

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad
Valledupar - Cesar

Ref. Acción de Tutela No. 2020 – 00128-00

Valledupar, Tres (03) de Abril de Dos Mil Veinte (2020).

Asunto

Procede el despacho proferir la sentencia que corresponda dentro de la acción de tutela promovida **por** ANAYIBE ASCANIO RODRIGUEZ, en calidad de Agente Oficiosa de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ **contra** COMPARTA EPS.

Antecedentes.

Manifiesta la accionante que la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ, se encuentra registrada en la plataforma del ADRES en la EPS COMPARTA, quien vive en el municipio de Ocaña, Norte de Santander y vino al municipio de Becerril, Cesar a pasarse el año nuevo, pero por la edad, las altas temperaturas de esta zona, se complicó su estado de salud.

Aduce la accionante que para poder ser atendida la agenciada por especialistas, se solicitó una portabilidad temporal, donde se confirma sus diagnósticos: FALLA CARDIACA DESCOMPENSADA CON FEVI PRESENTADA, DE ETIOLOGIA NYHA II/IV PRESENTADA, STEVENSON A7 COMPENSACION, CARDIOPATIA HIPERTENSIVA (HIPERTROFIA SEPTUM INTERVENTRICULAR), EPOC SIN DIAGNOSTICO ESPIROMETRICO, HTA E 2, FARVA CHA2DS2-VASC 4 PUNTOS, IVU AÑADIDA, PERDIDA DE VISION EN UN 90%, encontrándose totalmente encamada, hinchada y dependiendo todo el tiempo de una unidad de oxígeno, requiriendo de alguna persona o enfermera que le esté suministrando medicamentos, estar volteándola, bañándola.

Indica la señora ANAYIBE ASCANIO que su agenciada necesita ser atendida en casa donde se le pueda valorar por el médico general, nutrición, terapias y demás, que nada más se tenga que trasladar en hospitales o clínicas en Valledupar u otras ciudades del país, cuando tenga obligatoriamente que ir a los especialistas, pero en un transporte adecuado por su estado de salud.

Por último señala la accionante que, la vivienda en Becerril es humilde y no cuenta con las condiciones físicas para la agenciada, lo que ha afectado su estado de salud, por lo tanto pide sea remitida hacia su domicilio en Ocaña, Norte de Santander y se le siga garantizando el servicio domiciliario, transporte en ambulancia y demás para atender sus condiciones de salud.

Pretensiones.

Con base a los hechos antes expuestos, pretende la parte accionante que se ordene en forma inmediata a COMPARTA EPS traslade en ambulancia a la agenciada hacia su domicilio en Ocaña, Norte de Santander, que se le garanticen todos los servicios domiciliarios que haya sin restricciones. Así mismo le sean entregados los pañales desechables Tena Slim talla L, los Ensures advance, pañitos húmedos para los cambios de pañal, cremas antiescaras y/o antipañalitis y todos los medicamentos de control para garantizar sus tratamientos según sus diagnósticos, en la cantidad que los médicos tratantes le ordenen. De igual forma depreca la accionante le sea garantizado a la agenciada, la prestación del servicio domiciliario que incluya atención domiciliaria 24 horas de enfermera, terapias físicas, respiratorias, atención de médico general y medicina interna en forma oportuna y de calidad, para garantizar su servicio de salud según sus

diagnósticos, garantizando el transporte en ambulancia cuando sea necesario trasladarse a cumplir citas de control diferentes a los domiciliarios al igual que la alimentación, estadía de ella y su acompañante a cualquier ciudad de Colombia; por último le sea suministrada una cama especial para su atención que tenga barandas de seguridad para evitar caídas y una silla de ruedas.

Derechos Violados:

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, considera la parte accionante que Comparta EPS con su actuación u omisión está vulnerando el derecho fundamental constitucional a la salud y a la seguridad social de la agenciada.

