tiempo suficiente para cumplir con una jornada completa de trabajo. Actualmente no posee tampoco los recursos económicos para sufragar los gastos de manutención de su núcleo familiar, teniendo en

cuenta que no labora de manera permanente, aunque percibe algún dinero de la realización de oficios varios en los tiempos libres que le quedan, especialmente mientras la señora Cruz Polo es cuidada por su nieto, que es el hijo mayor de la accionante.

3. Afirma que tiene hermanos, pero que estos son personas de escasos recursos que viven en otras ciudades del país como Medellín, Bogotá, Cáceres y Magangué, por lo que entre todos no pueden pagar el servicio de enfermería domiciliaria y no les es posible colaborar con el cuidado diario de la señora Cruz Polo.

4. Relata que el 23 de noviembre de 2018 presentó ante Savia Salud EPS solicitud de servicio de enfermería en casa las 24 horas, debido al grave estado de salud de su progenitora, la necesidad de atención permanente que requiere y su imposibilidad como hija de trabajar para sostener el hogar.

5. El 27 de diciembre de 2018, Savia Salud EPS dio respuesta desfavorable a su petición, al considerar que el servicio de salud requerido no debía ser proporcionado por esa entidad, sino que se trataba de una responsabilidad que le correspondía “al estado Colombiano a través de a (sic) la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia – Ministerio de Salud y Protección Social”[3].

6. El 9 de enero de 2019, su madre sufrió fractura de “diáfisis distal de radio izquierdo” en su brazo, razón por la que fue valorada por un ortopedista, quien la inmovilizó con férula. Esta situación ha hecho aún más difícil la movilización de la madre, no solo por ser una persona de la tercera edad y sus dolencias, sino por el acompañamiento que requiere para que no se comprometa su fractura y su condición terminal de salud.

7. Posteriormente, el 16 de enero de 2019, la madre de la accionante ingresó a la Unidad de Cuidados Intermedios en la Fundación Amigos de la Salud en Montería por desvanecimiento, “hipotensión sostenida y deterioro neurológico durante terapia hemodialítica”[4].

8. Con fundamento en los hechos anteriormente narrados, solicita que se amparen los derechos a la salud y a la vida digna a la señora María de las Mercedes Cruz Polo y se ordene a Savia Salud EPS suministrar el servicio de enfermería en casa las 24 horas del día, sin asumir su costo, ya que no cuenta con los recursos suficientes para sufragarlo.

B. Actuación procesal

Mediante Auto de 13 de marzo de 2019[5], el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca avocó conocimiento de la acción de tutela, ordenó correr traslado a la parte demandada y vinculó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Respuesta de SAVIA SALUD EPS

Sostiene la entidad accionada que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia es la entidad responsable de asumir los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, entre los que se encuentra el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas, solicitado por la accionante.

Con todo, afirmó que la accionante no aportó orden o fórmula médica en la que se evidencie la necesidad de prestarle a su progenitora el servicio de enfermería las 24 horas, razón por la cual considera que la acción de tutela debe ser declarada improcedente.

En lo que concierne a sus deberes como EPS, sostiene que las sentencias T-020 de 2013 y T-314 de 2010 determinaron que la principal responsabilidad “durante la prestación de los servicios de salud excluidos del Plan de Beneficios en Salud... es la de orientar y acompañar a su afiliado hasta que se verifique la efectiva atención médica”[7], por lo que a su juicio el juzgado debe declarar la configuración de hecho superado en su caso, en la medida en que la EPS cumplió con orientar y acompañar a la progenitora de la accionante en las diferentes etapas requeridas para obtener una efectiva atención médica. Una circunstancia que se encuentra probada al no existir prueba alguna de que los servicios contenidos en el Plan de Beneficios en Salud no se hayan prestado, por lo que “habrá de colegirse la improcedencia de fallo condenatorio en contra de la entidad por configuración de hecho superado”[8].

A continuación, la EPS solicitó no otorgar a la accionante el tratamiento integral que se pretende, toda vez que de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional, este beneficio no aplica para posibles “derechos a futuro... que pudieran resultar amenazados o vulnerados”[9].

Así mismo, la EPS mencionó la “crítica situación de iliquidez” del Sistema General de

Seguridad Social en Salud por el incremento de la demanda de servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y expuso distintas sentencias constitucionales en las que se menciona la prohibición de imponer cargas a las entidades promotoras de salud que estas no estén llamadas a asumir.

Finalmente, la EPS demandada afirmó que de acuerdo con lo establecido en el numeral 7.2.4 de la Sentencia C-252 de 2010, y en consideración a la situación financiera de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, de declararse procedente la tutela se debería ordenar el pago de los servicios autorizados a la ADRES, a través del fallo que corresponda.

Respuesta de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social

La entidad estatal solicitó al juez de instancia ser relevada de la responsabilidad jurídica que se propone en este caso concreto, por no ser la entidad competente para garantizar las pretensiones de la tutela, ya que es la EPS accionada la obligada a “garantizar las atenciones en salud que requiere el usuario estando contempladas, o no cubiertas, dentro del Plan de Beneficios en Salud”[10].

Afirmó que mediante la Resolución 1479 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social modificó el procedimiento de cobro y pago de los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud en el régimen subsidiado de Salud. En dicha normativa, se establecieron dos modelos: (i) centralizado, en el que la entidad territorial es la responsable de financiar los servicios no cubiertos con subsidios a la demanda, y por lo tanto, es la encargada de autorizar y garantizar la prestación de los servicios solicitados; y (ii) descentralizado, en el que las EPS gestionan, autorizan y garantizan el acceso de los usuarios a todos los servicios de salud que requieran con su red de prestadores y posteriormente, facturan a la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social del ente territorial respectivo los procedimientos no contemplados en el Plan de Beneficios en Salud, tras el envío de los soportes y factura.

Adicionalmente, sostuvo que la Circular 017 del 2015, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, determinó que para la aplicación e implementación de la Resolución 14769 de 2015, en el modelo descentralizado, se obliga a las EPS garantizar a sus afiliados el acceso efectivo “a los servicios y tecnologías no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

que sean autorizados por el Comité Técnico Científico”, independientemente de la responsabilidad de pago que tenga la entidad territorial, so pena de las sanciones administrativas que puedan aplicarse.

En el caso particular, señaló que la Secretaría emitió la Resolución Departamental 192975 de 2015, en la que adoptó el modelo descentralizado para la prestación de servicios no cubiertos en el Plan de Beneficios en Salud, por lo que Savia Salud EPS es la obligada a otorgar a la accionante la atención de enfermería domiciliaria 24 horas, y posteriormente, cobrar al ente territorial, sin que dicho trámite administrativo sea una barrera de acceso al servicio de salud requerido.

Por último, en cuanto a la pretensión de la accionante sobre la exoneración del cobro de copagos, la Secretaría manifestó que no es una petición que pueda dirigirse a ella, ya que la encargada de su cobro es la EPS y es quien dispone de dichos recursos, por lo que “son dichas entidades EPS-S como partícipes del sistema general de seguridad social en salud quienes deberán realizar propuestas o alternativas de pago de los copagos a los usuarios... en ejercicio de la responsabilidad social a estas delegada”[11]. Además, reiteró que las personas clasificadas en el nivel I de la Aplicación de la encuesta SISBEN, de acuerdo a lo estipulado por la Ley 1122 de 2007, artículo 14, literal G, están exoneradas de su pago.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de única instancia

Mediante fallo del 20 de marzo de 2019[12], el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caucasia (Antioquia) negó la tutela de la referencia, por considerar que el suministro de atención domiciliaria para la madre de la accionante no fue ordenado por su médico tratante, tal como se dispone en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017, por lo que ordenar lo contrario “sería usurpar las funciones de los galenos”[13], quienes son los competentes para determinar la necesidad de un servicio requerido.

II. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

Auto del 5 de julio de 2019

Mediante Auto del 5 de julio de 2019, esta Corporación solicitó a la parte accionante y a

Savia Salud EPS varias pruebas, sobre el núcleo familiar y la capacidad económica de la familia Benítez Cruz, el historial médico de la progenitora de la demandante, los tratamientos que actualmente recibe, la evolución de su estado de salud y si hubo alguna variación en cuanto a la designación del servicio de salud requerido.

