



Sentencia T-475/20

Referencia: Expediente T-7.707.703

Acción de tutela instaurada por Lisbeth Fontalvo Barrio, como agente oficiosa de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que revocó la sentencia del Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla, que amparó los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana de Cristián Camilo Hernández Fontalvo contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA¹

¹ Acción de tutela presentada el 26 de junio de 2019. Folio 19 del cuaderno principal.

1. Lisbeth Fontalvo Barrio, como agente oficiosa de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, para proteger los derechos de su hijo a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

B. HECHOS RELEVANTES

2. Manifestó la accionante que su hijo, Cristián Camilo Hernández Fontalvo, se encuentra afiliado, en calidad de beneficiario, a la Nueva EPS.

3. La señora Lisbeth Fontalvo Barrio aseguró que su hijo, quien en la actualidad tiene cuatro años de edad², padece de parálisis cerebral, microcefalia, epilepsia focal sintomática, síndrome biopercular, hipoacusia bilateral, malformación del desarrollo cortical e infección congénita por virus del Sika³.

4. En consecuencia, el menor de edad requiere asistir a los respectivos controles médicos. La accionante afirma no poder pagarlos, por tener “*problemas económicos*” y, por ello, asegura que requiere que la Nueva EPS pague y suministre (i) el transporte interno para poder llevar a su hijo a las terapias que requiere; y (ii) el servicio de enfermería.

5. El 9 de mayo de 2019, se ordenó por parte de neuropediatría, “*enfermería 12 horas, cuidadora especial. De lunes a domingo*”⁴. Como sustento, se adjuntó certificación médica en la que consta que el niño Cristián Camilo cuenta con una incapacidad funcional severa, inferior a 45 puntos en el índice de Barthel. Es decir que, de acuerdo con este diagnóstico, necesita ser alimentado por otra persona, sufre de incontinencia y requiere que alguien lo apoye para movilizarse y en general para realizar todas las actividades personales⁵.

6. El 16 de mayo de 2019, la señora Lisbeth Fontalvo Barrio solicitó a la Nueva EPS, mediante petición escrita, que autorizara el “*cuidado de enfermería por 12 horas de lunes a domingo*”, tal como fue ordenado por una profesional adscrita al Instituto Nacional de Salud⁶.

7. El 27 de mayo de 2019, la Nueva EPS indicó a la señora Lisbeth Loraine Fontalvo que no era pertinente prestar el servicio de enfermería por 12 horas, según lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017. Se adujo que la atención en modalidad domiciliaria es una alternativa a la atención hospitalaria institucional⁷. Asimismo, precisó que la sentencia T-795 de 2010 definió que la familia tiene obligaciones, tales como colaborar con la atención y cuidado de sus integrantes; por

² Folio 10 del cuaderno principal. Registro civil de nacimiento, en el que consta que Cristián Camilo Hernández Fontalvo nació el 30 de junio de 2016.

³ Folio 12 del cuaderno principal. Consulta de control por neurología pediátrica, del 12 de octubre de 2018, en donde además de describir los padecimientos de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, como tratamiento se ordena el medicamento Oxcarbazepina y terapias de neurodesarrollo. En similar sentido, en el folio 18 del cuaderno principal se aporta certificado de discapacidad expedido por la Nueva EPS, en el que se le diagnostica parálisis cerebral infantil y epilepsia, por lo cual cuenta con discapacidad física y mental.

⁴ Folio 17 del cuaderno principal. Recetario.

⁵ Folios 15 y 16 del cuaderno principal. Evaluación de índice de Barthel por neuropediatría, en el que se arroja una puntuación total de 0.

⁶ Folio 14 del cuaderno principal. Solicitud radicada en la Nueva EPS el 16 de mayo de 2019.

⁷ Folio 13 del cuaderno principal. Respuesta de la Nueva EPS, el 27 de mayo de 2019.

lo que el cuidador primario del paciente debe ser un miembro de su núcleo familiar. E indicó que *“el servicio de cuidador domiciliario no está contemplado dentro del Plan Obligatorio de salud, y es una exclusión expresa del plan de beneficios, toda vez que se trata de una actividad que no corresponde al ámbito propio del servicio de salud, que no será cubierto con los recursos del sistema general de seguridad social en salud”*⁸. Por último, señaló que la entidad cuenta con criterios establecidos para el servicio de enfermería, los cuales fueron enlistados⁹.

8. El 26 de junio de 2019, Lisbeth Fontalvo Barrio, quien afirma actuar *“como agente oficiosa”* de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, interpuso acción de tutela contra la Nueva EPS por el presunto desconocimiento de los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad humana¹⁰. En efecto, después de citar varias sentencias de la Corte Constitucional, se aludió al carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como pretensiones, solicitó que se ordenara a la EPS asumir: (i) el transporte interno para poder movilizarse a las terapias que requiere Cristián Camilo Hernández Fontalvo; (ii) el servicio de enfermería durante doce (12) horas, desde el día lunes hasta el domingo; y (iii) *“(…) el tratamiento que requiera el niño y demás tratamientos alternativos, insumos, medicamentos que se consideren pertinentes en el tiempo, si así lo necesitase de acuerdo a su patología”*¹¹.

C. ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y VINCULACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

9. Mediante auto del dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla admitió la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, requirió a la Nueva EPS para que, en el término de veinticuatro (24) horas siguientes respondiera la demanda y presentara las pruebas que quisiera hacer valer¹².

10. La Nueva EPS guardó silencio en el proceso de tutela de la referencia.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: *Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla el dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)*¹³

11. El juez de instancia tuteló los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social de Cristián Camilo Hernández Fontalvo. En consecuencia, ordenó a la Nueva EPS autorizar el servicio de transporte interno para que el niño pudiera asistir a las terapias y a los controles médicos. A su vez, ordenó la prestación del servicio de cuidadora durante 12 horas al día, de lunes a domingo, en los términos prescritos por el médico tratante. Sin embargo, negó la petición de otorgar un tratamiento integral.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Folio 1 a 9 del cuaderno principal. Acción de tutela.

¹¹ Folio 8 del cuaderno principal. Pretensiones de la acción de tutela.

¹² Auto admisorio. Folio 20 del cuaderno principal.

¹³ Folios 24 a 28 del cuaderno principal. Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla, el dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019).

12. Como fundamento, se indicó que Cristián Camilo Hernández Fontalvo, según el respectivo diagnóstico clínico, necesita ser sometido a controles cada dos (2) meses. Asimismo, se explicó que la médica tratante, especialista en neuropediatría, le prescribió el servicio de enfermería durante 12 horas, cuidado especial, de lunes a domingo. Al respecto, el juez indicó que:

“(...) en este caso, al evidenciarse que la accionante cuenta con una orden en ese sentido, esto es, que se determinó la necesidad del servicio de una cuidadora, no puede desconocerse el razonamiento calificado del profesional de la salud que valoró su situación particular y concluyó la necesidad del servicio de cuidado 12 horas, de lunes a domingo.

Se destaca en este asunto que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda”¹⁴.

