

JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL

Soacha, Cund., treinta y uno (31) de mayo del año dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de Tutela
Exped. No.	257544003002-2023-00378
Accionante	Rosa Delia Niño García.
Accionado	EPS Compensar.
Asunto	Fallo en primera instancia

La señora **ROSA DELIA NIÑO GARCÍA** por conducto de su hijo, incoó el trámite constitucional de la referencia invocando los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida digna, señalado en la Constitución Política de Colombia.

1.1. Hechos

En síntesis, señaló que la accionante sufrió un infarto cerebral el pasado 22 de abril del año en curso, siendo atendida por urgencias en el Hospital Cardiovascular, quedando en un estado de dependencia absoluta conforme lo indica la escala de Barthel 0/100.

Agregó que su progenitora recibió visita domiciliaria el día 06 de mayo de 2023 y le fue asignado por este: "*F. Prestador de servicio integral, G. Cuidador tipo enfermera, H. Insumos tipo pañal, I. Medicamentos, J. Transporte Especial diferente a una ambulancia para asistir a citas de especialidades médicas.*"

Aseguró que dichas ordenes médicas fueron radicadas ante COMPENSAR E.P.S. a través de la dirección electrónica atenciondomiciliari@compensarsalud.com, transcurriendo más de 14 días sin que se haya recibido ninguna atención, por lo que presentó queja ante la Superintendencia de Salud, el 12 de mayo de 2023.

Por lo anterior, solicitó que se protejan sus derechos fundamentales, en consecuencia, se ordene a la parte accionada, que proceda a prestar los servicios que a continuación se relacionan en el lugar de residencia Carrera 11 F No. 18 B-20 Sur Barrio Compartir /Soacha Cundinamarca.

- Los servicios médicos de atención domiciliaria.
- Se le asigne prestador de atención integral domiciliaria.
- Cuidador tipo enfermería.
- Insumos tipo pañal y otros.
- Medicamentos.

- Transporte Especial diferente a una ambulancia para asistir a citas de especialidades médicas.
- Terapias integrales.
- Suplementos Nutricionales.

1.3. Actuación procesal

La acción fue instaurada y admitida con proveído del **18 de mayo de 2023**, ordenándose la notificación a las partes, así como a la vinculada Hospital Cardiovascular de Soacha Cundinamarca.

La **EPS COMPENSAR**, a través de su apoderada judicial, manifestó respecto a los servicios médicos de atención domiciliaria, que los mismos fueron autorizados a través de la I.P.S. FISIORAD, ordenándose la realización de 12 sesiones de terapia física, 12 sesiones de terapia de lenguaje, 1 de nutrición y una terapia ocupacional para definir el manejo en domicilio, los cuales tendrán como fecha de inicio el 24 de mayo de 2023.

Cuidador y/o Enfermería. Destacó que no existe orden médica en este sentido, situación que fue corroborada con la I.P.S. prestadora del servicio domiciliario, señalándose que este servicio se ordena y asigna para actividades puntuales que requieren de personal técnico calificado en salud. Garantizándosele así lo dispuesto en la Resolución 2481 de 2020 del Ministerio de Salud.

Servicio de Transporte. Señaló que igualmente, es el médico tratante quien define la necesidad de este servicio, por lo que en su autonomía y criterio médico se determina la pertinencia del servicio, para lo cual debe estar prescrito en la plataforma MIPRES, al no encontrarse incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

Medicamentos e Insumos. Aseguró que no se evidencian ordenes médicas para la entrega de medicamentos y/o suplementos en los términos solicitados por el usuario, pendientes; situación disímil respecto de los pañales, pues existe la prescripción MIPRES para la entrega de pañales talla L, los que ya fueron autorizados y direccionados al proveedor DISFARMA.

Tratamiento Integral. Informó que a la fecha no existe servicio o suministro pendiente a autorizar, igualmente transcribió las citas, servicios y tecnologías en

salud dispensados a la usuaria durante el último trimestre, en aras de garantizar un servicio integral.

Finalmente, solicita a este despacho judicial declarar la improcedencia de la esta acción de tutela, ante la inexistencia de orden médicas y vulneración de derechos por la no negación de servicios.