Pruebas:

En atención a los hechos y a las pretensiones antes esbozadas la parte accionante aporta las siguientes pruebas:

1. Fotocopia de la historia clínica de la agenciada.
2. Fotocopia del Formulario Único Solicitud de Portabilidad emitido por la EPS COMPARTA.
3. Fotocopia de Historia clínica de la paciente emitida por Clínica del Cesar.

Actuación Judicial:

La presente tutela fue admitida, ordenándose la correspondiente notificación y vinculándose a la Secretaría de Salud Departamental, oficiando a la accionada para que informara al despacho sobre los hechos de la presente tutela, especialmente lo que tiene que ver con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ DE ASCANIO.

La accionada, COMPARTA EPS no se manifestó respecto al requerimiento realizado por el Despacho, conducta que abre paso a que se de aplicación a lo normado por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, esto es, que se tengan por ciertos los hechos narrados en el escrito tutelar.

Por su parte la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, contestó el requerimiento realizado por el Despacho señalando que, la Honorable Corte Constitucional ha establecido que las ARS y las E.P.S. están obligadas a suministrar los servicios médicos que sus afiliados requieran y que hagan parte del POS-S, sin embargo frente a los medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS, dichas entidades también tienen la obligación de autorizarlos siempre y cuando del estudio de las circunstancias particulares del paciente se evidencie que (i) si no se autoriza el servicio de salud pedido se pone en riesgo su vida o se desmejoran sus condiciones de salud; (ii) no existe dentro del POS o POS-S otro medicamento, tratamiento o procedimiento con el mismo nivel de efectividad por el cual pueda ser remplazado; (iii) el usuario carece de los recursos para sufragar el costo del servicio de salud que requiere y (iv) dicho medicamento, tratamiento o procedimiento fue prescrito por el médico tratante adscrito a la ARS o EPS-S.

Por lo anterior solicita declarar la improcedencia de la presente acción, frente a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, en mérito a no haberle violado o desconocido los derechos fundamentales a la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ, toda vez que la competencia para responder por los servicios de salud requeridos para esta paciente, la tiene y es de la EPS COMPARTA, por expresa disposición de las normas expedidas.

Consideraciones Del Despacho

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591/91, toda persona tiene derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus

derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos correspondientes.

ANAYIBE ASCANIO RODRIGUEZ, actúa en calidad de Agente Oficioso de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ para reclamar sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la accionada COMPARTA EPS, de tal forma que se encuentra legitimada para ejercer la mencionada acción.

Derecho fundamental a la salud – Reiteración de jurisprudencia.

La salud es un derecho humano esencial e imprescindible para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano, entonces, debe tener la garantía al disfrute del más alto nivel posible de salud que le posibilite vivir dignamente.

Dentro del marco de regulación internacional es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) respecto del alcance del derecho a la salud, por cuanto el aludido pacto hace parte del bloque de constitucionalidad. De manera textual, dicho instrumento internacional prescribe que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.*

En ese mismo sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales instituye, en su artículo 10, lo siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*
- 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*
 - f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”*

Ahora bien, en relación con el ordenamiento jurídico interno, el artículo 49 de la Constitución consagra que la atención en salud es una responsabilidad a cargo del Estado, en cuanto a su organización, dirección y reglamentación. En tal sentido, la prestación de los servicios de salud se debe realizar de conformidad con principios de la administración pública tales como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. Es por ello, que en los términos del artículo 4° de la Ley 1751 de 2015 el sistema de salud es definido como *“(…) el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”.*

En cuanto a su connotación como derecho, la salud ha tenido una sistemática evolución jurisprudencial. En un primer momento se interpretó como un derecho de desarrollo progresivo, que era amparable por vía de acción de tutela cuando quiera que el mismo estuviese en conexidad con el derecho a la vida y otros derechos como la dignidad humana. Posteriormente, en el desarrollo jurisprudencial de las decisiones del Alto Tribunal Constitucional, se explicó que la fundamentalidad de un derecho no podía

subordinarse a la manera en que éste se materializara. Por ello, la jurisprudencia constitucional dio el reconocimiento a la salud como un derecho fundamental *per se*, que podría ser protegido a través de la acción de tutela ante su simple amenaza o vulneración, sin que tuviese que verse comprometida la vida u otros derechos para su amparo.