Respuesta de la accionante

Mediante escrito recibido el 18 de julio de 2019 en la Corte, la señora Ana Alcira Benítez manifestó que actualmente no trabaja, que sus ingresos mensuales ascienden a \$450.000 pesos y que los obtiene de trabajos que realiza esporádicamente, debido a que es la encargada de cuidar a su progenitora. Igualmente, sostuvo que no tiene vivienda propia, que es madre cabeza de familia y vive únicamente con su madre y sus tres hijos de 9, 17 y 25 años, quienes estudian en la Institución Educativa Marco Fidel Suarez y en la Universidad de Antioquia Sede Bajo Cauca, respectivamente.

En cuanto al cuidado de su progenitora, sostuvo que a pesar de que tiene varios hermanos, ninguno de ellos le colabora, ya que viven lejos: “dos viven en Bogotá, uno en Medellín, uno en Magangué y otra vive en Cáceres”. Todos, sin embargo, son de escasos recursos y no les alcanza para pagar una enfermera en casa. Su hijo mayor ayuda a cuidar a la señora María de las Mercedes algunos días entre semana, cuando no debe asistir a la universidad, pero es ella finalmente quien se encarga del cuidado diario y permanente, lo que ha generado una disminución importante en los ingresos que percibe y en el tiempo de cuidado de los demás miembros de su familia.

Finalmente, sobre el estado de salud de la señora María de las Mercedes Cruz Polo, afirmó que actualmente sufre las siguientes patologías: “enfermedad crónica renal en fase terminal con diálisis intermedio los lunes, miércoles y viernes, ceguera bilateral, diabetes mellitus, además ecv isquémico dos veces, hipertensa y presenta fractura del miembro izquierdo”. Así mismo, refirió que para llegar a las diálisis, se traslada mediante el transporte dado por la EPS, mediante fallo de tutela con radicado No. 00316001220150023500[14], fallo que no se ha cumplido totalmente, ya que algunos días debe sufragar con sus propios recursos otro medio de transporte.

Auto del 26 de julio de 2019

Mediante Auto del 26 de julio de 2019, se requirió a Savia Salud EPS para que allegara la información solicitada en el Auto del 5 de julio de 2019.

El 31 de julio de 2019, la Secretaría General de esta Corporación informó al despacho de la Magistrada Sustanciadora que el oficio OPT-A-1594/2019 del 9 de julio de 2019 librado a Savia Salud EPS fue devuelto por la Oficina de Correo 472, con la anotación “rehusado”.

El 2 de agosto de 2019, por medio de la Secretaria General de esta Corporación, se envió nuevamente Auto del 5 de julio de 2019 al correo de Savia Salud EPS de notificación de tutelas, el cual tuvo respuesta el mismo día.

Respuesta de Savia Salud EPS

La Coordinadora de Garantía de Derechos de la EPS afirmó que actualmente la señora María de las Mercedes Cruz Polo se encuentra afiliada en el régimen subsidiado, presenta “ceguera en ambos ojos, hipertensión esencial primaria, diabetes mellitus insulino dependiente, insuficiencia renal crónica”, y es beneficiaria de los siguientes servicios de salud:

“Los servicios de oftalmología se le están prestando en especialidades oftalmológicas CEO.

-Insulina más insumo

-Insulina glargina 100 iu/ml solución inyectable dispositivo con cartucho x 3 ml solostar (lantus).

-Aguja desechable para lapicero 31g x 5mm (bd ultrafine)

-Tirilla de glucometría glucoquick x unidad.

-Lanceta estéril (glucoquick) x unidad.

-Glucómetro (on call simple acon)

-Control de hipertensión arterial en el Hospital Cesar Uribe Piedrahita

-Losartan 50 MG

-Hemodiálisis paquete mensual en Nefrouros mom sas Montería (sic)”

Señaló que la sede más cercana al domicilio de la accionante y su progenitora para realizar las diálisis es efectivamente la ciudad de Montería, donde se ubica la IPS Nefrouros. Así mismo, sostuvo que no tienen la custodia de la historia clínica de sus afiliados, solo tienen acceso a ellas o parte de ellas, cuando el usuario se acerca a una de las sedes a solicitar autorización de servicios de salud, por lo que no puede allegar dicho documento.

Competencia.

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión preliminar. Precisión terminológica

2. A partir de los argumentos expuestos por las partes, los intervinientes y los jueces de instancia, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones en relación al lenguaje utilizado para describir el Sistema de Seguridad Social en Salud actual, a fin de armonizarlo con los objetivos de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la normatividad vigente, tal y como fueron reconocidos por la Sala Plena en la Sentencia C-313 de 2014, que analizó su constitucionalidad. De acuerdo con lo dicho previamente, la Sala hace este análisis, con el propósito de determinar algunas precisiones terminológicas respecto de los servicios no incluidos en materia POS.

La referida sentencia reconoció como uno de los cometidos de la ley estatutaria la erradicación de un Plan Obligatorio de Salud. Su propósito era transformar la lógica del Sistema para enfatizar que, a partir de su expedición, por regla general, todos los bienes y servicios en salud estarían cubiertos. Al analizar la exposición de motivos de la mencionada ley, esa sentencia precisó que “ya no habrá Plan Único de Beneficios o Plan Obligatorio de Salud, sino que todos los bienes y servicios de salud que requiera el individuo deberán ser cubiertos, a menos que se encuentren dentro de la lista expresa de exclusiones (límite al

derecho fundamental de la salud) establecida en el artículo 10 de la ponencia”.

3. Por ende, a partir de ese momento el uso de los términos alusivos al Plan Obligatorio de Salud, como servicios o insumos POS o NO POS, resulta contradictorio con los objetivos del Legislador y anacrónico, en la medida en que aquel perdió vigencia. Desde el momento de la promulgación de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el Sistema de Salud se consolida a través de tres mecanismos de acceso que fueron señalados y distinguidos entre sí en la Sentencia SU-124 de 2018[15]:

(i) Mecanismo de protección colectiva o “mancomunado riesgos individuales”. Cubre las prestaciones de salud que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante PBSUPC), como el conjunto de servicios y tecnologías que deben ser garantizados por las EPS con cargo a los recursos que ellas reciben de la UPC, “bajo la estricta observancia de los principios de integralidad, territorialidad, complementariedad, calidad y universalidad, entre otros, sin que en ningún caso los trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para que el usuario se beneficie del servicio”.

(ii) Mecanismo de protección individual: comprende tecnologías en salud y servicios complementarios que no se encuentran en el instrumento garantía colectiva, pero están autorizados por la autoridad competente (INVIMA, Resoluciones de Clasificación Única de Procedimientos en Salud-CUPS-, de habilitación, entre otras). Se garantizan a través de las entidades territoriales en el régimen subsidiado y por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) para el régimen contributivo, pero no se financian con recursos de la UPC. En ambos casos el aplicativo “MIPRES” sirve como herramienta tecnológica para garantizar el acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de las tecnologías.

(iii) Mecanismo de exclusiones: consagra los servicios que no serán financiados con recursos públicos por cuanto (i) tienen finalidad cosmética o suntuaria no relacionada con la capacidad funcional o vital; (ii) no hay evidencia de seguridad, eficacia o efectividad clínica; (iii) su uso no está autorizado por autoridad competente; (iv) se encuentran en fase de experimentación; o (v) deban ser prestados en el exterior.

4. De conformidad con ello, en esta providencia las alusiones hechas respecto de los

servicios y procedimientos NO POS, se entenderán efectuadas en el marco de los mecanismos actuales de acceso al sistema de salud.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

5. La señora Ana Alcira Benítez Cruz presentó acción de tutela en calidad de agente oficiosa de la señora María de las Mercedes Cruz Polo contra Savia Salud EPS y/o la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia para obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de su señora madre, quien sufre de insuficiencia renal crónica en fase terminal, ceguera bilateral, hipertensión, diabetes y una fractura en el brazo, exigiendo atención y acompañamiento permanente, que las entidades enunciadas se han negado a brindar.

6. Aunado a lo anterior, afirmó que la negativa de Savia Salud EPS de prestar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas para su madre le ha impedido trabajar en jornada completa y obtener los recursos económicos suficientes para mantener a su núcleo familiar.