El **HOSPITAL CARDIOVASCULAR DE SOACHA CUNDINAMARCA**, guardó silencio ante el requerimiento efectuado por el Despacho.

CONSIDERACIONES

En su artículo 86, la Constitución Nacional consagró un instrumento para que las personas puedan reclamar del Estado, en forma preferente y sumaria, la protección inmediata de los derechos fundamentales consagrados en ella, cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en determinadas eventualidades.

Se trata de una acción subsidiaria y eventualmente accesoria, toda vez que sólo es procedente en ausencia de cualquier mecanismo ordinario para salvaguardar tales derechos "*...salvo que (...) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*", lo cual tiene desarrollo en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 que especifica los eventos de improcedencia.

Sobre la Naturaleza y alcance del **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**, el Máximo órgano Constitucional indica lo siguiente:

"...Desde hace varios años, la jurisprudencia constitucional viene reconociendo la naturaleza fundamental del derecho a la salud en virtud de su orientación a la realización de la dignidad humana y su expreso reconocimiento constitucional. Sobre este punto, esta Corporación en la sentencia C-936 de 2011^[1] expresó: "*A pesar de que en un comienzo la jurisprudencia no fue unánime respecto a la naturaleza del derecho a la salud, razón por la cual se valió de caminos argumentativos como el de la conexidad y el de la transmutación en derecho fundamental en los casos de sujetos de especial protección constitucional, hoy la Corte acepta la naturaleza fundamental autónoma del derecho a la salud, atendiendo, entre otros factores, a que por vía normativa y jurisprudencial se han ido definiendo sus contenidos, lo que ha permitido que se torne en una garantía subjetiva reclamable ante las instancias judiciales*".

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha dejado de señalar que ampara el derecho a la salud `en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad

personal'. En su lugar ha reconocido la 'connotación fundamental y autónoma' del derecho a la salud.

Al respecto, en sentencia T-227 de 2003[2], la Corte estimó que tienen el carácter de fundamental: *"(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo"*.

De acuerdo a esto, el derecho a la salud es fundamental en razón a que está dirigido a lograr la dignidad humana; asimismo su objeto ha venido siendo definido en los planes obligatorios de salud Ley 100 de 1993, y otras fuentes normativas como instrumentos del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional, entre otras, le otorgan el carácter de derecho subjetivo.

En cuanto al ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, la sentencia T-760 de 2008, indicó: *"el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal"*.

En relación con el acceso a los servicios de salud que requiera el paciente, la sentencia T-760 de 2008 expuso:

"Una entidad prestadora de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente por el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios. Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad. Además, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico: 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad"

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en virtud del principio a la dignidad humana, ha considerado que el estado máximo de bienestar físico, mental, social

y espiritual de una persona, debe lograrse paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión.

Al respecto, esta Corporación en sentencia C-599 de 1998[3] precisó:

“La consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, de una sola vez, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”.

En síntesis, el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su contenido mínimo, así como aquellos definidos por vías normativas como la ley y la jurisprudencia son de inmediato cumplimiento. Los demás contenidos deben irse ampliando y desarrollando paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión.

2.4. PRINCIPIOS QUE GUÍAN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO A LA SALUD.

La garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153[4] y 156[5] de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad, entre otros.

2.4.1. Oportunidad: Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.

2.4.2. Eficiencia: Este principio busca que *“los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”*[6].

2.4.3. Calidad: Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o

procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos[7]. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y como consecuencia, agrave la salud de la persona.

2.4.4. Integralidad: El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir[8].

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento[9].

Sintetizando, el principio de integralidad pretende "(i) *garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología*"[10].

2.4.5. Continuidad: Esta Corporación ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado[11], antes de la recuperación o estabilización del paciente.[12]

Así, una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud[13].

El servicio de atención médica debe prestarse en condiciones de continuidad, lo que implica también que si el tratamiento fue iniciado no podrá ser interrumpido o suspendido injustificadamente, por razones administrativas o presupuestarias, ya que constitucionalmente no es admisible interrumpir o abstenerse de prestar un tratamiento médico ya prescrito e iniciado, pues se estaría incurriendo en un desconocimiento flagrante del principio de confianza legítima[14].