13. Pese a lo anterior, se advirtió que la jurisprudencia ha establecido la existencia de eventos excepcionales en los que la asunción de este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, pero que puede llegar a trasladarse al Estado cuando (i) existe certeza sobre la necesidad de la prestación médica; y (ii) el grupo familiar se encuentra imposibilitado para otorgarlas. Afirmó el juez de instancia que en este caso no existe duda sobre las condiciones de salud del menor de edad y los cuidados especiales que requiere, *“(...) aunado al hecho de no haberse recibido contestación a la acción de tutela”, lo que conduce a “dar por ciertos los hechos de la demanda de tutela y acceder al amparo constitucional deprecado en cuanto a la cuidadora por 12 horas”¹⁵.*

14. En consecuencia, se consideró que se cumplían los presupuestos establecidos en la sentencia T-760 de 2008, pues (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 se halla en condiciones de costearlo directamente; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un galeno adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud.

15. Asimismo, se adujo que era procedente el amparo en relación con el transporte del niño, pues ello tiene incidencia en la protección de los derechos a la salud y a la vida digna de Cristián Camilo Hernández Fontalvo. Al respecto, el juez de instancia explicó que el núcleo familiar cuenta con escasos recursos y que la madre tuvo que acudir a la Personería Distrital para la elaboración y presentación de la demanda de tutela.

¹⁴ Folio 26 del cuaderno principal.

¹⁵ Ibidem.

16. Finalmente, frente al tratamiento integral, advirtió que no hay lugar a obtener un pronunciamiento de fondo, por cuanto se trata de “(...) una pretensión sobre hechos futuros, de los cuales no se tiene certeza¹⁶”.

Impugnación¹⁷

17. El 16 de julio de 2019, mediante apoderado judicial, la Nueva EPS impugnó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla, por considerar que lo solicitado por la accionante, en favor de su hijo, no está cubierto por el plan de beneficios en salud. Según se advirtió, el Plan de Beneficios (PBS) establece los servicios que deben prestar las EPS a todos sus afiliados, previo el cumplimiento de unos requisitos, y que la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud señala a cuales tienen derecho los afiliados del régimen contributivo, así como las condiciones y exclusiones del mismo.

18. De hecho, el literal i) del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 prevé como exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud, todas las actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos. No obstante, según se indicó, en la sentencia T-1032 de 2001 la Corte estableció una serie de requisitos para determinar la inaplicación de, en su momento, el Plan Obligatorio de Salud -POS, y ahora el Plan de Beneficios:

“1) que la falta del procedimiento señalado al paciente, amenace o vulnere sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física; 2) que el procedimiento no tenga sustituto no sometido a un mínimo de semanas de cotización y que proceda en cualquier tiempo; 3) que el paciente no pueda sufragar el costo de la parte del tratamiento que según la reglamentación legal le corresponde, y finalmente 4) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la empresa promotora de salud a la cual se halle afiliado el demandante”¹⁸.

19. Sobre el transporte de los pacientes “no internalizados”, la EPS alegó que no es un servicio contemplado por el Plan de Beneficios, por cuanto la disposición sólo lo autoriza cuando ciertas tecnologías no puedan ser prestadas en el respectivo territorio¹⁹. Así, concluyó la accionada que los gastos de desplazamiento generados

¹⁶ Folio 27 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 45 a 66 del cuaderno principal. Impugnación presentada por la Nueva EPS S.A.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1032 de 2001.

¹⁹ El artículo 127 de la Resolución 5592 de 2015 “*Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud — SGSSS y se dictan otras disposiciones*”, estableció lo siguiente: “ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, 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”. // “PARÁGRAFO. Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio 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

por las remisiones son responsabilidad del paciente, salvo en los supuestos de urgencia, necesidad de atención complementaria y para aquellas personas que residan en una zona en la que se pague una UPC diferencial mayor; casos estos en los que el traslado es asumido por la EPS correspondiente. La demandada adujo que, corresponde en primer lugar a la familia, en virtud del principio de solidaridad (artículo 48 CP), cubrir el costo del servicio de transporte del paciente, a menos que se demuestre una barrera insuperable que impida su ascensión.

20. Finalmente, la EPS solicitó considerar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y que ella no vulneró derecho fundamental alguno.

Segunda instancia: *Sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)*²⁰

21. La Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó el fallo de tutela impugnado. Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, indicó que la regla es que, fuera de las excepciones, el servicio de transporte debe ser costado por el paciente o por su núcleo familiar, y que el juez constitucional puede ordenar el servicio de enfermería sólo cuando medie el concepto técnico y la prescripción del médico tratante, por estar cubierto en el Plan de Beneficios.

22. Al estudiar el caso concreto, la referida Sala consideró que el médico tratante prescribió servicio de enfermería o cuidadora, siendo prestaciones completamente diferentes. Al respecto, advirtió lo siguiente:

*“(…) al observar la orden sobre esta indicación, no queda claro si lo requerido es una cuidadora o una enfermera, porque se resalta, se hace referencia a ambas, además que tampoco se encuentra soportada en la historia clínica aportada al expediente, porque eventualmente con base en ella se podría determinar cuál es el verdadero servicio que se precisa. Igualmente no queda establecida la periodicidad y el tratamiento o necesidades que se van a cubrir, si se trata de una atención para lo cual se requieren conocimientos especializados en medicina o enfermería, por la aplicación de medicinas o tratamientos, o se pide para apoyo en actividades diarias, sin que esta Sala desconozca el estado de salud del niño en cuyo favor se acciona, siendo que además se manifestó en la demanda la imposibilidad de brindar tal apoyo por parte de la madre u otros familiares, todo lo cual lleva a concluir que se incumplen con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para el efecto”*²¹.

servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial”.

²⁰ Folio 10 a 16 del cuaderno de impugnación. Sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

²¹ Folio 12 del cuaderno de impugnación.

23. Por último, en lo que respecta al transporte interno para la movilización de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, consideró el Tribunal que no existe prescripción médica al respecto, ni solicitud presentada por la tutelante ante la entidad prestadora de los servicios de salud. Asimismo, aseveró que tampoco hay soporte probatorio que acredite la incapacidad económica de la madre y de su núcleo familiar, ni que la falta de traslado ponga en riesgo la vida o la integridad personal del niño, como lo ha exigido la Corte Constitucional.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

24. Mediante auto del veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)²², proferido por el Magistrado Sustanciador²³, se solicitó complementar la información allegada al proceso. En consecuencia, se ofició a la señora Lisbeth Fontalvo Barrio, como representante legal de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, para que informara a esta Sala, entre otras, cuál es su situación socioeconómica, el salario base con el cual el cotizante tiene afiliado a su núcleo familiar, así como la razón por la que su hijo debe acudir a terapias, su periodicidad, y si ellas son necesarias para garantizar la integridad física o la vida del menor de edad.

25. También se ofició a la Nueva EPS para que informara la razón por la que, no obstante existir orden del médico tratante en favor de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, se ha negado a conceder el servicio de enfermería y/o de cuidador. Asimismo, se solicitó explicar los pormenores del “*índice de Barthel*” y un informe suministrado por la especialista en neuropediatría y médica tratante del menor de edad, con el fin de que aclarara si en la prescripción del 9 de mayo de 2019, se ordenó el servicio de enfermería o de cuidador especial.

26. El 5 de marzo de 2020, se informó por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional que, vencido el término probatorio, “(...) *no se recibió comunicación alguna*”²⁴.