Posteriormente, en Sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte en cita puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “*en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna*”. Por medio de la anterior argumentación, se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como conexo a otros, y se pasó a la definición actual como un derecho fundamental independiente.

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el Legislador materializa en un compendio normativo la interpretación jurisprudencial del derecho fundamental a la salud. Es así como su artículo 2° describe aspectos que ya habían sido analizados con los pronunciamientos de esa Corporación, tales como que la prestación de los servicios de salud estarían a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto y que la supervisión, organización, regulación, coordinación y control del servicio sería ejercida por entidades Estatales.

El derecho fundamental a la salud, que tiene un contenido cambiante debido a su propio desarrollo, exige del Estado una labor de permanente actualización, ampliación y modernización en su cobertura, lo cual se confirmó con la expedición de la Ley 1715 de 2015. Para concretar esos objetivos es fundamental que se garantice que los elementos esenciales del derecho a la salud, como son (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad e idoneidad profesional, estén interconectados y que su presencia sea concomitante, pues la sola afectación de cualquiera de estos elementos es suficiente para comprometer el cumplimiento de los otros y afectar la protección del derecho a la salud.

Con lo descrito, se puede concluir que la salud “*es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos*”, el que no puede ser entendido como la garantía de unas mínimas condiciones biológicas que aseguren la existencia humana. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto amplio de factores, como la recreación y la actividad física, que influyen sobre las condiciones de vida de cada persona, y que pueden incidir en la posibilidad de llevar al más alto nivel de satisfacción el buen vivir. Por tal motivo, la protección y garantía del derecho a la salud impacta sobre otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana y la vida. (Ver en este sentido sentencia **T-322/18**).

El cubrimiento de los gastos de transporte por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto el servicio de transporte no tiene la naturaleza de prestación médica, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional han considerado que en determinadas ocasiones dicha prestación guarda una estrecha relación con las garantías propias del derecho fundamental a la salud, razón por la cual surge la necesidad de disponer su prestación.

En desarrollo del anterior planteamiento, la Resolución 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)*” establece, en su artículo 120, que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio. Así mismo, el artículo 121 de la misma Resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado.

Sobre el particular, la Corte pluricitada ha sostenido que en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en la citada Resolución y, tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, le corresponde a la EPS cubrir el servicio. Ello, en procura de evitar los posibles perjuicios que se pueden llegar a generar como consecuencia de un obstáculo en el acceso al derecho fundamental a la salud.

Respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

*“que (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”* (resaltado fuera del texto original).

Por otro lado, en lo que se refiere igualmente al tema del transporte, se pueden presentar casos en los que dada la gravedad de la patología del paciente o su edad avanzada, surge la necesidad de que alguien lo acompañe a recibir el servicio. Para estos casos, la Corte referenciada ha encontrado que *“si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas” (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado* la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.

En conclusión, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otras circunstancias en que, a pesar de encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona. Por este motivo la Corte referenciada ha considerado que el juez de tutela debe analizar la situación en concreto y determinar si a partir de la carencia de recursos económicos tanto del paciente, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, se le debe imponer a la EPS la obligación de cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de eliminar las barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.

El precedente constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar insumos de aseo

El acceso a insumos de aseo, tales como: pañales desechables, pañitos húmedos, cremas antipañalitis, entre otros, ha tenido un desarrollo especial por la Corte Constitucional, al otorgarles un carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, insumos que son requeridos en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad.

En recientes pronunciamientos, la Corte en cita ha reiterado su postura garantista y ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando el suministro de pañales, sobre todo si la patología que aqueja al accionante origina incontinencia urinaria.

Existe la suficiente claridad para entender que el suministro de pañales desechables no tiene una incidencia directa en la recuperación o cura de la enfermedad del paciente, pero sí va a permitir que la persona pueda gozar de unas condiciones dignas de existencia, en especial, en enfermedades que restringen la movilidad o que impiden un control adecuado de esfínteres.