"Este principio se fundamenta en (i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios y en (ii) el principio de buena fe y confianza legítima que rige las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas (...)"[15].

La Corte ha señalado que el paciente tiene una expectativa legítima en que las condiciones de calidades de un tratamiento prescrito, no sea interrumpido súbitamente antes de su recuperación o estabilización[16], o por lo menos otorgando un periodo mínimo de ajuste que le permita continuar la prestación del servicio con el mismo nivel de calidad y eficacia[17].

En resumen, las EPS deben garantizar que el acceso a los servicios de salud cumpla con los criterios de calidad, eficiencia, oportunidad, integralidad y continuidad; de no ser así, se transgreden de forma directa los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud...”.

Ahora bien, en atención al derecho fundamental reclamado debe el Despacho observar además otros aspectos, como es el que tiene que ver con el **manejo de las patologías sufridas por personas que son sujetos de especial protección constitucional, como son los niños, las que se encuentran en situación de discapacidad o de la tercera edad**, respecto a lo cual ha manifestado el máximo Tribunal Constitucional en Sentencia T-208 de 2017 que:

“...tiene mayor relevancia cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional: niños, personas en situación de discapacidad o de la tercera edad, entre otros. Dicho trato diferenciado se sustenta en el inciso 3º, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Sobre el **derecho al diagnóstico** ha reiterado en Sentencia T-100 de 2016, que:

“...4.3. El derecho al diagnóstico como componente del derecho a la salud, en términos de esta Corporación, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Son tres las etapas de las que está compuesto un diagnóstico efectivo, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.”.

Respecto al servicio domiciliario de enfermería la sentencia T-423 de 2019, señaló que dicho servicio se encuentra incluido en el PBS y que debe ser brindado por la E.P.S. siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

"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, 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".

Situación disímil ocurre con la figura del cuidador pues el mismo no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en la mencionada resolución, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de esta figura, que ha sido entendida como un *"servicio o tecnología complementaria"*. Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, 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 UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

"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."

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos, para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en

sede de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019 indicó sus principales características en los siguientes términos:

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

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

Tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran, a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional, radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia.

Ahora, si bien la Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto, la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

"Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado"

Se subraya que para efectos de consolidar la 'imposibilidad material' referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni 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; (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."

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que éste requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

Ahora bien, en lo que refiere a los insumos como los pañales; se tiene que el inciso 1 del artículo 15, prevé como regla general la inclusión de los diversos servicios y tecnologías en salud, en aplicación de los principios de integralidad y progresividad, de manera que "a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud".

En ese orden, la Corte se enfocó en establecer de manera particular si algunos servicios e insumos como los **pañales**, los pañitos húmedos, las cremas antidescargas, las sillas de ruedas de impulso manual, los guantes, las sondas, los gastos de transporte y el servicio de enfermería, cuyo suministro suele peticionarse de manera recurrente a través de la acción de tutela, se entienden incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud o están explícitamente excluidos. Lo anterior, en aras de establecer las reglas jurisprudenciales procedentes para ordenar su suministro por esta especial vía.

En relación con ello, sostuvo la Alta Corporación que, en primer lugar, para determinar la procedencia de su reconocimiento por vía de tutela, es necesario contar con la orden médica otorgada por el médico tratante, la cual exterioriza el criterio científico frente al tratamiento que debe seguir el paciente para la atención de sus patologías y se constituye en el insumo que le da al Juez constitucional las herramientas para adoptar las medidas que garanticen la efectividad del derecho fundamental a la salud del peticionario.

Particularmente, en lo que respecta a los pañales desechables, la Corte sostuvo que, si bien algunas Salas de Decisión han sostenido que los mismos se encuentran dentro de la categoría de *insumos de aseo*, motivo por el cual se entendían excluidos del PBS en virtud de que la Resolución 5269 del 2017 excluía, entre otros, los insumos de aseo; lo cierto es que, tales apreciaciones se basan en el anterior modelo *POS* y no tuvieron en cuenta el modelo de exclusiones explícitas adoptado en la Ley Estatutaria de la Salud en concordancia con las premisas fijadas en la sentencia C-313 de 2014, según las cuales "*la exclusión de servicios y tecnologías del plan de beneficios en salud debe hacerse de manera expresa, clara y determinada, a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de los responsables de la prestación o suministro de dichos servicios y tecnologías, así como de procurar una protección integral de los usuarios del servicio de salud*".