7. Savia Salud EPS adujo que la acción de tutela en este caso era improcedente, toda vez que la accionante no probó debidamente la necesidad del servicio de salud que requiere, pues no reposa en el expediente orden o instrucción médica al respecto. Además, aseguró que la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, es quien tiene la responsabilidad de asumir los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, tal como el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas.

8. La Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia sostuvo que Savia Salud EPS es la entidad responsable de brindar el servicio de salud que la demandante requiere para su madre, en razón del modelo descentralizado de pago de servicios que el Departamento de Antioquia adoptó mediante la Resolución Departamental 192975 de 2015, en el que los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud deben ser brindados a los afiliados y posteriormente cobrados al ente territorial.

9. El juez de única instancia negó la protección invocada por considerar que la acción de tutela es improcedente, dado que no se probó en debida forma que el médico tratante de la

señora Cruz Polo haya ordenado dicho servicio, por lo que no existe prestación pendiente de ser recibida por la accionante.

10. De conformidad con los antecedentes reseñados, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Savia Salud EPS y/o la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora María de las Mercedes Cruz Polo, al negar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas solicitado por la hija con ocasión de la carencia de orden médica, a pesar de que la señora Cruz Polo es una persona de la tercera edad en condición de discapacidad que requiere de cuidados permanentes y cuya familia alega un impacto grave de esta situación en la manutención del entorno familiar?

11. Para abordar el asunto formulado, la Sala examinará inicialmente la procedencia de la acción de tutela. De superarse el análisis de procedibilidad del amparo, se estudiarán los siguientes aspectos: (i) contenido y alcance del derecho a la salud, reiteración de jurisprudencia; (ii) la acción de tutela y el cubrimiento de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios), reiteración de jurisprudencia; (iii) el suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador; y por último (iv) la solución al caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela[16].

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

12. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que el recurso de amparo podrá ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante

legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. Con respecto a este último, la citada norma dispone que “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.” (Resaltado fuera del texto original)

13. De acuerdo con lo anterior, la agencia oficiosa es una figura de carácter excepcional, en la medida en que requiere que se presente una circunstancia de indefensión o impedimento del afectado que le imposibilite recurrir a los mecanismos existentes para buscar por sí mismo la protección de sus derechos[17].

Sobre este punto, en la Sentencia T-029 de 2016, se indicó que: “La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales”[18] (negrilla fuera de texto).

14. De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que son elementos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, los siguientes: “(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro[19]; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular”[20]

15. Desde esta perspectiva, la valoración del escrito contentivo de la acción de tutela debe ser material, con el propósito de definir las circunstancias y las razones por las que el titular de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados no acude directamente a la jurisdicción constitucional para reclamar su amparo.

16. En el caso particular que ocupa a la Sala, se observa que la accionante no es la titular de los derechos fundamentales invocados, ni actúa como apoderada judicial de la señora Cruz Polo. No obstante lo anterior, del texto de la acción de tutela presentado se puede observar que la señora Ana Alcira Benítez Cruz indicó que actúa en “representación (sic) María de las Mercedes Cruz Polo”[21], y que es la encargada de brindarle los cuidados y

manutención a su madre, por lo que se cumple el primer requisito enunciado anteriormente, en la medida en que la Sala puede inferir de manera razonable a partir del material probatorio que la señora Ana Alcira obra en calidad de agente oficioso de su progenitora en el caso concreto. A su vez, se identifica plenamente al sujeto agenciado.

17. Igualmente, a partir de los documentos que reposan en el expediente de tutela original, así como en virtud de las manifestaciones y pruebas aportadas por la accionante en el trámite de revisión[22], encuentra la Sala que la señora Cruz Polo no pudo actuar personalmente en defensa de sus intereses, teniendo en cuenta que es una persona de la tercera edad, que padece de insuficiencia renal en fase terminal, ceguera bilateral, diabetes y otras patologías. En esa medida, se cumple el segundo requisito para la configuración de la agencia oficiosa, pues se evidencia que la agenciada no está en condiciones físicas que le permitan promover su propia defensa.

18. Por todo lo anterior, la Sala reconoce que la señora Ana Alcira Benítez Cruz está legitimada por activa para representar los intereses de la titular de los derechos fundamentales invocados, en el marco del trámite del recurso de amparo y de su actual revisión por esta Corporación.

19. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso[23]. 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”.

20. Igualmente, la referida norma señala que “también procede la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares”, en concordancia con lo establecido en sus artículos 42 al 45 y el inciso final del artículo 86 superior.

21. Por lo anterior, la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia tiene legitimación por pasiva, por ser el ente territorial encargado de dirigir, coordinar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población habitante en el departamento de Antioquia, según las características

poblacionales y el régimen de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud[24].

22. Así mismo, se constata que Savia Salud EPS es una entidad prestadora del servicio público de salud, a la cual se encuentra afiliada la señora Cruz Polo, en cuyo favor se interpone esta acción y, en consecuencia, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

Requisito de Inmediatez[25]

23. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 superior es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo[26], toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales[27].

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable[28].

24. La Sala considera que en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable[29]. En particular, se advierte que el amparo se interpuso dos meses y medio después de que la accionante obtuviera respuesta negativa de Savia Salud EPS sobre la prestación del servicio de enfermería domiciliaria, tiempo en el que la accionante refiere que la señora Cruz Polo estuvo hospitalizada por fractura en su brazo izquierdo en el procedimiento de diálisis[30] y decaimiento general[31]. Además, en cualquier circunstancia es claro que para el momento de la interposición de la acción de tutela y aun hoy, la afectada padece un complejo estado de salud y una presunta afectación a su calidad de vida, conforme a lo alegado por la agente oficiosa, desde la presentación de la tutela.

Requisito de Subsidiariedad[32]

25. El artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que la tutela solo procede cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”[33]. Su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa[34], tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa[35], ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales. El juez de tutela no puede sustituirles, a menos que advierta un perjuicio irremediable[36].

26. Entre las autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales está la Superintendencia Nacional de Salud. Para el despliegue de sus competencias el Legislador previó un trámite preferente y sumario regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[37], que hasta la promulgación de la Ley 1949 de 2019 (el 8 de enero) consistía en un procedimiento de 10 días para dirimir las controversias sometidas a su conocimiento y que ahora se amplió a 20 días.

En este sentido, la Corte ha dicho que al analizar la eficacia e idoneidad de este mecanismo jurisdiccional, el juez constitucional debe observar las siguientes reglas: (i) el procedimiento ante la Superintendencia se debía considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011[38]; y (ii) cuando la tutela se considera como residual, el juez debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia con especial atención a las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto[39].

27. Sin embargo, a criterio de esta Sala de Revisión, la determinación respecto de la idoneidad y la eficacia del referido mecanismo jurisdiccional debe tener en cuenta los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008.

28. En efecto, por medio de Auto 668 del 2018[40], la Corte Constitucional citó a Audiencia Pública a diferentes entidades y personas responsables del sistema de salud y a expertos en la materia. En dicha diligencia el Superintendente de Salud señaló, entre otras cosas, que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los

10 días que les otorga como término la ley; (ii) hay un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes[41]; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital[42].

Así, se ha destacado que “mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud”[43].

Por esta razón, pese a la existencia del trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, dadas las limitaciones operativas que se presentaron en la práctica con los términos de decisión previstos antes de la Ley 1949 de 2019, la acción de tutela es el medio eficaz para proteger el derecho a la salud.

29. En consecuencia, el requisito de subsidiariedad mencionado se encuentra acreditado en el caso concreto, en tanto que para el momento de la interposición de la acción de tutela no existía un medio de defensa judicial idóneo al que pudiera acudir la accionante. Además, debe considerarse que la señora Cruz Polo es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de su edad, su diagnóstico y de sus condiciones socioeconómicas, por lo que la intervención oportuna del juez constitucional es pertinente.

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia[44]

30. El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

31. En numerosas oportunidades[45] y ante la complejidad de los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas principales: por un lado, su reconocimiento como derecho fundamental y, por el otro, su carácter de servicio público.