En definitiva, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias, ha llevado al juez de tutela, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, hubo consenso en el Alto Tribunal, en establecer que una EPS desconocía el derecho a la salud de una persona que requería un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud –POS- cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio 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 servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Respecto de los anteriores requisitos, en la sentencia C-313 de 2014, se explicó que “*estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia*”.

Empero, con la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015 surgieron cambios sustanciales, que obligan, a la luz de la nueva normatividad, a evaluar si deben existir nuevos requisitos de control constitucional, cuando se trata del suministro de servicios o elementos expresamente excluidos.

A este respecto, comienza una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional, en materia de protección del derecho a la salud por el no suministro de pañales, recordando que la Corte siempre vela por la protección de los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana. **(Ver referencia Sentencia t 215/18)**

La prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud y las reglas relativas a la entrega de silla de ruedas en el marco de la acción de tutela

En relación con los principios abordados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la prestación efectiva y eficiente del servicio de salud no puede interrumpirse o fraccionarse con base en barreras administrativas que deban adelantar las entidades prestadoras de salud y/o conflictos entre los distintos organismos que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es así, como la sentencia T-405 de 2017 indicó el Alto Tribunal sobre este tema que: “**la negligencia de las entidades** encargadas de la prestación de un servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, **no puede ser trasladada a los usuarios por cuanto ello conculca gravemente sus derechos**, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtir de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio”.

En consecuencia, las EPS no pueden aducir dificultades administrativas o de trámite para suspender o negar servicios de salud requeridos por los pacientes, menos aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y/o revisten las calidades de *sujeto de especial protección constitucional*.

Como ejemplo de ello, esa Corporación ha enfatizado en varias ocasiones que si un profesional de la salud determinó que un paciente necesita la realización de algún procedimiento o la entrega de un medicamento o insumo, las EPS tienen el deber de proveérselo, sin importar si están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

En el caso de las sillas de ruedas, se encuentra que la Resolución 5857 de 2018, en su artículo 59, párrafo 2°, dispuso que “*no se cubren con cargo a la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos*”. Sin embargo, esto no quiere decir que se trate de instrumentos excluidos del PBS, pues estos se encuentran listados en la Resolución 244 de 2019 y ésta omite referencia alguna a las sillas de ruedas.

Además, se destaca que de ninguna manera se trata de elementos “*que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas*”, tal como reza uno de los criterios de exclusión establecidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Tampoco puede aducirse que su cobertura corresponde a programas de integración social que adelantan los entes territoriales para personas con discapacidad, pues su entrega no tiene como fin *promover que todos tengan las mismas oportunidades para participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, sin ninguna limitación por razones de discapacidad*, como lo refiere la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por la cual se garantizan los derechos de esta población.

En contraste, la Corte Constitucional considera que la entrega de sillas de ruedas prescritas por razones médicas, tiene como fin menguar las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra una persona debido a una determinada afectación de salud, lo cual

busca permitir que el paciente pueda tener una vida en condiciones de dignidad humana, eje y fundamento de los derechos humanos, del Estado Colombiano y, claramente, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De esta manera, el Alto Tribunal enfatiza que las sillas de ruedas sí hacen parte de los insumos que deben ser cubiertos por el sistema de salud, sin embargo no son financiados con cargo a la UPC, sino que deben ser pagados por la EPS y después recobrados a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Dicho procedimiento se encuentra regulado en 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*”.

Al respecto, la reciente sentencia T-464 de 2018 explicó, en un caso semejante, que la prestación de servicios de salud y/o entrega de medicamentos o insumos debe analizarse con base en tres posibilidades:

- “i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;*
- ii. Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. **En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES.** Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; o*
- iii. Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017.”*

Como puede evidenciarse, las sillas de ruedas se enmarcan en el segundo escenario y, por lo tanto, las EPS deben entregarlas sin anteponer barreras administrativas a los pacientes y surtiendo el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018 para solicitar el respectivo recobro a la ADRES.