En ese orden, sostuvo la Corte, que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de Plan de Beneficios excluyente adoptado en la Ley Estatutaria de la Salud. De tal forma, tras revisar el listado de exclusiones vigente, el cual se encuentra en la Resolución 244 de 2019, se observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, se concluye que los mismos **son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS**.

En consecuencia, estableció las siguientes reglas para que proceda el amparo del derecho fundamental a la salud frente al suministro de los pañales desechables, dependiendo de si se cuenta o no con orden médica, así:

- (i) **(...) Si existe prescripción médica** de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente, por cuanto no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el PBS que sea formulada por el médico tratante, en ninguna circunstancia.

Advirtiéndose por la Corte que, respecto de los pañales, al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos, toda vez que, bajo la Ley Estatutaria en Salud, este no es un requisito para la autorización de tales servicios médicos por vía de tutela.

Finalmente, en cuanto al servicio de transporte se tiene que, actualmente, el **artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017** establece que el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia se efectuará en los siguientes casos: *(i) para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica; y (ii) cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.*

Por otro lado, de conformidad con los antecedentes de la Corte Constitucional, el Sistema de Seguridad Social en Salud contiene servicios que deben ser prestados y financiados por el Estado en su totalidad, otros cuyos costos deben ser asumidos de manera compartida entre el sistema y el usuario y, finalmente, algunos que están excluidos del PBS y deben ser sufragados exclusivamente por el paciente o su familia.¹

En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costeado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial ha establecido unas excepciones en las cuales la EPS (independientemente del régimen) está llamada a asumir los gastos derivados de éste, ya que si bien tal servicio no se considera una prestación médica, es un *medio* que permite el acceso a los servicios de salud y la materialización del derecho fundamental.²

En ese sentido, la Corte³ consideró que a partir de los principios de accesibilidad, integralidad y, especialmente, la solidaridad, cuando un usuario es remitido a un lugar diferente a su residencia para recibir la atención en salud prescrita por su médico tratante, con fundamento en que la entidad no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación y el paciente o su familia carece de recursos para sufragar los desplazamientos, será un deber de las

¹ Sentencias T-900 de 2000, T-1079 de 2001, T-1158 de 2001, T- 962 de 2005, T-493 de 2006, T-760 de 2008, T-057 de 2009, T-346 de 2009, T-550 de 2009, T-149 de 2011, T-173 de 2012, T-073 de 2013, T-447 de 2014, T-678 de 2015, T-126 de 2017 y T-001 de 2018.

² Sentencias T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-352 de 2010, T-526 de 2011, T-464 de 2012, T-148 de 2016 y T-495 de 2017.

³ Sentencias T-760 de 2008, T-487 de 2014 y T-405 de 2017.

entidades costear los medios de transporte para poder recibir la atención requerida.

En relación con lo anterior, dichos costos se han otorgado, pese a que el transporte requerido no esté previsto en la norma citada cuando se evidencian los siguientes supuestos⁴:

"(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario."⁵

La creación de las reglas precedentes se originó como respuesta al objetivo de garantizar la accesibilidad a los servicios de salud de todos los afiliados, ya que los diferentes planes de servicios preveían el transporte para aquellos pacientes que necesitaban atención complementaria o se encontraban en zonas donde se pagaba una UPC diferencial mayor⁶, no así para el desplazamiento de los usuarios que requerían un tratamiento o servicio que no se encontraba disponible en el municipio de afiliación y no constituía una urgencia certificada o se tratara de pacientes hospitalizados.