Nueva EPS

27. Sin embargo, el 16 de marzo de 2020, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador, la respuesta del 6 de marzo de 2020, en la que la Nueva EPS aclaró que no ha suministrado el servicio de cuidador, al considerar que la atención domiciliaria es, según lo dispuesto en el **artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017**, una alternativa a la atención hospitalaria institucional que está cubierta sólo en los casos en los que el profesional tratante lo considere pertinente. En esta dirección, también aclaró que la sentencia T-795 de

²² Folio 23 y 24 del cuaderno de Revisión

²³ El inciso primero del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de 2015- dispone que “[c]on miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

²⁴ Folio 28 del cuaderno de Revisión.

2010 definió que la familia cuenta con una serie de obligaciones de atención y cuidado, por lo que el cuidador primario del paciente debe ser su núcleo familiar.

28. Asimismo, aclaró que el índice de Barthel es una medida genérica que valora el nivel de independencia del paciente respecto a la posibilidad de ejercer una serie de actividades básicas de la vida diaria. Tal índice cuenta con un rango comprendido entre 0 y 100, de manera que entre más cerca de 0 esté la puntuación de un sujeto, mayor dependencia tiene él respecto a otra persona. Así, esta medida de discapacidad física supone que, entre 0 a 20 puntos, existe dependencia total.

29. Por último, consideró la accionada que no era posible acceder al informe suministrado por la médica tratante del paciente, tras advertir que la Nueva EPS no presta el servicio de salud directamente, sino a través de las IPS contratadas.

Lisbeth Loreine Fontalvo Barrio

30. El 20 de marzo de 2020, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador, la respuesta de la accionante, Lisbeth Loreine Fontalvo Barrio, del 10 de marzo de 2020. Afirmó sobre la conformación de su núcleo familiar que, además de su hijo Cristián Camilo Hernández Fontalvo, tiene otro hijo de 8 años, que también se encuentra en situación de discapacidad, por contar con hipoacusia neurosensorial bilateral y que, en la actualidad, está acompañada de su compañero sentimental, quien no es el padre de sus hijos, el señor Carlos Manuel Varón García.

31. En relación con la situación económica del grupo familiar, advirtió que es muy grave, en tanto no puede trabajar para poder cuidar a sus dos hijos menores de edad. Afirmó que abrió una miscelánea en su barrio, pero que la tuvo que cerrar porque no resultó rentable y que, por ello, todavía tiene deudas por este concepto. Señaló que el único ingreso que recibe su familia es el percibido por su compañero sentimental por la labor que desempeña como mototaxista, el cual oscila entre \$400.000 y \$600.000 pesos mensuales. No obstante, aclaró que por el préstamo de esta moto, que no es de su propiedad, deben pagar diariamente \$20.000. Asimismo, que la vivienda en donde residen no es propia, y que tienen distintos egresos, relacionados con alimentación, aseo personal y servicios públicos, lo cual les impide transportar a sus hijos desde el sur de la ciudad, en donde residen, hacia el norte, donde son la mayoría de las citas, procedimientos y terapias que requieren.

32. Afirmó también que ningún miembro de la familia declara renta, ni es propietario de bien mueble o inmueble. Asimismo, todos los integrantes de su núcleo familiar se encuentran afiliados en el régimen subsidiado. Pese a que su hijo continúa vinculado a la Nueva EPS, manifestó que no se han suministrado una serie de medicamentos ordenados por el médico tratante, sin que se especifique cuáles. Por otra parte, sobre las terapias que debe recibir su hijo, que son ordenadas por especialistas en neuropediatría y fisiatría, advirtió que están programadas de lunes a viernes, de 1:00 a 4:00 p.m., pero que ha tenido que postergar el tratamiento, al carecer de recursos para costear su traslado.

33. Finalmente, frente a la necesidad del servicio de enfermería por 12 horas, afirmó que su hijo, Cristián Camilo Hernández Fontalvo, lo requiere por la gravedad de su diagnóstico, su discapacidad, la parálisis cerebral que sufre y la epilepsia, que hace que sufra de ataques constantes. Aseguró que la deglución de su hijo es deficiente, lo que en oportunidades le ha generado broncoaspiración. Ante estos hechos, en dos oportunidades -9 de mayo de 2018 y 10 de febrero de 2020-, la misma especialista le ha prescrito el servicio en enfermería. Indicó además, que ningún miembro de su familia puede prestar el servicio de enfermería, al requerir de conocimientos especializados, con los que no cuentan²⁵.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

34. La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto en referencia, según lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y conforme a lo dispuesto en auto del 9 de diciembre de 2019, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce de este tribunal, la cual decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS RELATIVAS A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

35. Antes de analizar el objeto de litigio, es necesario hacer la verificación de los requisitos de procedencia de la acción de tutela relativos a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (ii) la exigencia de inmediatez, y (iii) la subsidiariedad.

36. *Legitimación por activa:* La señora Lisbeth Fontalvo Barrio presentó acción de tutela, como agente oficiosa de Cristián Camilo Hernández Fontalvo. Al respecto se tiene que en estricto sentido, no se trata de una agencia oficiosa, dado que la accionante es la representante legal de este, y en esa condición puede instaurar la acción de tutela a nombre de su hijo menor de edad²⁶. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, norma que prescribe que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá presentar acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre, se deduce que la demandante tiene legitimación para instaurar la acción de tutela.

37. *Legitimación por pasiva:* Como la presente acción de tutela se dirige contra la Nueva EPS, encargada de prestar un servicio público²⁷, debe entenderse que la acción

²⁵ Como anexos a esta acción de tutela se aportó la fotocopia de la tarjeta de identidad de su hijo, en donde consta que en la actualidad cuenta con 8 años, y el diagnóstico por neuropediatría en el que se aclaró que está en estudio por “otros trastornos del desarrollo de las habilidades escolares” y por “perturbación de la actividad y de la atención”.

²⁶ Así consta en el registro civil de nacimiento de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, en el que se especifica que la señora Lisbeth Loraine Fontalvo Barrio es su madre. Folio 10 del cuaderno principal.

²⁷ El inciso primero del artículo 48 CP establece que la seguridad social es un servicio público, en los siguientes términos: “[l]a Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 señala que “[e]l servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad,

de tutela procede contra ella, según lo previsto en el artículo 86 CP y, en particular, en el numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991²⁸.

38. *Inmediatez*: En relación con este requisito, que implica que el ejercicio de la acción de tutela debe darse en un término razonable desde la presunta afectación del derecho, se advierte que la accionante presentó la acción de tutela el 26 de junio de 2019, a menos de un mes desde que la Nueva EPS le informó la negativa de autorizar las prestaciones solicitadas, esto es, el 27 de mayo de 2019. En consecuencia, se estima que el amparo se invocó en un plazo razonable.

39. *Subsidiariedad*: El artículo 86 CP establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De igual forma, se estima que el amparo es procedente cuando existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o efectivos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

En ese sentido, con el fin de estudiar si la demanda presentada por señora Lisbeth Fontalvo Barrio en favor de su hijo menor de edad cumple este presupuesto, (i) se hará alusión al marco jurídico que regula el procedimiento jurisdiccional asignado a la Superintendencia Nacional de Salud. En segundo lugar, se (ii) estudiará la jurisprudencia de esta corporación sobre los factores que deben analizarse para determinar si este medio es en concreto idóneo y eficaz, o si, por el contrario, la acción de tutela es procedente. A partir de esto, (iii) se estudiará el caso concreto.