32. En cuanto a la primera faceta, este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial[46] y legislativo[47], cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, en la Sentencia T-760 de 2008[48] se le concede esta naturaleza, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia de las personas y por su condición de garante de la integridad física y moral de los individuos.

En lo que respecta a su última faceta, el servicio de salud debe ser prestado conforme a la ley, de manera oportuna, eficiente y con calidad, en atención a los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

33. Ahora bien, en aras de asegurar la eficacia del derecho a la salud en sus dos aspectos descritos, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que consagró este derecho: (i) de un lado, como fundamental y autónomo; (ii) como derecho irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; y de otro, (iii) como servicio público esencial obligatorio, que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado[49].

34. En efecto, la Ley estatutaria estableció una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, en los que se destacan entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[50].

35. Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015[51], cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

36. En lo que concierne a la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de: (i) sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como (ii) generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; (iii) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; (iv) vigilar que la prestación del servicio de salud

a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención; (v) controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos; (vi) asegurarse de que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y (vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores[52].

37. Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos[53]. La jurisprudencia constitucional[54] reconoce que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas pueden violar el derecho a la salud, bien sea por omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado deteriora la salud de un individuo.

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población[55];

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida[56];

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información[57].

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios[58].

39. En conclusión, el derecho a la salud: (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) se articula bajo los principios pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad; (iv) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; y (v) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad.

El cubrimiento de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud[59]

40. En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado[60] que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones derivadas de su reconocimiento y prestación, y a la magnitud de acciones que se esperan del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios que requiere la población.

41. Sin embargo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento no incluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la

intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un servicio que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

42. Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008[61] resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en una circunstancia específica que lo amerite, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, en cada caso concreto.

43. La Corte ha señalado en relación con la primera subregla que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud,

no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

44. En torno a la segunda subregla, referente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte[62] que, si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS[63].

45. En cuanto a la tercera subregla, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno adscrito a la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:

(i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

(iii) Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante[64].

En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección, especialmente si su garantía va ligada con la dignidad intrínseca de la persona o aquella está amenazada: (a) casos en que se concede tratamiento no incluido en el PBS y (b) casos excepcionales. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir prescripciones médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que sus condiciones de existencia son indignas, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece[65].

46. Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para

sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por incapacidad real, no puedan costear los asociados.

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio “afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”.

47. En suma, las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales[66], pañitos húmedos[67] y sillas de ruedas[68].

El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud

y sus diferencias con la figura del cuidador. Reiteración de jurisprudencia[69].

48. La Resolución 5269 de 2017[70] se refiere a la atención domiciliaria como una “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”[71]. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

49. En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar[72], en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos[73].

50. Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”[74]. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*[75].

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de

solidaridad.

Al respecto, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe[76].

51. En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud[77]. La Corte ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos[78].

52. En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal “que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”[79].

Para esta Corporación, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016: “es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia

económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.”[80]

53. En el mismo sentido, la Sentencia T-414 de 2016 de la Corte determinó que existen circunstancias excepcionalísimas en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”[81].

A modo de reiteración, en la Sentencia T-065 de 2018, esta Corporación reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: (i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente-, está “imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”[82], quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia, que la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio[83] ocurre cuando este: “(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia[84]; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”[85].

54. En consideración a tales requerimientos, la Sentencia T-458 de 2018[86] se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante. En efecto, aunque se trataba de un señor de 72 años de edad con demencia

vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2 y problemas urinarios, a quien la EPS no autorizó el servicio de cuidador a pesar de haber sido ordenado por el médico tratante, la Corte negó dicha pretensión y ordenó la capacitación por parte de la EPS a la persona que se designe como cuidador, por cuanto: (i) el agenciado percibía ingresos por \$1'700.000, de los cuales solo destinaba \$600.000 para pagar una deuda bancaria; (ii) la agente oficiosa en dicha ocasión, no convivía con el agenciado, por lo que no había certeza de que ella tuviera que dedicarse a su cuidado todos los días de la semana y que dicha circunstancia, le impidiera trabajar; y (iii) quien figuraba en la historia clínica como acudiente no era la agente oficiosa, sino la esposa del agenciado, de quien no se adujo ni probó alguna circunstancia específica que le impidiera asumir su cuidado.

55. En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados. En tales circunstancias, el juez constitucional tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio[87].

56. Ejemplo de lo anterior son las Sentencias T-208 de 2017[88] y T-065 de 2018[89] de esta Corporación, en las que se protegieron los derechos fundamentales a la salud y vida digna de dos jóvenes de 17 y 25 años con “daño cerebral severo y pérdida de las funciones mentales superiores y mínimas” y “epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematurez extrema”, respectivamente, y se ordenaron a sus EPS brindarles el servicio de cuidador, en atención a su condición de sujetos de especial protección y la imposibilidad de su núcleo familiar de prestarles los cuidados especiales que requieren, y se les dio la posibilidad de recobro ante el ente territorial. En esos casos se cumplían los requisitos indicados de imposibilidad material de sus familias y del deber de proteger la vida digna de los ciudadanos.

57. En este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3º como servicios o tecnologías

complementarias, aquel “servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Una categoría que parecería describir prima facie, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018[90] sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3[91] de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador:

“[A]quel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

58. A modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener

orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

Caso concreto: se deben proteger los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora María de las Mercedes Cruz Polo por sus condiciones particulares de movilidad y sus dolencias físicas y apoyar a su núcleo familiar en su cuidado, a fin de que su hija pueda trabajar y obtener los recursos necesarios para su manutención y la de su grupo familiar.

59. Ana Alcira Benítez Cruz interpuso acción de tutela en representación de su progenitora, María de las Mercedes Cruz Polo, quien actualmente tiene 69 años de edad y padece de insuficiencia renal crónica en fase terminal, ceguera bilateral, diabetes e hipertensión. Sostiene que Savia Salud EPS viola los derechos fundamentales de su madre a la salud y vida digna como consecuencia de la negativa a suministrar el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas, requerido para que pueda trabajar y garantizar el mínimo vital de su núcleo familiar, compuesto por su progenitora y sus tres hijos, dos de ellos menores de edad.

Sobre el servicio de enfermería que constituye la pretensión principal de la acción de tutela que se analiza, la Sala encuentra necesario aclarar que, de acuerdo con las consideraciones esgrimidas previamente sobre dicho servicio en el sistema de seguridad social en salud actual, resulta claro que se trata de una atención médica que se expide ante la necesidad evidenciada por el médico tratante del paciente, a fin de facilitar el cuidado y apoyo frente a un tratamiento en salud específico.

60. Como lo aduce la EPS accionada, se trata de una prestación que requiere necesariamente de la orden o prescripción del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este exceda sus competencias y ámbitos de experticia al desconocer los criterios técnico-científicos que son tenidos en cuenta para determinar la necesidad de dicho servicio.

En el presente caso, efectivamente, no existe prueba que permita inferir que la accionante cuenta con una orden médica que autorice el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas.

61. Sin embargo, la Sala reconoce la situación de debilidad manifiesta de la accionante, su estado terminal de salud, la presión sobre su familia conformada por su hija, madre cabeza de familia, con dos hijos menores de edad y un estudiante universitario, que hacen necesario evaluar la posibilidad de que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la demandante para asegurar las condiciones de dignidad de la madre y la viabilidad económica y emocional del grupo familiar.

De las pruebas aportadas por la señora Benítez Cruz es posible inferir que María de las Mercedes Cruz Polo es un adulto mayor, que padece una enfermedad terminal y sufre de ceguera en ambos ojos por lo requiere de atenciones que, si bien no fueron designadas por su médico tratante, se encuentran directamente ligadas con el acompañamiento para el tratamiento de sus patologías, su cuidado personal y su compañía durante el día, indispensables para garantizar la estabilidad de su condición de salud y su dignidad como ser humano.

62. Se destaca que aunque se trata de cuidados que no requieren ser prestados necesariamente por un profesional en salud, sí son parte de la ayuda que puede brindar el denominado “cuidador”; que como servicio fundado en el principio de solidaridad, constituye una obligación que debe ser asumida por el Estado, cuando la carga es excesivamente gravosa para la familia.