Actualmente, como resultado del desarrollo jurisprudencial, la Ley estatutaria 1751 de 2015 determinó que el financiamiento del transporte de pacientes ambulatorios desde su lugar de residencia hasta el lugar donde se brinden los servicios médicos se realiza con cargo a la prima adicional por dispersión, figura que la Corte ha definido como *"un valor destinado a los departamentos y regiones en los cuales por haber menor densidad poblacional se generan sobrecostos en la atención, entre otras razones, por el traslado de pacientes."*⁷

En ese orden, *"las zonas que no son objeto de prima por dispersión, cuentan con la totalidad de infraestructura y personal humano para la atención en salud integral que requiera todo usuario, por consiguiente no se debería necesitar trasladarlo a otro lugar donde le sean suministradas las prestaciones pertinentes. En tal contexto, de ocurrir la remisión de la paciente otro municipio, esta deberá afectar el rubro de la UPC general, como quiera que se presume que en el domicilio del usuario existe la capacidad para atender a la persona, y*

⁴ Sentencia T-365 de 2017.

⁵ Sentencias: T-745 de 2009; T-437 de 2010; T-587 de 2010, T-022 de 2011, T-481 de 2011, T-173 de 2012, T-073 de 2013, T-619 de 2014 y T-365 de 2017.

⁶ Por ejemplo, el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994.

⁷ Sentencia T-487 de 2014

en caso contrario es responsabilidad directa de la EPS velar por que se garantice la asistencia médica.”⁸

Lo anterior, en cumplimiento de la finalidad constitucional de remover las barreras y obstáculos que impiden acceder oportuna y eficazmente a dichos servicios garantizando no solo los servicios de carácter médico sino, además, la financiación de los medios que permitan acceder a tales atenciones.

2.5. Problema Jurídico y Caso Concreto

De acuerdo a lo anterior, corresponde al Despacho establecer si las accionadas **EPS COMPENSAR y/o HOSPITAL CARDIOVASCULAR** han vulnerado o puesto en peligro los derechos fundamentales de la señora **ROSA DELIA GARCÍA**, al no autorizar los servicios médicos de atención domiciliaria, asignar prestador de atención integral domiciliaria, un cuidador tipo enfermería, insumos tipo pañales, medicamentos, transporte especial diferente a una ambulancia para asistir a citas de especialidades médicas, terapias integrales y suplementos nutricionales, requeridos para el tratamiento de su patología.

En ese orden, tenemos en principio que la señora **ROSA DELIA GARCÍA**, acreditó ser un sujeto de especial protección, por encontrarse en el grupo poblacional de adultos mayores según la alta corporación y de conformidad con lo deducible de la copia de su cédula de ciudadanía.

A su vez que se encuentra afiliada a **COMPENSAR E.P.S.**, en calidad de cotizante, evidenciándose, además, las ordenes médicas impartidas por el galeno tratante en cuanto a los servicios de: "1.ATENCIÓN (VISITA) POR FISIOTERAPIA (CÓDIGO: 890111) (CANTIDAD 12 DOCE); 2. (...) 3 TERAPIAS POR SEMANA POR 1 MES ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR FONIATRÍA Y FONOAUDIOLOGÍA (CÓDIGO: 890110) (CANTIDAD 1 UN); 3 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR MEDICINA GENERAL (CÓDIGO 890101) (CANTIDAD 1 UN); 4 (...) POR NUTRICIÓN Y DIETÉTICA (CÓDIGO 890106) (CANTIDAD 1 UN); 5 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA TERAPIA OCUPACIONAL (CÓDIGO 890113) (...) 3 TERAPIAS SEMANALES POR 1 MES (CANTIDAD 12 DOCE)", prescritas por el doctor, Mauricio Eduardo Andrés Acosta

⁸ *Ibidem*

Franco, de la especialidad Geriatria Clínica, médico adscrito al Hospital Cardiovascular de Soacha Cundinamarca el pasado 03 de mayo de 2023.