39.1. *Procedimiento Jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud*. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007²⁹ creó un procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de resolver aquellas controversias que se presenten entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios; y estableció que dicha entidad podrá “(...) *conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez*” los siguientes asuntos: (i) la cobertura respecto de procedimientos, actividades e intervenciones contempladas en el POS o similares, cuando su negativa ponga en riesgo la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que hubiere incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias, en aquellos eventos en los que hubiere sido atendido en una IPS que no cuente con contrato con la respectiva EPS y, a su vez, hubiere sido autorizado por esta última o se encuentre demostrada una incapacidad o negligencia de esta; (iii) los conflictos que se susciten por problemas de multifiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y (iv) los que se presenten entre los usuarios, aseguradoras y/o las prestadoras de salud que estén relacionados con la movilidad dentro del Sistema.

integralidad, unidad y participación (...). Finalmente, el artículo 4 de esta ley prevé que la seguridad social es un servicio público obligatorio, y que “(...) *es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

²⁸ Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: “(...) 3. *Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos*”.

²⁹ “Por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

39.1.1. Mediante sentencia C-117 de 2008, esta corporación declaró exequible el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, “(...) *en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control*”.

39.1.2. A su vez, en la sentencia C-119 de 2008, la Corte Constitucional precisó que, por mandato del artículo 4° la Carta Política, la Superintendencia Nacional de Salud cuando actúa en ejercicio de funciones jurisdiccionales y encuentra que en el caso concreto la regulación del POS o el POSS, comporta una vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida o la dignidad, debe inaplicar dicha normatividad. En similar sentido, advirtió que la competencia de la Superintendencia de Salud es principal y prevalente y no está desplazando al juez de tutela pues la competencia de este último es residual y subsidiaria. No obstante, ello no implica que el amparo “*no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente (...)*”.

39.1.3. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 fortaleció las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud, y actualmente el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con las modificaciones introducidas por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

39.1.4. El procedimiento adelantado por la Superintendencia es sumario, y se desarrolla con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Además, (i) la acción puede ejercerse en nombre propio, sin ninguna formalidad ni autenticación; (ii) la decisión de fondo debe adoptarse dentro de los veinte (20) días siguientes al recibo de la solicitud, y es susceptible de impugnación; y (iii) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad. Sobre la impugnación de las decisiones de la Superintendencia, en la sentencia T-603 de 2015 (reiterada recientemente, en la SU-124 de 2018), la Corte consideró pertinente aplicar, por analogía, el término de 20 días contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para la impugnación de los fallos de tutela, y exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en que debían surtirse dichas impugnaciones ante las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial³⁰. De lo anterior, puede concluirse que el procedimiento que se adelanta por la SNS, es (i) jurisdiccional; (ii) *preferente* y *sumario*³¹; y (iii) que se rige por los mismos principios de la acción de tutela³² en

³⁰ Esa competencia se les asignó mediante el Decreto 2462 de 2013.

³¹ Ley 1949 de 2019, artículo 6: “La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento **sumario**, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.” (Resaltado por fuera del derecho sustancial).

³² Decreto 2591 de 1991, artículo 3.

cuanto a la prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia, doble instancia, debido proceso, derecho de defensa, contradicción e informalidad.

39.2. Por lo anterior, esta corporación ha afirmado que, para analizar la idoneidad y eficacia de este mecanismo, el juez constitucional debe estudiar los siguientes elementos³³:

- (i) Que el asunto se encuentre dentro de los supuestos sobre los cuales tiene competencia para fallar la Superintendencia, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 y sus modificaciones³⁴. De esta manera, cuando la controversia no se enmarque en alguno de estos presupuestos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad; y
- (ii) De ser procedente el mecanismo ante la Superintendencia para el caso concreto, deberá evaluarse su *eficacia* a la luz de los hechos. Así, se ha estimado que la tutela prevalecerá, entre otros, en los casos en los que *“se encuentre en riesgo la vida, salud o integridad de las personas”* o *“los peticionarios se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta, o sean sujetos de especial protección constitucional”*.

39.3. Adicionalmente, se ha estimado que la idoneidad y eficacia del referido mecanismo deben ser consideradas a la luz de los elementos de juicio que fueron allegados a esta corporación en la audiencia pública celebrada el día 06 de diciembre de 2018, realizada en seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, para efectos de evidenciar la problemática persistente y estructural en el Sistema de Salud y encontrar soluciones efectivas. En dicha audiencia la SNS informó a la Sala Plena que (i) no cuenta con la capacidad de emitir decisiones de fondo sobre los asuntos que conoce en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en el término de 10 días (plazo para fallar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019); (ii) existe un retraso de entre dos y tres años para decidir los asuntos a su cargo; y (iii) la entidad no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a las controversias que se presentan entre los actores del sistema de salud fuera de Bogotá³⁵.

39.4. *Análisis de subsidiariedad en el caso objeto de estudio.* Con sustento en el anterior análisis es posible concluir que la acción de tutela instaurada por Lisbeth Fontalvo Barrio, como representante legal de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, es procedente como mecanismo definitivo. Esto, en consideración a que, no obstante la existencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, (i) el potencial beneficiario de los mencionados servicios de enfermería y transporte es un niño de cuatro años que padece de parálisis cerebral, microcefalia, epilepsia focal sintomática, síndrome biopercular, hipoacusia bilateral, malformación del desarrollo cortical e infección congénita por virus del Sika³⁶.

³³ Ibidem.

³⁴ Contenidas en la Ley 1438 de 2011, artículo 126, y la Ley 1949 de 2019, artículo 6.

³⁵ Ver sentencias T-114, T-192 y T-344 de 2019.

³⁶ Folio 12 del cuaderno principal. Consulta de control por neurología pediátrica, del 12 de octubre de 2018, en donde además de describir los padecimientos de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, como tratamiento se ordena el medicamento Oxcarbazepina y terapias de neurodesarrollo. En similar sentido, en el folio 18 del cuaderno principal se aporta certificado de discapacidad proferido por la Nueva EPS, en la que se le diagnostica parálisis cerebral infantil y epilepsia, por lo cual cuenta con discapacidad física y mental.

Además de estas especiales condiciones de salud; (ii) se puede evidenciar que la familia se encuentra en una situación socioeconómica vulnerable; (iii) la Corte Constitucional, en los pronunciamientos más recientes, ha cuestionado la idoneidad del procedimiento que se surte ante la Superintendencia, a raíz de lo afirmado por el Superintendente Nacional de Salud en sesión técnica del 6 de diciembre de 2018; (iv) se trata de un niño en situación de discapacidad, es decir, de un sujeto de especial protección constitucional³⁷.

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

40. Según lo antes expuesto, corresponde a la Sala de Revisión determinar si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana del menor de edad Cristián Camilo Hernández Fontalvo, al negar los servicios de enfermería o de cuidador primario y de transporte para asistir a sus terapias, así como la prestación del tratamiento integral solicitado, pese a que, el 9 de mayo de 2019, se ordenó por parte de neuropediatría *“enfermería 12 horas, cuidadora especial. De lunes a domingo”*³⁸.