Como esta Corporación en su jurisprudencia ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que la carga de prestar el servicio de cuidador puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, cuando el primer obligado que es la familia se encuentra imposibilitado de asumirlas, lo cierto es que en el caso objeto de estudio se verifican muchas de esas características.

En efecto, en cuanto al primero de los requisitos, la Sala encuentra acreditado que la señora Cruz Polo tiene 69 años de edad, sufre de insuficiencia renal crónica en fase terminal y ceguera bilateral[92], es insulino dependiente e hipertensa, lo que la hace una persona con discapacidad en condiciones terminales de salud, que permiten tener certeza de la necesidad de atenciones especiales para ella, especialmente, el acompañamiento diario para realizar las actividades básicas cotidianas ligadas al cuidado personal y el desplazamiento a las diálisis en la ciudad de Montería a la IPS Nefrouros, tal como lo refirió

la accionante en el escrito de tutela.

63. En relación con el segundo de los requisitos, esto es la “imposibilidad material”[93] por parte de los familiares del paciente de brindar dichos cuidados, de manera efectiva, la Sala considera que tanto la señora Ana Alcira Benítez Cruz como su núcleo familiar, compuesto por sus tres hijos de 9, 17 y 23 años, no cuentan en estos momentos con la capacidad física ni con el tiempo necesario, para ser capacitados y brindar los cuidados requeridos diariamente a la señora Cruz Polo. En primer lugar, la agente oficiosa es madre cabeza de familia. Lo que implica que es ella quien vela no sólo por su progenitora, sino por el bienestar de sus tres hijos de 9, 17 y 23 años y por el suyo propio, de manera permanente. Una situación que como ella misma lo manifiesta, la obliga a responder por la manutención de todos los involucrados y supone, paralelamente, que ella responda por el mínimo vital del núcleo familiar. Un deber que se encuentra en su caso comprometido de manera muy significativa por las condiciones de dependencia de la madre. No sería ella, en consecuencia, la persona llamada a adquirir las competencias para el cuidado de la accionante, cuando es quien alega precisamente la dificultad en que se encuentra para proveer económicamente por las personas que dependen de ella.

En segundo lugar, los hijos de la agente oficiosa tampoco pueden asumir las capacitaciones en mención. De hecho, dos de ellos son menores de edad, en formación, y el joven restante, está en la universidad. Lo anterior significa que se trata de personas que están comprometidas con un proceso educativo que tiene reglas, exigencias de desplazamiento, estudio y evaluaciones, a las que ellos deben responder. Exigirles el cuidado perentorio de la demandante a los menores, que no están capacitados ni física ni psicológicamente para ello, no es posible. Para el joven de 23 años, supondría también poner en riesgo su derecho fundamental a la educación. Recordemos que la demandante requiere diálisis tres veces por semana y un acompañamiento permanente, lo que supone una dedicación casi exclusiva, que no es compatible en modo alguno con las exigencias académicas de quien cursa la universidad. En ese sentido, la legislación en materia pensional por ejemplo, les reconoce a los jóvenes vinculados a procesos educativos, la posibilidad de ser dependientes financieramente hasta los 25 años y por ello les permite ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, con el propósito mismo de que culminen su desarrollo educativo ya iniciado. Lo que significa que no es irrazonable suponer, -porque así lo ha considerado también el legislador-, que la jornada educativa exige una dedicación de tiempo importante, que puede

verse perjudicada con ocupaciones permanentes distintas a las actividades académicas que se desea culminar.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-451 de 2005[94], al revisar la constitucionalidad del literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, sostuvo que los hijos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, que dependían económicamente del causante al momento de su muerte, son personas incapaces de proveerse su propio sustento y por tal motivo tienen derecho a recibir alimentos hasta dicha edad, por las siguientes razones:

“...el hijo mayor que ostenta la condición de estudiante también se encuentra en situación de vulnerabilidad por hallarse en una etapa de la vida, la adolescencia y los comienzos de la edad adulta, en la cual apenas se está estructurando su personalidad y se transita por el camino de la formación educativa, donde pretende adquirir un nivel de formación que le permita valerse por sí mismo en un futuro próximo, es decir, adquirir una identidad propia y autónoma frente a la de sus padres apta para procurarse su sustento sin depender económicamente de ellos. Es por tal motivo que se justifica su inclusión como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, dado, además, que se trata de una medida que contribuye a realizar el derecho a la educación y de forma indirecta otros derechos que con la sustitución se protegen, la que de no haberse adoptado haría más difícil su situación futura”.

De esta forma, exigir a un joven estudiante no continuar con su formación académica para que supla los gastos de su núcleo familiar o cuide de forma permanente a su abuela, pone en riesgo sus derechos fundamentales, especialmente su derecho a la educación.

64. En relación con la exigencia de carencia de recursos económicos para sufragar el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas, se tiene que la accionante y su núcleo familiar son de escasos recursos económicos que se encuentran calificados en el nivel 1 del SISBEN con un puntaje de 31,97, esto es, aquel en el que se encuentran las personas en condiciones económicas más precarias, desde el 5 de abril de 2012 a la fecha[95]. Adicionalmente, la señora Cruz Polo y su hija, aparecen en el ADRES como afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, ambas

como madre cabeza de familia, desde el año 2006 y 2015 respectivamente[96]. Por ello, resulta evidente que (i) la señora Ana Alcira Benítez Cruz no cuenta con una fuente estable de recursos y debe proveer lo suficiente para toda su familia; (ii) con los pocos recursos que recibe de los oficios varios que realiza por horas en la semana debe sufragar las necesidades de su núcleo familiar que según ella, ascienden a \$450.000 pesos mensuales, por lo que es claro que carecen de la posibilidad de contratar los servicios de un tercero para que le brinde a la accionante las atenciones que requiere; (iii) ella misma manifiesta que tuvo que promover acción de tutela para que la EPS la apoyara con los gastos de transporte que supone el traslado de su madre tres veces por semana a las diálisis que necesita. Una circunstancia adicional que da cuenta de las premuras económicas de la; y adicionalmente (iv) ella alega que los demás hijos de la señora Cruz Polo se encuentran en otras ciudades del país, tales como Bogotá, Medellín, Magangué y Cáceres, tienen entre 42 y 50 años y son personas de escasos recursos, por lo que envían pocos recursos a su madre, que sumados a los ingresos de la agente oficiosa, no alcanzan para pagar un salario a un cuidador[97].

En este punto, es importante mencionar que, de acuerdo con la historia clínica aportada por la agente oficiosa, quien figura como la acudiente de la señora Cruz Polo es Ana Alcira Benítez, lo que implica que es ella quien está al frente del cuidado de la madre. Adicionalmente, en visita a urgencias con fecha del 2 de febrero de 2018, la agenciada refirió al médico tratante convivir con su hija[98], lo que demuestra la dependencia mencionada y la pertenencia de la madre al núcleo familiar de la agente oficiosa. En ese sentido, claramente esta familia carece de recursos económicos para sortear con los requerimientos de la madre.

65. Además, es de tener en cuenta que las mujeres son quienes se dedican con mayor frecuencia al cuidado de miembros de su familia en situación de discapacidad o necesidad y a veces, no reciben el apoyo suficiente de su familia ampliada en esa difícil labor. De hecho, según los datos obtenidos en el Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia[99] del 2018, con base en las recomendaciones de la 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la OIT realizada en el año 2013, para el año 2017 el “82,4% de las mujeres participan en el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado frente a 37,0% de los hombres”[100], y la actividad con mayor participación y tiempo dedicado dentro del trabajo no remunerado es el cuidado del hogar, “seguido del

cuidado de personas”[101].

Según la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) realizada por el DANE en 2016, se concluyó que “realizar oficios domésticos del hogar, cuidar o atender niños y niñas, cuidar a personas ancianas o con discapacidad, elaborar prendas de vestir o tejidos para personas del hogar, trabajar en la autoconstrucción de la vivienda, realizar trabajos comunitarios o voluntarios y trabajar en actividades comunitarias” [102], hacen parte del denominado “trabajo doméstico y de cuidado no remunerado”[103].