Para enervar las pretensiones de la accionante, informó la E.P.S. accionada, que dio cumplimiento con lo anterior allegando como soporte de lo mismo el extracto de la comunicación efectuada por la I.P.S. FISIORAD y del que se colige, que fueron **autorizados**, 12 sesiones de terapia física y terapia de lenguaje, además de 01 de nutrición y la terapia de valoración por terapia ocupacional para definir plan de manejo a domicilio. Manifestación que fue corroborada por el accionante, en comunicación que milita en el archivo "008 *MemorialManifestaciondelAccionante*", no obstante, no obra medio de probanza alguna que acredite en debida forma el agendamiento de los servicios médicos ordenados por el médico tratante, a través de su red prestadora.

De otro lado, con relación a la solicitud de asignar "cuidador tipo enfermería", procede este despacho judicial, en primer lugar aclarando la distinción que existe entre las funciones de los cuidadores y los de enfermería, para posteriormente, establecer si la accionante requiere alguno de estos dos servicios.

Ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que el primero de estos, no está estrictamente vinculado a un servicio de salud, sino que está encargado de hacer más llevadera la existencia a las personas dependientes, en sus necesidades básicas y además de la ayuda y colaboración que les presten, a su vez servirá de soporte emocional y apoyo, asignándose esta tarea, usualmente al grupo familiar del paciente, pues se reitera, su especial función es facilitar la existencia de aquellos que se han visto disminuidos en su autonomía física y emocional.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2018, exceptuó de esta labor a los familiares que se encuentren en circunstancias como: " (i) *no cuenta ni 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; (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*", sin que, en este especial caso, se haya acreditado, si quiera sumariamente, por parte de la señora **ROSA DELIA NIÑO**

estar inmersa en alguna de estas causales, considerándose la improcedencia de esta petición.

Seguidamente, al analizar el servicio de enfermería, sin que exista duda respecto de la complejidad en la patología de la señora **ROSA DELIA NIÑO**, tenemos que este corresponde a una asistencia profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles, para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con lo anterior, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado, y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena a su conocimiento.

Así las cosas y como quiera que no existe orden médica en este sentido, así como tampoco se demostró la necesidad de la accionante, de algún procedimiento invasivo o suministro de medicamentos que requieran de la experticia de un profesional de salud, considerando en cambio que lo requerido por la misma, puede ser ofrecido por su cuidador, se negará igualmente esta pretensión.

Ahora, en cuanto al servicio de transporte, se debe advertir que no se acreditó por parte del interesado, estar inmerso en alguna de las circunstancias contenidas en el artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017 y menos allegó orden de servicio alguna para acceder la pretensión en la forma instada, por lo que será denegada.

Con respecto a la entrega de pañales, es necesario precisar que en los anexos allegados por la parte accionante, se evidenció la autorización No. 231326103309923 del 12 de mayo de 2023, en la que COMPENSAR E.P.S. autorizó el suministro de 120 pañales en la Institución DISFARMA GC S.A.S., por lo que en este sentido le corresponde directamente al interesado, acercarse hasta la entidad correspondiente para gestionar su entrega.

No obstante lo anterior, se avizora que la EPS accionada no ha garantizado en su totalidad de los servicios médicos ordenados a la señora **ROSA DELIA NIÑO**, por tanto, habrá de ordenarse a **COMPENSAR EPS** por intermedio de un fallo de tutela, *si aún no lo ha hecho* **PROGRAME Y PRESTE** conforme al procedimiento establecido para tal fin por intermedio de su red de prestadores con la que tenga convenio vigente, los servicios médicos denominados: **"1.ATENCIÓN (VISITA) POR FISIOTERAPIA (CÓDIGO: 890111) (CANTIDAD 12 DOCE); 2. (...) 3 TERAPIAS POR SEMANA POR 1 MES ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR FONIATRÍA Y FONOAUDIOLOGÍA (CÓDIGO: 890110) (CANTIDAD 1 UN); 3 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR MEDICINA GENERAL (CÓDIGO 890101) (CANTIDAD 1 UN); 4 (...) POR NUTRICIÓN Y DIETÉTICA (CÓDIGO 890106) (CANTIDAD 1 UN); 5 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA TERAPIA OCUPACIONAL (CÓDIGO 890113) (...) 3 TERAPIAS SEMANALES POR 1 MES (CANTIDAD 12 DOCE)"**, conforme a lo ordenados por su médico tratante; sin imponerle trabas ni obstáculos de carácter administrativo que impidan su acceso al servicio público de salud. Ello atendiendo los principios de inmediatez, prontitud, sin ninguna dilación.