41. Con la finalidad de resolver este problema jurídico, se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas al marco constitucional y legal del derecho fundamental a la salud en favor de los niños, de las niñas y adolescentes (Sección D). Luego de ello, la Corte se referirá a las diferencias existentes entre el servicio de enfermería y de cuidador, así como su relación con el Plan de Beneficios (Sección E) y al servicio de transporte (Sección F). Finalmente, procederá a resolver la situación planteada por la accionante (Sección G).

D. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. COBERTURA Y EXCLUSIONES DEL PLAN DE BENEFICIOS. DERECHO A LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD

Regulación del derecho a la salud como fundamental autónomo.

42. El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales³⁹, y es definido como un servicio público a cargo del Estado, en virtud del cual se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de *promoción, protección y recuperación de la salud*, bajo los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*⁴⁰. A pesar su ubicación en el texto constitucional, esta corporación reconoció desde sus primeros pronunciamientos⁴¹ que el derecho a la salud era

³⁷ Ver al respecto, el análisis de subsidiariedad de la sentencia T-170 de 2019, en el caso de un niño en situación de discapacidad.

³⁸ Folio 17 del cuaderno principal. Recetario.

³⁹ Sentencia T-943 de 2011.

⁴⁰ Artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental **conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.** (...)”. (resaltado por fuera del texto original).

⁴¹ Entre otras, sentencias T-571 de 1992, T-613 de 1992, T-597 de 1993, T- 71 de 1995, T- 762 de 1998 y T-999 de 2000.

susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, cuando se encontrara estrechamente asociado al goce efectivo de algún derecho fundamental, como la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Este criterio de *conexidad* toma en cuenta la íntima e inescindible relación entre la salud y algunos derechos fundamentales⁴². Ahora bien, en tratándose de los niños, el artículo 44 CP⁴³ expresamente califica este derecho como fundamental y, por consiguiente, es susceptible del amparo constitucional⁴⁴, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 86 *ibidem*.

43. Hace unos años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional abandonó el referido criterio de *conexidad*, por estimarlo insuficiente, y consideró que los derechos prestacionales o de segunda generación –entre ellos la salud-, podían calificarse como derechos fundamentales autónomos cuando (i) su garantía depende de la simple omisión o abstención; (ii) se trate de un derecho subjetivo, es decir, de una prestación reconocida por la ley o el reglamento; y (iii) aunque no haya nacido un derecho subjetivo, se esté ante circunstancias de debilidad manifiesta que requieren especial protección del Estado⁴⁵.

44. Posteriormente, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se reguló el derecho a la salud como un derecho *fundamental*⁴⁶ y *autónomo*⁴⁷, en cabeza de todos los colombianos, sin distinción de grupo etario o sector poblacional. Sobre esta nueva regulación, la Corte señaló que *“Por lo que respecta a la caracterización del derecho **fundamental a la salud como autónomo**, ningún reparo cabe hacer, pues, (...) ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, **no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud**, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo.”*⁴⁸ (Resaltado por fuera del texto original).

45. De lo anterior, se colige que, por su desarrollo jurisprudencial y su posterior regulación estatutaria, el derecho a la salud es un **derecho fundamental autónomo, en cabeza de todos los colombianos**, susceptible de amparo a través de este mecanismo de protección constitucional, independientemente de la edad o condición socioeconómica en que se encuentre su titular. Y, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta en razón a su edad, los requisitos generales de procedencia de la acción deberán ser analizados con mayor flexibilidad, propendiendo a que el derecho fundamental a la salud les sea garantizado de forma inmediata, expedita y prioritaria⁴⁹.

⁴² Sentencia T-571 de 1992.

⁴³ Artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, **la salud** y la seguridad social (...)” (resaltado por fuera del texto original).

⁴⁴ Entre otras, ver las sentencias T-597 de 1993, T-640 de 1997, T-796 de 1998, T-784 de 1998.

⁴⁵ Sentencia T-1081 de 2001, que reiteró a su vez la T-801 de 1998. En aquella ocasión, la Corte consideró que el derecho a la salud adquiría la connotación de fundamental y autónomo para la población de la tercera edad por sus características de especial vulnerabilidad. Ver también sentencias T-585 y T-760 de 2008.

⁴⁶ Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 1.

⁴⁷ Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 2.

⁴⁸ Mediante sentencia C-313 de 2014, esta Corte examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, en virtud de la competencia contenida en el artículo 241.8 de la Constitución.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2019.

46. La sentencia C-313 de 2014, al referirse al proyecto de ley estatutaria, que finalmente se convirtió en la citada Ley 1751 de 2015, y que calificó expresamente el derecho a la salud como fundamental, señaló que con esta normatividad se buscó contrarrestar una serie de obstáculos que afectan la operación del sistema de salud, entre los que se identificaron “(...) *un acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles, los problemas de calidad en la prestación del servicio, la ineficiencia en el uso de los recursos, el énfasis en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo, la iliquidez y dudas en relación con la sostenibilidad del sistema, la explosión tecnológica en salud que ha elevado costos; entre otros*”⁵⁰.

Cobertura y exclusiones del Plan de Beneficios en Salud.

47. Ahora bien, la garantía del derecho fundamental a la salud comprende el acceso de todos los colombianos a unas prestaciones que tienen por objeto lograr la preservación, mejoramiento y promoción de la salud⁵¹. Mediante la Ley 1751 de 2015, se creó un nuevo modelo de aseguramiento para los usuarios del sistema diferente al originalmente previsto en la Ley 100 de 1993⁵². En efecto, el artículo 15 de la precitada ley estableció un nuevo criterio de definición de los servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, según el cual, la garantía del derecho se da a través de la prestación de servicios y tecnologías **estructurados sobre una concepción integral del derecho**, que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las secuelas, **salvo** los servicios y tecnologías que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

- (i) 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;
- (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- (iii) Que no haya evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- (v) Que se encuentren en fase de experimentación; o
- (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior.

48. Para efectos de materializar la implementación de este nuevo esquema de aseguramiento con base en exclusiones, el mencionado artículo dispuso que los servicios o tecnologías que cumplieran con alguno de los criterios reseñados no estarían cubiertos con la financiación del Sistema por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante un procedimiento técnico científico de carácter público, colectivo, transparente y participativo, que debe contar con el criterio de expertos independientes, asociaciones profesionales y pacientes potencialmente afectados. Dicho procedimiento⁵³, culminó con la expedición de la Resolución No.

⁵⁰ Con todo, debe precisar esta Corporación que la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en control concreto a través de las sentencias T-178/17, T-314/17, T-357/17, T-405/17 y T-193/17, entre otras.

⁵¹ Ley 1751 de 2015, artículo 2º.

⁵² El modelo anterior, contemplado en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, consistía en la garantía de los servicios e insumos contenidos expresamente en los planes obligatorios de salud, los cuales variaban de contenido dependiendo del tipo de afiliado y el régimen de afiliación.

⁵³ Regulado mediante Resolución No. 330 de 2017, en la que se determinaron sus etapas y funcionamiento.

5267 de 2017⁵⁴, en la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos expresamente de la financiación con los recursos públicos destinados a la salud para el año 2018. Así mismo, dicho Ministerio actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para esa vigencia, mediante Resolución No. 5269 de 2017.

49. Mediante sentencia C-313 de 2014, este tribunal avaló la constitucionalidad del sistema de exclusiones, al considerar que resulta congruente con un concepto del servicio de salud en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. En este sentido, señaló que “[S]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a **todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas**. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y **las restricciones deben estar determinadas**”⁵⁵.