Además, si se reclama dicho instrumento por medio de acción de tutela, la sentencia mencionada refiere que: “*de acuerdo con las reglas decantadas por la jurisprudencia constitucional para los insumos y servicios incluidos en el PBS, las sillas de ruedas deben ser suministradas por las EPS cuando hayan sido ordenadas por un médico adscrito a la EPS*”.

Sobre este punto, las sentencias T-032, T-464, T-491 de 2018 y T-014 de 2017, entre otras, reiteran que la ausencia de inclusiones explícitas de algún instrumento o ayuda técnica en el Plan Básico de Salud (PBS) no puede ser una barrera administrativa para que las EPS procedan a su entrega.

De manera que, si se incumple esta obligación, es el juez de tutela quien debe intervenir a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales bajo amenaza, para lo cual debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- “i. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere;*
- ii. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud;*
- iii. Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y*
- iv. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio”.*

También se destaca que, esa Corporación ha ordenado la entrega de sillas de ruedas a niños que padecen parálisis cerebral o han sufrido algún tipo de accidente cerebro vascular, incluso si estos instrumentos no han sido prescritos por el médico tratante. Lo anterior, tuvo sustento en que la gravedad de los casos hacía evidente su necesidad para garantizar el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de los menores.

La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una “*alternativa a la atención hospitalaria institucional*” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

En este sentido la Corte Constitucional ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “*servicio de enfermería*” constituye una especie o clase de “*atención domiciliaria*” que supone la asistencia de un 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 esto, 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.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, entendiéndose la citada Corporación que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria” se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esa Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que el Alto Tribunal ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

Para la prenombrada Corporación, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

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 ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y **(ii)** en lo relacionado con la atención de cuidador, ha concluido el Alto Tribunal 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 se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Del Caso concreto:

En el presente asunto, pretende la parte accionante que se ordene a COMPARTA EPS, representada por su Gerente y/o quien haga sus veces, traslade en ambulancia a la agenciada hacia su domicilio en Ocaña, Norte de Santander, que se le garanticen todos los servicios domiciliarios que haya sin restricciones. Así mismo le sean entregados los pañales desechables Tena Slim talla L, los Ensures advance, pañitos húmedos para los cambios de pañal, cremas antiescaras y/o antipañalitis y todos los medicamentos de control para garantizar sus tratamientos según sus diagnósticos, en la cantidad que los médicos tratantes le ordenen. De igual forma deprecia la accionante le sea garantizado a la agenciada, la prestación del servicio domiciliario que incluya atención domiciliaria 24 horas de enfermera, terapias físicas, respiratorias, atención de médico general y medicina interna en forma oportuna y de calidad, para garantizar su servicio de salud según sus diagnósticos, garantizando el transporte en ambulancia cuando sea necesario trasladarse a cumplir citas de control diferentes a los domiciliarios al igual que la alimentación, estadía de ella y su acompañante a cualquier ciudad de Colombia; por último le sea suministrada una cama especial para su atención que tenga barandas de seguridad para evitar caídas y una silla de ruedas.

Por su parte la accionada, COMPARTA EPS, no rindió el informe requerido por el Despacho por lo que se dará aplicación a lo indicado en el artículo 20 del Decreto 2591 de

1991, bajo este entendido se tendrá por ciertos los hechos aducidos en el escrito de amparo, se reitera.

En el presente asunto lo primero que habría que resaltar es que, la titular de los derechos cuya protección deprecia en su escrito de amparo, es la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ, quien ha sido diagnosticada con FALLA CARDIACA DESCOMPENSADA CON FEVI PRESENTADA, DE ETIOLOGIA NYHA II/IV PRESENTADA, STEVENSON A7 COMPENSACION, CARDIOPATIA HIPERTENSIVA (HIPERTROFIA SEPTUM INTERVENTRICULAR), EPOC SIN DIAGNOSTICO ESPIROMETRICO, HTA E 2, FARVA CHA2DS2-VASC 4 PUNTOS, IVU AÑADIDA, PERDIDA DE VISION EN UN 90%.