Así mismo, se concluyó que del total de personas que ejerce la jefatura de hogar en Colombia, como la agente oficiosa en el presente caso, más de la mitad de las mujeres jefas de hogar (68,5%) destina 15 horas o más a la realización de labores de cuidado de personas y actividades económicas no remuneradas y no están empleadas (87,2%). Por ende, “el 43,9% de las mujeres que ejercen la jefatura de hogar y realizan actividades de trabajo no remunerado, no genera ingresos, causando una mayor presión en ellas para insertarse al mercado de trabajo remunerado, independientemente de las condiciones dignas y decentes que este les ofrezca”[104].

En el mismo sentido, se pudo establecer que 7 de cada 10 mujeres jefe hogar realizan actividades no remuneradas, frente a 2 de cada 10 hombres[105], y para el año 2016, del total de mujeres jefas de hogar empleadas en el país, el 52,8% ganaban menos de un salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), el 26,9% entre 1 y 2 smmlv, el 6,2% ganaban entre 2 y 3 smmlv, y el 14,2% más de 3 smmlv[106].

Estas razones dan cuenta que la demandante, en su calidad de jefe de hogar y responsable de su núcleo familiar, independiente del apoyo parcial o no de su familia ampliada y sus hermanos, efectivamente se encuentra en una situación compleja financiera y operativamente. Claramente (i) la agenciada sufre una enfermedad terminal y su estado de salud empeoró debido a la ceguera bilateral que actualmente padece y la fractura de brazo que sufrió en enero de presente año; (ii) la señora Cruz Polo está afiliada al régimen subsidiado, no está pensionada, ni percibe ingreso económico alguno debido a su avanzada edad y las patologías que padece; (iii) la agente oficiosa asegura no ganar más de \$450.000 pesos mensuales, con los que sufraga los gastos de la familia; (iv) tanto la agente oficiosa como la señora Cruz Polo viven juntas, en la misma residencia, junto con sus nietos, quienes

actualmente estudian; y (v) en la historia clínica, en reiteradas ocasiones se hace mención de que la agenciada asiste con su hija a las diálisis en Montería, porque es su acudiente y la jefe de hogar.

De este modo, las dificultades financieras que plantea la demanda, son una expresión concreta de los estudios reseñados, que dan cuenta que los adultos mayores son cuidados en mayor proporción por sus hijas, de acuerdo al rol “materno y de cuidado” que históricamente se le ha dado a las mujeres y que ha sido invisibilizado socialmente. Se trata ciertamente de labores del hogar y de cuidado de niños, de adultos mayores y de personas en situación de discapacidad, que como se constata, demandan mucho tiempo y recursos, que la demandante no puede asumir de manera efectiva.

66. En ese orden de ideas, considera la Sala que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado.

En este sentido, la Sala entiende que la Sentencia T-458 de 2018[107], no es un precedente que la Corporación deba seguir para el caso concreto, en la medida en que en esa oportunidad la imposibilidad material del núcleo familiar para brindar el cuidado al peticionario no se probó en el proceso, porque: (i) quien figuraba como su cuidador principal era su esposa y no se probó debidamente su incapacidad física para asumir el cuidado diario del agenciado; (ii) en una evaluación neuropsicológica efectuada por profesionales del Hospital Universitario de Neiva, se evidenció que el ciudadano solicitante del cuidador no solo vivía con su esposa, sino con su nieto; (iii) en cuanto a la falta de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar un cuidador, esta Corporación consideró que de acuerdo a los ingresos del accionante, éste podía cubrir los gastos del hogar, subsistencia y traslados del paciente cuando se requiera; y (iv) si bien el referido núcleo familiar tenía obligaciones con distintas entidades, las mismas fueron adquiridas en la medida de sus posibilidades y en aras de lograr una mejor calidad de vida, “motivo por el cual no es posible acreditar el ítem relacionado con la carencia económica”.

67. Con todo, debe revisar la Sala el alcance temporal de dicha prestación. Para ello, esta Corporación considera pertinente mencionar que en el escrito de tutela y en la respuesta dada a esta Corporación al Auto de pruebas del 5 de julio de 2019, la agente oficiosa afirmó

que la solicitud de enfermería es requerida principalmente con el objetivo de poder trabajar, para obtener recursos que le permitan sufragar los gastos de manutención propios, de su progenitora y sus tres hijos, ya que ninguno de ellos percibe ingreso económico alguno.

68. Con base en lo anterior, la Sala estima que el cuidador debe brindarse entonces por 12 horas, pues la señora Ana Alcira Benítez Cruz interpuso la presente acción con el fin de tener el tiempo para trabajar regularmente y obtener los recursos suficientes para su familia, lo que implica el cumplimiento de una jornada laboral plena, una atención posterior a su entorno familiar y un tiempo de traslado y descanso.

69. Por lo expuesto, y, como producto de las especiales condiciones que circunscriben el caso en concreto, la Sala REVOCARÁ la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca, Antioquia, el veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019), que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora María de las Mercedes Cruz Polo.

70. En ese sentido, se ordenará a Savia Salud EPS, que en virtud de lo anteriormente expuesto y lo señalado por la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia en cuanto al modelo de pago de servicios no incluidos en el PBS adoptado por el Departamento mediante Resolución No. 192975 de 2015 y ser la primera obligada en garantizar dichos servicios a sus afiliados, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre por 12 horas, el servicio de cuidador a domicilio, a fin de atender todas las necesidades básicas que María de las Mercedes Cruz Polo no puede satisfacer autónomamente debido a las graves enfermedades que la aquejan.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta

providencia, REVOCAR el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca, Antioquia, el veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019). En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales de la señora María de las Mercedes Cruz Polo a la salud y a la vida digna.

SEGUNDO.- ORDENAR a Savia Salud EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre en favor de la demandante el servicio de cuidador a domicilio por 12 horas, a fin de atender todas las necesidades básicas que María de las Mercedes Cruz Polo no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-423/19

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia T-423 de 2019 del 12 de septiembre de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

1. En la acción de tutela la señora Ana Alcira Benítez Cruz en calidad de agente oficiosa de su progenitora María de las Mercedes Cruz Polo, buscó la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su agenciada. Lo anterior, ante la negativa de Savia Salud EPS de autorizar el servicio de enfermería en casa 24 horas al día, por considerar que dicho servicio no le correspondía a la entidad, sino que debía ser garantizado por la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquía.

2. El juez de instancia, mediante providencia del 20 de marzo de 2019 negó las pretensiones de la agente oficiosa, tras considerar que el suministro de la atención domiciliaria deprecada no contaba con prescripción del médico tratante, tal y como lo disponía el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017. Decisión que no fue impugnada.

3. La Sala Sexta de Revisión tras realizar un análisis de las diferencias entre el servicio de enfermería a domicilio y la figura del cuidador, revocó el fallo de única instancia, para en su lugar amparar los derechos fundamentales de la agenciada, ordenando a la EPS accionada autorizar y suministrar el servicio de cuidador a domicilio por 12 horas.

4. Ante lo anterior, debo manifestar que si bien comparto la protección otorgada, se hace necesario precisar que en el acápite “El cubrimiento de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud” se realiza un pronunciamiento sobre las exclusiones del PBS y la posibilidad que tiene el juez constitucional de ordenar la entrega de servicios y tecnologías que hagan parte de tal listado, como bien lo ha realizado esta Corporación, por lo que se citan a manera de ejemplo algunos insumos excluidos que se han ordenado dispensar, mencionando los pañales como uno de ellos, afirmación de la cual disiento por las razones que explico a continuación:

5. Con la expedición de la Ley 1751 de 2015 se implementó un modelo de exclusiones para las coberturas del PBS dentro del sistema general de seguridad social en salud, en el que se establece que todos los servicios, insumos y tecnologías hacen parte del mismo, con excepción de aquellos explícitamente excluidos.

6. Sobre este asunto, la Corte al realizar el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria en Salud, señaló en la sentencia C-313 de 2014 que: “Para la Corporación, el derecho fundamental a la salud tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías y que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas, de lo contrario, se hace nugatoria la realización efectiva del mismo. Entiende la Sala que el legislador incorporó en el artículo 15 una cláusula restrictiva expresa, la cual establece los servicios y tecnologías excluidos de la prestación del servicio”.