50. Por el contrario, la Corte consideró que la disposición contenida en el inciso 4º del artículo 15, sobre la implementación de un mecanismo para definir las prestaciones en salud cubiertas por el sistema, resultaba inconstitucional al partir del *inacceptable* supuesto de servicios y tecnologías no cubiertos por el sistema, pero que a la vez no correspondían a las limitaciones taxativamente señaladas por el legislador, configurándose, una *restricción indeterminada* al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud. De esta manera, procedió a declarar la inconstitucionalidad de la expresión según la cual se definirían de forma expresa las prestaciones en salud cubiertas por el SGSSS.

51. Por su parte, la Sala Especial de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, en auto 410 de 2016⁵⁶, al hacer alusión al marco normativo y jurisprudencial sobre la actualización integral del plan de beneficios, señaló que la Ley 1751 de 2015 estableció **una nueva forma de actualización basada en un sistema de exclusiones**, según el cual “**en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios**. De esta manera se pretende garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (art. 15).”⁵⁷ (Resaltado por fuera del texto original).

52. Lo anterior, supuso una transformación en el diseño de los planes contentivos de los beneficios en salud para los colombianos, pues a partir de la implementación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, todo se entiende incluido, salvo lo que sea expresamente excluido tras la realización del procedimiento técnico científico.

⁵⁴ El legislador estatutario otorgó dos años al Ministerio para implementar el procedimiento de exclusiones (Ley 1751 de 2015, artículo 15).

⁵⁵ Sentencia C-313 de 2014.

⁵⁶ Auto proferido en seguimiento al cumplimiento de las órdenes 17 y 18 de la sentencia T-760 de 2008, sobre actualización integral y periódica del POS.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, Auto 410 de 2016.

53. En este punto, es importante precisar que la expedición de la Resolución No. 5269 de 2017, que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios, pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, el sistema de recobros⁵⁸, sin que pueda entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva – UPC – no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 15, la Resolución No. 5267 de 2017 y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014. En la parte considerativa de la citada Resolución se señaló que:

*“(…) en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, las leyes que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), han previsto un **mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud** a través de un esquema de aseguramiento mediante la definición de un Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías en salud se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen la provisión de servicios y tecnologías en salud de manera individual, salvo que se defina su exclusión de ser financiados con recursos públicos asignados a la salud.”* (Resaltado por fuera del texto original).

54. Mediante Resolución No. 3951 de 2016⁵⁹ el Ministerio de Salud y Protección Social estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. En este acto se dispuso que la prescripción de los servicios y tecnologías antes mencionados, así como de los servicios y tecnologías complementarias⁶⁰ se realizaría a través de un aplicativo de diligenciamiento en línea –Mipres⁶¹– para el régimen contributivo; mientras que para el régimen subsidiado, continuaría rigiendo la Resolución No. 5395 de 2013, según la cual la prescripción de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios estarían sujetos a la aprobación del Comité Técnico Científico.

55. Además, mediante Resolución No. 2438 de 2018⁶², el Ministerio estableció que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o

⁵⁸ El recobro se realiza ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, en el Régimen contributivo, y ante la entidad territorial respectiva, en el Régimen Subsidiado. Ver resoluciones No. 5395 de 2013 y 1885 de 2018.

⁵⁹ Modificada mediante resoluciones Nos. 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018 y 1343 de 2019.

⁶⁰ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3951 de 2016, artículo 3.8: “Servicios o tecnologías complementarias: Corresponde a un servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

⁶¹ Plataforma tecnológica *Mi Prescripción*.

⁶² Modificada mediante Resolución No. 1343 de 2019.

servicios complementarios en el Régimen Subsidiado se realizaría a través del aplicativo Mipres⁶³, y otorgó plazo hasta el 1° de enero de 2019 para que las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de estos servicios y tecnologías se activaran en dicha plataforma. El plazo fue ampliado al 1° de abril de 2019 mediante Resolución No. 5871 de 2018, que señaló que mientras la entidad territorial realizaba el proceso de activación respectivo, la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC y servicios complementarios, deberían continuar con el trámite de aprobación ante el Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

56. En conclusión, la prescripción y suministro de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC en el Régimen Subsidiado; para el año en el que los servicios y tecnologías con cargo a la UPC se encontraban definidos en la Resolución 5269 de 2017, debían someterse al trámite y aprobación por parte del respectivo Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

Integralidad de los servicios en salud bajo los parámetros de la Ley 1751 de 2015. Casos en los que procede ordenar el tratamiento integral vía judicial

57. Ahora bien, de conformidad con el artículo 8° de la Ley Estatutaria en Salud – Ley 1751 de 2015–, los servicios y tecnologías en salud deberán ser suministrados de manera **completa** para prevenir, paliar o curar la enfermedad, independientemente del mecanismo de provisión o financiamiento definido por el legislador. Así mismo, este artículo establece que ante la duda sobre el alcance de un servicio en salud cubierto por el Estado, se entenderá que aquel comprende todos los elementos necesarios para superar la necesidad específica **en salud** evidenciada por el médico tratante.

58. Sobre el particular, esta corporación en sentencia C-313 de 2014 consideró que la inclusión del principio de integralidad al ordenamiento estatutario implica que: (i) se debe otorgar una protección completa a los afiliados en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida, y (ii) las personas afiliadas al SGSSS tienen derecho a recibir, como un todo, los servicios de promoción, fomento, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

59. De esta manera, la Corte ha entendido que en virtud del principio de integralidad, el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener **todos los componentes** que el médico tratante establezca como **necesarios** para el pleno restablecimiento del **estado de salud** o la mitigación de las dolencias del paciente⁶⁴, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan⁶⁵. En este sentido, ha afirmado que **la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el**

⁶³ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución No. 2438 de 2018, artículo 1.

⁶⁴ Sentencia T-464 de 2018.

⁶⁵ Sentencia T-081 de 2019.

médico tratante del accionante⁶⁶. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluír unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:

- Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y
- Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente⁶⁷.

E. DIFERENCIA ENTRE EL SERVICIO DE ENFERMERÍA Y DE CUIDADOR PRIMARIO Y SU IMPACTO EN LA COBERTURA DEL PLAN DE BENEFICIOS. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

60. La Resolución 5857 de 2018 del Ministerio de Salud, “[p]or la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, definió la atención domiciliaria como una “*modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia*”. En esa dirección, el artículo 26 de dicha Resolución dispuso que este tipo de atención se encuentra financiada con cargo a la UPC, cuando el profesional de la salud lo considere pertinente⁶⁸, y está limitada a que ella corresponda al ámbito de la salud.

61. Esta corporación ha indicado que“(…) *la enfermera, en tanto profesional de la salud, no debería asumir la carga de realizar actividades que, en virtud del principio de solidaridad, le corresponde asumir a los familiares. En esa medida, para determinar la necesidad de la prestación de éste servicio, es preciso verificar que las actividades o labores que se desplieguen se hagan en función de brindar una solución a los problemas de salud del paciente*”⁶⁹.

62. Así, la Corte Constitucional ha diferenciado entre el servicio de enfermería que cuenta con un componente especializado y, la atención de cuidador 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*

⁶⁶ Sentencia T-259 de 2019.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2019, ya citada.