En efecto, observa el Despacho que a pesar de que se aportaron copias de la historia clínica de la agenciada, elaborada con ocasión de una atención de urgencia que culminó con una hospitalización desde el día veintinueve (29) de febrero de dos mil veinte (2020) al once (11) de marzo de dos mil veinte (2020) por motivo de un dolor torácico opresivo, de ella no se desprende verificación científica que le permita a este fallador ordenar, mediante el amparo del derecho a la salud, lo solicitado por el agente oficioso. Hay que señalar que en la historia clínica allegada está consignado el motivo de consulta y las condiciones del egreso ante la evolución satisfactoria de la señora MARIA HELDA, pero no de las necesidades de la paciente imploradas en el escrito de amparo.

En este sentido, al hacer un estudio de las pruebas que militan en el paginario, se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de *requerir con necesidad* los insumos o servicios pretendidos por la accionante y por ello, falta lo fundamental para acreditar la vulneración del derecho a la salud. En efecto, aplicando al caso concreto las reglas jurisprudenciales depuradas anteriormente se encuentra que en este caso no puede hablarse de vulneración a la salud por falta de provisión de lo solicitado, sino de afectación del derecho de la agenciada por cuanto no goza de un diagnóstico actual sobre sus necesidades en materia de salud. En efecto, se tiene que:

- (i) *–El diagnóstico médico es necesario para la eventual atención en salud:* los diagnósticos realizados a la señora MARIA HELDA no evidencian o al menos dan indicio de la necesidad, desde el punto de vista científico, que obligue a la entrega de los insumos o la provisión de los servicios aludidos por el agente oficioso en su pretensión de tutela; no obran en el expediente elementos de juicio que permitan al Despacho inferir cómo lo solicitado pueda solventar la situación de salud de la agenciada, en especial porque no se conoce, desde el punto de vista médico, el impacto de lo requerido en el tratamiento de sus patologías.
- (ii) *Algunos servicios, insumos, tratamientos o procedimientos solicitados pueden encontrarse expresamente excluidos del plan de beneficios, situación que debe analizarse desde el punto de vista científico por la accionada:*
 - Silla de ruedas – se encuentra expresamente excluido por el párrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018.
 - Médico y enfermera domiciliaria – Hace parte del plan de beneficios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5857 de 2018.
 - Transporte – hace parte del Plan de Beneficios, en ciertas condiciones. Dados los elementos de convicción que obran en el expediente, no es posible determinar el tipo de transporte solicitado o eventualmente requerido. Valga recordar que “[e]n principio, el transporte, fuera de los eventos [...] señalados [en la Resolución], correspondería a un servicio que debe ser costado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar”.
 - Crema Marly hidratante – la Resolución 5857 de 2018 excluye expresamente todas las lociones y emulsiones hidratantes corporales.
 - Ensure – la Resolución 5857 de 2018 excluye expresamente los suplementos vitamínicos.
 - Pañales – la Resolución 5857 excluye todas las toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo.
- (iii) *La necesaria intervención del médico tratante para determinar si lo pretendido en sede de tutela es requerido con necesidad:* Los servicios e insumos que aquí se reclaman no cuentan de momento con una verificación y relevancia médica que acredite, desde el punto de vista científico, que la señora MARIA HELDA requiere con necesidad los insumos y servicios solicitados por el agente oficioso.