Así mismo, indicó que en aquellas decisiones en que se involucran garantías constitucionales debe prevalecer la cláusula hermenéutica que mayormente le favorezca al individuo y por ende, dar aplicación al principio pro homine que según la jurisprudencia en cita, se concretaría en la siguiente fórmula; “la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)”.

7. De igual forma, al analizar el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 indicó que “[s]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas” (Subrayas fuera de texto).

8. Ahora bien, revisados los anexos técnicos de las resoluciones 5267 de 2017[108] y 244 de 2019[109] que contienen los servicios y tecnologías en salud que se encuentran explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud, se observa que los pañales no están en tales listados, lo que inexorablemente permite concluir que no se encuentran excluidos, es decir, que hacen parte de las coberturas del PBS.

9. Por lo anterior, considero que no es acertado usar como ejemplo los pañales al referirse a

insumos que se encuentran excluidos del PBS, ya que como bien lo ha establecido la Corte y la normatividad en salud, las exclusiones tienen que ser determinadas, expresas y taxativas, sin que sea necesario realizar ningún tipo de interpretación, pues del tenor literal se debe entender cuál es el insumo y/o tecnología que no pueden ser financiadas con recursos de la salud.

10. Justamente y en tanto la normatividad establece que las inclusiones están implícitas mientras las exclusiones deben ser explícitas, que la Ley Estatutaria en Salud dispuso el diseño y aplicación de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente mediante el cual se definieran las últimas.

Procedimiento que fue reglamentado mediante la Resolución 330 de 2017[110] y que cuenta con una etapa de nominación, otra de análisis técnico científico y finalmente una de participación ciudadana, en la cual se realiza una votación por parte de los pacientes posiblemente afectados con la exclusión. En el proceso de definición de las exclusiones contenidas en la Resolución 5267 de 2017, los pañales fueron nominados por la EPS Famisanar, sin embargo en la etapa participativa obtuvo una votación que no superó el 8% en favor de la exclusión[111], mientras que el 90% decidieron que los mismos fueran financiados con recursos públicos asignados a la salud[112].

9. De lo anterior se desprende que los pañales no superaron la votación que requerían para hacer parte de las exclusiones, razón por la cual no fueron incluidos en los listados de las resoluciones 5267 de 2017 y 244 de 2019. Pese a lo anterior, la parte motiva de la sentencia T-423 de 2019 refiere que los pañales se encuentran excluidos del PBS; afirmación que no comparto.

Además el pie de página número 66 de la providencia señaló que la Resolución 5857 de 2018[113] excluye los pañales; dicho del que también disiento, ya que si bien tales insumos no se mencionan dentro de la misma, ello obedece a que esta contiene el listado de las coberturas financiadas con cargo a la UPC, lo que significa que al no estar expresamente excluidos, ni cubiertos con cargo a la UPC, su financiación corresponde a la ADRES[114] para el régimen contributivo y a los entes territoriales para el subsidiado.

Lo anterior, encuentra respaldo en la enumeración de las tecnologías que no fueron excluidas de financiación realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social en el

documento “Resultados segunda fase 2 del procedimiento técnico científico de exclusiones: grupo de análisis técnico científico” [115] y en el cual se mencionan de manera expresa los pañales para adulto y niño, estableciendo como su fuente de financiación el mecanismo de protección individual a cargo de la ADRES y los entes territoriales

Por último, y como bien lo establece la sentencia T-423 de 2019, la Resolución 1885 de 2018 en su artículo 19 consagra la posibilidad de que cuando sea necesario el suministro de una cantidad igual o menor de 120 pañales al mes, no sería necesario el análisis de la Junta de Profesionales de la Salud, hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin[116], disminuyendo así los trámites administrativos para quienes requieran de un número igual o menor al mencionado, sin que ello signifique la restricción de la financiación de un número mayor de ellos, pues debe reiterarse que el insumo analizado se encuentra incluido en el PBS.

10. En consecuencia, y como ha quedado evidenciado, no puede realizarse una interpretación amplia de las exclusiones, así como tampoco que dentro de los insumos de aseo se encuentren los pañales, toda vez que se estaría desconociendo el principio pro homine, así mismo, tampoco se pueden ignorar los resultados del procedimiento técnico-científico y participativo para la exclusión de tecnologías adelantado por el rector de la política pública que definió que los pañales deben ser financiados con recursos públicos asignados a la salud, lo que en otras palabras significa que se encuentran incluidos en el PBS.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional el día 31 de mayo de 2019, de acuerdo con el criterio orientador del proceso de selección de carácter (i) subjetivo, denominado ‘Urgencia de proteger un derecho fundamental’. Cuaderno Dos,

Folios 1 a 11.

[2] Cuaderno Dos, Folio 31.

[3] Cuaderno Uno, Folio 15.

[4] Cuaderno Uno, Folio 2.

[5] Cuaderno Uno, Folio 17.

[6] Cuaderno Uno, Folio 21.

[7] Cuaderno Uno, Folio 22.

[8] *Ibídem*.

[9] Cuaderno Uno, Folio 23.

[10] Cuaderno Uno, Folio 26.

[11] *Ibídem*.

[12] Cuaderno Uno, Folios 27 y 28.

[13] Cuaderno Uno, Folio 28.

[14] La accionante no especificó juzgado de conocimiento de la acción de tutela de la referencia.

[15] Sentencia SU-124 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[16] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las sentencias T-401 de 2017, T-340 de 2017, T-662 de 2016, T-594 de 2016, T-144 de 2016, T-400 de 2015 y T-206 de 2015, T-099 de 2016 y T-148 de 2019.

[17] Sentencia T-736 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[18] Sentencia T-029 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[19] Ver sentencias: Sentencia T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1135 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-301 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y Sentencia T-736 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Frente al primer requisito, la Corte sostiene que, dado el carácter informal de la acción de tutela, su verificación no puede estar supeditada a la existencia de frases sacramentales o declaraciones expresas, ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito.

[20] Ver sentencias: T-214 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-173 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-184 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa; T-419 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, y T-032 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[21] Cuaderno Uno, Folio 1.

[22] Historia Clínica de María de las Mercedes Cruz Polo emitida por Savia Salud EPS y aportada por la accionante, Cuaderno de Revisión, en CD, Folio 33.

[23] Sentencias T-401 de 2017 y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[24] Artículo 43 de la Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

[25] Estas consideraciones fueron tomadas de la Sentencia T-387 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[26] Sentencia T-834 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; sentencia T-887 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

[27] Sentencia T-401 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[28] Sentencia T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[30] Cuaderno Uno, Folio 2.

[31] Ibídem.

[32] Consideraciones tomadas de la Sentencia SU-124 de 2018 y T-170 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] Decreto 2591 de 1991. Artículo 6. Numeral 1°.

[34] Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[36] Sentencia T-170 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “La jurisprudencia constitucional ha establecido que para la configuración de un perjuicio irremediable es necesario que concurren los siguientes elementos: ‘(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad’”

[37] Adicionado por la Ley 1438 de 2011 en su artículo 126.

[38] Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz. El fallo indicaba: “Así las cosas, cuando se trata de una materia que no se encuentre comprendida dentro de los asuntos previamente referidos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad”.

[39] En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando: (i) existía riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encontraban en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o eran sujetos de especial protección constitucional; (iii) se configuraba una situación de urgencia que hacía indispensable la intervención del juez constitucional; o (iv) se trataba de personas que no podían acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a

través de internet.

[40] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[41] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante la pregunta de la Magistrada Gloria Stella Ortiz sobre la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales, el jefe de la entidad señaló: “en Colombia es imposible, Magistrada, hoy, hacer un fallo muchas veces en 10 días de una actuación que amerita hacer un debido proceso (...) hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos desde el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años, por qué le menciono esto Magistrada, porque el 90% de los procesos que llegan a la Superintendencia al área jurisdiccional son económicos: licencias de paternidad, licencias de maternidad (...)” (extracto transcrito).