⁶⁸ Al respecto, es posible consultar las sentencias T-196 de 2018 y T-435 de 2019 que se refirieron al carácter especializado del servicio de enfermería y a la necesidad del concepto previo favorable del médico tratante. En particular, esta última providencia precisó que “(…) *no se puede ordenar a una EPS autorizarlo directamente, pues por su naturaleza debe ser el médico tratante quien determine de qué forma y bajo qué condiciones de calidad deben ser suministrados, atendiendo a la disponibilidad de los profesionales encargados*”.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-637 de 2017.

exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud”⁷⁰. Asimismo, sobre este último ha considerado que se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, de quienes lo requieren, a sus familiares, no sólo 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”⁷¹. El servicio de enfermería, de otro lado, ha sido entendido por este tribunal como una 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”⁷².

63. En síntesis, el servicio de enfermería no sólo hace parte del Plan de Beneficios en Salud, sino que siempre que exista una orden de un profesional en la materia que determine su necesidad, el mismo se encuentra financiado por la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Por ende, sin lugar a duda se trata de un servicio de salud que debe ser desempeñado por un profesional, en razón a las labores especializadas y del conocimiento cualificado que se requiere para su prestación. Mientras que, de otro lado, el cuidador se ha considerado que en estricto sentido no es una prestación en materia de salud y, por tanto, en principio no se encuentra financiado por el Sistema de Seguridad Social en Salud. De manera que, le corresponde asumirlo al respectivo núcleo familiar en virtud del principio de solidaridad y las obligaciones derivadas de éste⁷³. A diferencia del servicio de enfermería, aquel se refiere al apoyo físico y emocional que se debe brindar en favor de las personas dependientes que, por su condición de médica, no pueden hacerlo de forma autónoma. No obstante, para su prestación no se exigen conocimientos calificados⁷⁴, aunque es posible que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa para poder prestarlo⁷⁵.

F. SERVICIO DE TRANSPORTE EN EL PLAN DE BENEFICIOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

64. De conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 5857 de 2018, vigente para el año 2019 y, por tanto, aplicable al caso estudiado, en ciertas circunstancias el servicio de transporte se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Así, entre los supuestos comprendidos por este se contempló el traslado acuático, aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando (i) se requiere la movilización de pacientes con patologías de urgencia, desde el sitio de ocurrencia de ella hasta una institución hospitalaria; o (ii) si es necesario para efectuar remisiones entre IPS dentro del territorio nacional, en consideración a las limitantes de la oferta existente. Asimismo,

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2019. Asimismo, se indicó en la sentencia T-527 de 2019 que “(...) los servicios de enfermería se diferencian del apoyo o asistencia para las necesidades básicas que se presta a quien se halle en condición de dependencia, sin que el mismo se encuentre relacionado con el estado de salud”. Así, ha considerado que las actividades desarrolladas por el cuidador, en rigor, no están vinculadas a un servicio de salud, sino a hacer más llevadera la existencia de la persona dependiente.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 2019, que a su vez citó la sentencia T-114 de 2014.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia T-096 de 2016.

⁷⁴ Sobre el servicio de enfermería y su diferencia con el cuidador es posible consultar las sentencias T-637 de 2017, T-196 de 2018, T-435 de 2019, T-528 de 2019 y T-527 de 2019, a las que se hizo referencia en este acápite.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 2019.

(iii) se financiará el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe⁷⁶.

65. De otra parte, también se ha considerado que es procedente el transporte con financiación de este sistema, en medio diferente a la ambulancia, cuando el paciente lo requiera para recibir una atención comprendida en el Plan de Beneficios (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) “(...) *no disponible en el lugar de residencia del afiliado*”⁷⁷ o, estando disponible, el paciente debe trasladarse debido a que “*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 EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial*”⁷⁸. En este contexto, se pronunció la Corte Constitucional al estudiar el caso de un niño que requería el transporte para someterse a unas sesiones de quimioterapia que tenía pendientes. Se indicó que, en los casos no comprendidos en los supuestos de la Resolución No. 5857 de 2018, le corresponde sufragar los costos del transporte al paciente o a la familia:

*“Así, prima facie, esta Corporación ha admitido que fuera de los supuestos de hecho referidos en el párrafo que antecede, el servicio de transporte deberá ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar. Empero, también ha identificado escenarios donde algunos usuarios del sistema de salud no pueden gozar del aludido servicio porque no está incluido en el PBS y requieren, en todo caso, bajo criterios de urgencia y necesidad, recibir los procedimientos médicos ordenados para tratar sus patologías. De manera que, con el fin de evitar que la imposibilidad de trasladarse derive en una barrera de acceso a los servicios de salud, la Corte ha reconocido que las EPS deben brindar este beneficio cuando ‘(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario’”*⁷⁹.

66. A partir de lo anterior, se tiene que la Resolución No. 5857 de 2018 del Ministerio de Salud dispone que el transporte medicalizado o de ambulancia se debe prestar con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), cuando el paciente cuente con una patología de urgencia desde el lugar de ocurrencia del hecho hasta la institución médica, se trate de una remisión entre IPS dentro del territorio nacional o exista orden médica cuando sea remitido para atención domiciliaria. Mientras que, el transporte diferente a la ambulancia se prestará cuando el paciente requiera de una atención incluida en el Plan de Beneficios no disponible en el lugar de residencia o, estándolo, en aquellos supuestos en los que la EPS no lo ha tenido en consideración para contratar la red de servicios. En los demás casos, se ha precisado por la

⁷⁶ Artículo 120 de la Resolución 5857 de 2018 del Ministerio de Salud.

⁷⁷ En este caso, por disposición del artículo 121 de la Resolución 5857 de 2018 del Ministerio de Salud, ello “*será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica*”.

⁷⁸ Artículo 121 de la Resolución 5857 de 2018 del Ministerio de Salud.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2019 en las que hizo referencias a las sentencias T-900 de 2002, T-1079 de 2001, T-962 de 2005, T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-021 de 2012, T-388 de 2012, T-481 de 2012, T-201 de 2013, T-567 de 2013, T-105 de 2014, T-096 de 2016, T-397 de 2017, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018, T-069 de 2018 y T-491 de 2018.

jurisprudencia de la Corte Constitucional que este servicio debe ser asumido por la prestadora de salud, siempre que se evidencie el cumplimiento de los siguientes requisitos (sentencia T-495 de 2017): “(i) la falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente. Asimismo, frente a los gastos del acompañante ha dispuesto que para su reconocimiento debe probarse que el paciente (i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.

G. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

67. Cristián Camilo Hernández Fontalvo tiene cuatro años de edad y padece de parálisis cerebral, microcefalia, epilepsia focal sintomática, síndrome biopercular, hipoacusia bilateral, malformación del desarrollo cortical, entre otros. En este contexto, manifestó Lisbeth Fontalvo Barrio como representante legal de éste que afronta “*problemas económicos*” que la llevaron a solicitarle a la Nueva EPS que suministre y pague (i) el transporte interno para poder movilizarse a las terapias que requiere; (ii) el servicio de enfermería durante doce (12) horas, desde el lunes hasta el domingo; y (iii) el tratamiento integral del menor de edad.