Ahora, es preciso resaltar, que el tratamiento integral **no conlleva la protección de hechos futuros e inciertos**, sino que tal como lo ha manifestado la H. Corte Constitucional, implica garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar que los ciudadanos interpongan acciones constitucionales con el fin de conseguir protección a sus derechos fundamentales que puedan ser vulnerados por cada prescripción de servicios negados por la entidad prestadora de salud.

Es por ello, que además corresponde a este Despacho Constitucional prevenir a la E.P.S. accionada para que, en lo sucesivo, preste a la accionante todos los servicios de salud que requiera para el tratamiento de la patología padecida tales como: medicamentos, procedimientos, insumos y demás, sin dilación, ni la imposición de cargas administrativas injustificadas, **y de acuerdo a las prescripciones efectuadas por su médico tratante.**

Desde luego, que, de llegarse a generar costos adicionales o excluidos del PBS en razón al tratamiento, podrá la E.P.S. accionada efectuar el recobro ante el ente respectivo, para lo cual deberá acogerse a los parámetros legalmente establecidos para ese fin. Y, aun cuando se llegue a requerir que deba

concederse la facultad de recobro de forma expresa en el presente fallo, no debe así procederse, pues debe tenerse en cuenta que es un aspecto ajeno a la finalidad de la acción de tutela, y que, sólo se materializa para satisfacer un requisito reglamentario de carácter formal.

Finalmente, y en cuanto a las solicitudes de entrega de medicamentos, y suplementos nutricionales, este fallador judicial reitera que, al carecer de la experticia para el tema de salud, y ante la inexistencia de orden médica negará el suministro de estos.

En lo que tiene que ver con el Hospital Cardiovascular de Soacha Cundinamarca, se desvinculara de la presente acción de tutela, por considerarse que las órdenes aquí impartidas deberán ser cumplidas por la E.P.S. COMPENSAR.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soacha-Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER parcialmente **LA TUTELA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** a la salud, en conexidad a la vida digna por la señora **ROSA DELIA NIÑO**, vulnerados por la **EPS COMPENSAR**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS COMPENSAR**, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, *si no lo ha hecho*, **PROGRAME "1.ATENCIÓN (VISITA) POR FISIOTERAPIA (CÓDIGO: 890111) (CANTIDAD 12 DOCE); 2. (...) 3 TERAPIAS POR SEMANA POR 1 MES ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR FONIATRÍA Y FONOAUDIOLOGÍA (CÓDIGO: 890110) (CANTIDAD 1 UN); 3 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA POR MEDICINA GENERAL (CÓDIGO 890101) (CANTIDAD 1 UN); 4 (...) POR NUTRICIÓN Y DIETÉTICA (CÓDIGO 890106) (CANTIDAD 1 UN); 5 (...) ATENCIÓN (VISITA) DOMICILIARIA TERAPIA OCUPACIONAL (CÓDIGO 890113) (...) 3**

TERAPIAS SEMANALES POR 1 MES (CANTIDAD 12 DOCE)”, sin imponerle trabas ni obstáculos de carácter administrativo que impidan su acceso al servicio público de salud. Ello atendiendo los principios de inmediatez, prontitud, sin ninguna dilación, y en la forma, especificación y cantidad prescrita en la respectiva orden de servicio.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones incoadas por la parte accionante, de conformidad con las consideraciones expuestas.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela al **HOSPITAL CARDIOVASCULAR DE SOACHA CUNDINAMARCA,** por las razones antes dadas.

QUINTO. NOTIFÍQUESE de esta decisión a las partes.

SEXTO: En el evento de que no sea impugnada esta decisión, para su eventual revisión remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase.

EL Juez,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a series of loops and a long horizontal stroke.

RAFAEL NÚÑEZ ARIAS

Firmado Por:
Rafael Nunez Arias
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 002
Soacha - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4739993fa3f6dc95f314abb9695c43dcfa82d8b875410156353faf5a7ca6c13a**

Documento generado en 31/05/2023 05:28:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>