Motivo de lo anterior, las pretensiones planteadas por el agente oficioso no están llamadas a prosperar. A pesar de esto, considera esta judicatura que en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud-, por la calidad de sujeto de especial protección de la señora MARIA HELDA en tanto adulta mayor y la falta de evidencia contundente sobre la necesidad de los servicios solicitados, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la salud de la agenciada en su faceta diagnóstica. Sobre esto, es importante resaltar que se encuentra probado, según la historia clínica que la paciente padece de FALLA CARDIACA DESCOMPENSADA CON FEVI PRESENTADA, DE ETIOLOGIA NYHA II/IV PRESENTADA, STEVENSON A7 COMPENSACION, CARDIOPATIA HIPERTENSIVA (HIPERTROFIA SEPTUM INTERVENTRICULAR), EPOC SIN DIAGNOSTICO ESPIROMETRICO, HTA E 2, FARVA CHA2DS2-VASC 4 PUNTOS, IVU AÑADIDA, PERDIDA DE VISION EN UN 90%. Estas patologías, algunas de ellas progresivas, y la edad de la agenciada, son un indicio de una eventual necesidad en materia de salud, y sustentan la conveniencia de que sea valorada por su médico tratante, de modo que se determine los insumos y/o tecnologías que eventualmente requiera para atender su estado de salud, entre ellos, los pañales desechables, el suplemento alimenticio (Ensures advance), pañitos húmedos para los cambios de pañal, cremas antiescaras y/o antipañalitis, así mismo si requiere por las condiciones de salud en las que se encuentra, la atención domiciliaria en la modalidad de enfermería, terapias físicas, respiratorias, atención de médico general y medicina interna en su domicilio y el requerimiento de una cama especial y una silla de ruedas, evento en el cual deberá indicar las especificaciones de estos últimos insumos.

Con fundamento en lo anterior, se ordenará a la EPS COMPARTA que, a través del médico tratante de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ DE ASCANIO, se valoren sus condiciones de salud y se determine si *requiere con necesidad* la provisión de: (i) médico domiciliario general e internista, (ii) servicio de enfermería domiciliaria, (iii) silla de ruedas; (iv) cama especial (v) crema antiescaras y/o antipañalitis y pañitos húmedos (vi) suplemento alimenticio (Ensure advance); (vii) pañales (viii) terapias físicas y respiratorias y, dependiendo de la modalidad, (ix) transporte para la atención médica para la paciente y un acompañante, valoración que deberá materializarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia. Se resalta que si el galeno tratante de la agenciada prescribe que es necesario el suministro de los anteriores insumos y/o tecnologías o algunos de ellos, deberá la EPS accionada proceder a su autorización y entrega dentro del término de los ocho (8) días siguientes a la indicación médica emitida en tal sentido.

En razón de lo anterior el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

Resuelve:

Primero: Tutelar el derecho fundamental a la Salud en su faceta diagnóstica de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ DE ASCANIO, conculcado por COMPARTA EPS, representada legalmente por su Gerente y/o quien haga sus veces, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

Segundo: En consecuencia de lo anterior, manténgase la medida provisional decretada en el auto admisorio de la presente acción de amparo, relacionada con el traslado en ambulancia de la agenciada de Becerril, Cesar a Ocaña, Norte de Santander, si a la fecha no lo hubiere hecho. Así mismo, ordénesele a COMPARTA EPS, que a través del médico tratante de la señora MARIA HELDA RODRIGUEZ DE ASCANIO, se valoren sus condiciones de salud y se determine si *requiere con necesidad* la provisión de: (i) médico domiciliario general e internista, (ii) servicio de enfermería domiciliaria, (iii) silla de ruedas; (iv) cama especial (v) crema antiescaras y/o antipañalitis y pañitos húmedos (vi) suplemento alimenticio (Ensure advance); (vii) pañales (viii) terapias físicas y respiratorias y, dependiendo de la modalidad, (ix) transporte para la atención médica para la paciente y un acompañante, valoración médica que deberá materializarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia. Se resalta que si el galeno tratante de la agenciada prescribe que es necesario el suministro de los anteriores insumos y/o tecnologías o algunos de ellos, deberá la EPS accionada proceder a su autorización y entrega dentro del término de los ocho (8) días siguientes a la indicación médica emitida en tal sentido, respetando la cantidad y periodicidad ordenada por el galeno.

Tercero: Ordenar a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR, verificar y realizar las gestiones tendientes a que se dé puntual y efectivo cumplimiento al presente fallo por parte de la EPS-S accionada.

Cuarto: Notifíquese el presente fallo a las partes por el medio más eficaz.

Quinto: Si no fuere impugnado este proveído envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

La Juez,



Astrid Rocío Galeso Morales