[42] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante el cuestionamiento formulado por el Magistrado Rojas Ríos sobre la capacidad jurisdiccional de la Superintendencia de Salud en las regiones del país, el jefe de la entidad señaló: “(...) la capacidad de la Superintendencia Nacional, Magistrado, nosotros tenemos presencia en seis regionales, yo tengo funcionarios prácticamente por todo el país, muy pocos (...) solamente tengo seis regiones, desafortunadamente los funcionarios que hoy tengo en las regiones, no sé con qué criterio ni con qué características fueron designados, hay unas regiones que son más administrativas, donde casi todos son administradores de empresas, otras son más jurídicas, nosotros tenemos que replantear, ya estamos en un proceso de reorganización de la entidad que hace necesario, y efectivamente necesitamos fortalecer la Superintendencia en las regiones porque hoy no tenemos capacidad de interlocución, lo máximo que hace un funcionario mío fuera de Bogotá es recibir la petición, la queja o el reclamo, pero no tiene la capacidad de interlocución, ni de solucionar en el campo el problema, hoy dependen de Bogotá (...)” (extracto transcrito).

[43] Sentencia T-170 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[44] Las consideraciones que se exponen sobre el contenido y alcance del derecho a la salud reiteran las Sentencias T-235 de 2018 y T-336 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[45] Ver, entre otras, las Sentencias T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-126 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-593 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-094 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[46] Ver, entre otras, Sentencias T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[47] Ver Ley 1751 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

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

[49] Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015.

[50] Ver, entre otras, Sentencias T-612 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-499 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos y T-126 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[51] Artículo 5º de la Ley 1751 de 2015.

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

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

[54] Ver, entre otras, Sentencias T-737 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-754 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[55] Ver, entre otras, Sentencias T-199 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, T-234 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-384 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y T-361 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[56] Ver, entre otras, Sentencias T-468 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-563 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo y T-318 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[57] Ver, entre otras, Sentencias T-447 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa, T-076 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-455 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.

[58] Ver, entre otras, Sentencias T-199 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, T-745 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-200 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-519 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[59] Las consideraciones expuestas en este acápite se basan en las Sentencias T-637, T-742 de 2017 y T-235 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[60] Ver, entre otras, Sentencias T-034 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[63] Ante este problema, la Sentencia precisó que “lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación”.

[64] Sentencia T-336 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[65] Ver Sentencias T-099 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-899 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-975 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-180 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T- 955 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[66] Con respecto a los pañales como insumos excluidos del PBS, se deben hacer algunas precisiones sobre el reconocimiento descrito. De acuerdo con el numeral 42 del Anexo Técnico “Listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”, las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo se encuentran excluidos del PBS. En igual sentido, el numeral 43 de la referida norma excluye todas las “toallas desechables de papel”. Igualmente, la Resolución No. 5857 de 2018, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan

de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” vigente desde el 1 de enero de 2019 y sus tres anexos, también excluyen a los pañales del PBS. Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, “por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”, determina que cuando se prescriban pañales “y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizados por usuario, no se requerirá análisis de la Junta de Profesionales de la Salud” y la EPS del asegurado deberá controlar su suministro, independientemente del número de prescripciones por usuario registradas, “hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin”. Bajo tales supuestos, esta Corporación en sentencia T-471 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos, ordenó en dos casos de tutela, 120 pañales para un mes; cantidad dispuesta en el parágrafo 2 del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018 así como el suministro de pañitos húmedos en cantidad que acompañe el uso de pañales, al tener en cuenta la necesidad de proteger el derecho a la salud de los ciudadanos bajo el concepto de la integralidad y la garantía de una vida digna. Al respecto, dijo esa sentencia: “Ha sido postura de esta Corporación y se ha reiterado en múltiples ocasiones, con base en estudios que se han tomado como referencia, que a pesar de que algunos insumos como pañales, pañitos húmedos, cremas antiescaras no correspondan o no proporcionen un efecto sanador de las enfermedades en los pacientes, sí se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales” y, por dicho motivo, se han dispuesto algunas reglas para señalar los casos en que se hace urgente otorgar el amparo solicitado. Lo anterior, “por cuanto aunque no se adviertan incluidos los insumos señalados en los listados del Sistema de Salud como parte de los costos que asumirá, ello no obsta para que no sea prestado tal beneficio porque, bajo el concepto de la integralidad del servicio, la regla general es la inclusión para garantizar el derecho y, solo cuando exista una exclusión taxativa se constituirá en la excepción, como así se deduce de lo expresado por esta Corporación en Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual hizo el análisis de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2014: “Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas.”

Entonces, ha dicho esta Corte que, para reclamar servicios asistenciales o elementos que no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, con el fin de verificar si procede ordenar o no, que la entidad promotora de salud los suministre, es preciso evidenciar que “(i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

[67] En la Sentencia T-471 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos, se accede a otorgar a los accionantes pañitos húmedos al ser el complemento de los pañales.

[68] De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018, no se encuentra financiado con recursos de la UPC y esta Corporación en Sentencia T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, determinó que: “...en vigencia de la reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud, mediante sentencia T-196 de 2018, se dispuso por esta Corporación que “ (...) es apenas obvio que un paciente que presenta una enfermedad por la cual no es posible ponerse de pie o que aun permitiéndole tal acción le genera un gran dolor, o incluso que la misma le implique un esfuerzo excesivo, requiere de un instrumento tecnológico que le permita movilizarse de manera autónoma en el mayor grado posible. En estos casos, una silla de ruedas a menos que se logre demostrar que existe otro instrumento que garantice una mejor calidad de vida a la persona”

[69] Las siguientes consideraciones se basan en lo expuesto en las Sentencias T-196 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, T-644 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-510 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[70] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[71] Artículo 8º, numeral 6º de la Resolución 5269 de 2017.

[72] Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[73] Textualmente, el artículo en comento dispone que: “Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARÁGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.

[74] Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

[75] Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[76] Sentencia T-154 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[77] Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[78] Ibídem.

[79] Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[80] Sentencia T-096 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[81] Sentencia T-414 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[82] Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[83] Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

[84] Subraya fuera del original

[85] Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[86] Sentencia T-458 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[87] Ibídem.

[88] Sentencia T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[89] Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[90] Por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS

[91] Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones: (...) 3. Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.

[92] Cuaderno de Revisión, folio 33.

[93] Considerandos 53, 54 y 56 de la providencia.

[94] Sentencia C-451 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[95] Consultado en la página del SISBEN el 10 de septiembre de 2019 a las 11:48 am.

[96] Ana Alcira Benítez Cruz, quien es la agente oficiosa, figura como madre cabeza de familia afiliada a Medinas EPS SAS desde el 1 de diciembre de 2015 y la señora María de las Mercedes Cruz Polo a Savia Salud EPS desde el 1 de octubre de 2006, también en calidad de madre cabeza de familia. Consultado en la página del ADRES el 10 de septiembre de 2019, a las 12:10 pm.

[97] Cuaderno de Revisión, folio 32.

[98] Cuaderno de revisión, único CD, folio 33, páginas 9, 13, 15, 24, 25, 33 y 38 de la

historia clínica de la señora María de las Mercedes Cruz Polo, aportada por la agente oficiosa.

[99] Definida en el artículo 2 de la Ley 1413 de 2010, como el trabajo no remunerado realizado en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado.

[100] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 75.

[101] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 81.

[102] *Ibídem*.

[103] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 56.

[104] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 88.

[105] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 95.

[106] Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia 2018. DANE. Página 104.

[107] Sentencia T-458 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

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

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

[110] “Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones”.

[111] La metodología del procedimiento estableció como requisito para que una tecnología sea excluida, que los votos recaudados superen el 50% en favor de la exclusión.

[112] Consolidado de resultados de votación electrónica interactiva III Fase del

Procedimiento técnico-científico y participativo de exclusiones (eventos desarrollados en Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín, Mitú, Pasto, Pereira y Valledupar, en octubre de 2017).

[113] “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

[115] “Tabla 3 Ejemplo de financiación de tecnologías no excluidas”.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>

[116] La evaluación realizada por Minsalud (noviembre 2017) sobre los pañales dentro del procedimiento técnico científico señaló “Si bien la tecnología previenen (sic) complicaciones y requiere del análisis amplio y previo a su prescripción, en cumplimiento del procedimiento técnico-científico y participativo respecto de la consulta a pacientes potencialmente afectados y ciudadanía (sic) se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerable (sic) acceder a este producto”.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/informe-adopcion-publicacion-decisiones.pdf>, página 43.