68. Aunque existe orden médica para una de estas prestaciones, del 9 de mayo de 2019, en ella se indica que lo requerido es “*enfermería 12 horas, cuidadora especial. De lunes a domingo*”⁸⁰. Ante la falta de claridad de la prescripción, mediante auto de pruebas del 26 de febrero de 2020, se ofició a la Nueva EPS para que informara la razón por la que, no obstante existir orden del médico tratante en favor de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, se ha negado a conceder el servicio de enfermería y/o de cuidador. Asimismo, se solicitó explicar los pormenores del “*índice de Barthel*” y un informe que debía ser suministrado por la especialista en neuropediatría y médica tratante de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, con el fin de que aclarara si en la prescripción, del 9 de mayo de 2019, se ordenó el servicio de enfermería o de cuidador especial.

69. Sin embargo, la EPS accionada manifestó su imposibilidad para requerir el concepto de la médica tratante. Por su parte, la accionante detalló las dificultades económicas a las que se enfrenta su núcleo familiar, argumentó la necesidad de enfermería y agregó que no puede costear los gastos del transporte a las terapias que requiere su hijo menor de edad. Asimismo, aseguró contar con una nueva prescripción para el servicio de enfermería, sin embargo, ella no fue aportada en Sede de Revisión. Con los anteriores elementos, procede esta corporación a pronunciarse sobre la pertinencia de ordenar por vía de tutela el servicio de enfermería o de cuidador. Sin embargo, encuentra este tribunal que existe una dificultad probatoria que no ha podido superarse en sede de revisión dado que, no obstante que existe orden médica, en ella no se aclara si lo requerido por el niño es una enfermera o un cuidador primario.

⁸⁰ Folio 17 del cuaderno principal. Recetario.

70. Ahora bien, para determinar la naturaleza del servicio prescrito, se indicó por parte de la médica tratante que Camilo Hernández Fontalvo cuenta con una incapacidad funcional severa, inferior a 45 puntos en el índice de Barthel. Esto es que, de acuerdo con este diagnóstico, el niño necesita ser alimentado por otra persona, requiere de ayuda o supervisión para entrar y salir del baño, necesita de soporte para realizar todas las actividades personales, sufre de incontinencia y requiere de una persona que lo apoye para movilizarse⁸¹. Pese a ello, persisten serias dudas sobre la naturaleza de la prestación ordenada, pues se trata de labores de apoyo físico, y no es claro si son requeridos conocimientos especializados en enfermería o si, por el contrario, tal labor puede ser ejercida por un miembro de su núcleo familiar.

71. En consideración a esto y ante la falta de respuesta de la médica tratante, con el fin de que aclarara el sentido de la orden, esta Sala de Revisión amparará el derecho a la salud, en la faceta de diagnóstico. No es claro para este tribunal, pero tampoco para el paciente y su madre, el servicio que requiere el menor de edad y, a partir de ello, si el mismo se encuentra o no incluido en el Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación y, por tanto, debe ser asumido por la EPS accionada. De modo que, en los términos de la jurisprudencia a la corporación, se ha trasgredido el derecho a diagnóstico, que “(...) *es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud*”⁸². Los pacientes y, en particular, en este caso la accionante como madre del niño, debe tener la posibilidad de conocer no sólo la enfermedad que padece, sino que también debe ser informada, con absoluta claridad, del tratamiento o cuidado a seguir.

72. En consecuencia, la Corte ordenará la valoración integral del niño, a quien de acuerdo con lo establecido artículo 44 de la Constitución Política de 1991, le asiste un interés superior en la satisfacción de sus derechos. En esta misma dirección, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud dispuso que entre los sujetos de especial protección constitucional en materia de salud se encuentran los niños y adolescentes⁸³. Por tanto, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1751 de 2015⁸⁴, en el sentido de que se someterá la determinación de la especialista de neuropediatría -que indicó que lo prescrito era “*enfermería 12 horas, cuidadora especial. De lunes a domingo*”- a una junta médica, con el fin de que se determine si lo requerido por Cristián Camilo Hernández Fontalvo es el servicio de enfermería y, por tanto, debe ser cubierto por la EPS accionada o, por el contrario, si se trata de un cuidador especial, el cual deberá ser asumido por su núcleo familiar.

⁸¹ Folios 15 y 16 del cuaderno principal. Evaluación de índice de Barthel por neuropediatría, en el que se arroja una puntuación total de 0.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 2017.

⁸³ Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 “*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”.

⁸⁴ Tal disposición indica que “[l]os conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley”.

73. Después de esto, le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre si debe la Nueva EPS asumir el pago del transporte de Cristián Camilo Hernández Fontalvo dentro de la ciudad de Barranquilla, para movilizarse a las terapias que requiere. No obstante, de acuerdo con el acápite precedente, debe considerarse que la Resolución No. 5857 de 2018 del Ministerio de Salud que, como se precisó, es la aplicable en virtud de que la controversia se suscitó en el 2019, no contempló el supuesto de transporte dentro del municipio, como prestación financiada con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado que, en las hipótesis no previstas en ella, corresponde asumirlas, en principio, al núcleo familiar, se ha exceptuado dicha regla cuando se comprueba la inminencia o riesgo insuperable para la vida del paciente, necesidad del transporte y la imposibilidad de la familia de proveerlo con sus propios recursos.

74. Sin embargo, en este caso, no es posible dar aplicación a esta regla jurisprudencial, pese a que parece haberse satisfecho el presupuesto de incapacidad económica del núcleo familiar con la información aportada en Sede de Revisión, pues no se logró comprobar la urgencia y necesidad del transporte para garantizar la integridad física o la vida del menor de edad⁸⁵. No obstante, esta Corte dará aplicación al precedente dispuesto en la sentencia T-259 de 2019, según el cual es posible ordenar el derecho al diagnóstico para determinar si, junto con el dictamen del médico tratante, esta prestación se ajusta a los criterios jurisprudenciales que permiten ordenar el transporte interurbano en casos excepcionálísimos⁸⁶. El fundamento de este tipo de órdenes se sustenta en que, pese a que este tipo de transporte, en sentido estricto no es una prestación de salud, *“es un medio que permite el acceso a los servicios de salud y la materialización del derecho fundamental”*⁸⁷.

75. Con este fin, se ordenará a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, programe una cita, que deberá ser asignada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, con el médico especialista que atiende al menor de edad Cristián Camilo Hernández Fontalvo, con el fin de que verifique si, en razón de sus condiciones de salud es necesario el transporte intraurbano para asistir a las citas programadas, en consideración a que su no prestación podría poner en peligro su vida, integridad o afectar el estado de salud del paciente. No obstante, como se aclaró en dicha providencia, en caso de que la respuesta sea afirmativa por parte del médico tratante, *“deberá prescribirlo siguiendo lo dispuesto en la Resolución 2438 de 2018,*

⁸⁵ Así lo han exigido distintas providencias, como la sentencia T-317 de 2018.

⁸⁶ De forma reciente, la sentencia T-409 de 2019 aclaró que *“(…) conforme la jurisprudencia de esta Corporación, es posible adjudicar la responsabilidad de la prestación del servicio de transporte urbano a la EPS, cuando este sea indispensable para el desarrollo de un tratamiento, como consecuencia de las condiciones de salud del usuario y de la situación económica en la que se encuentre junto con su familia, máxime si se trata de un menor de edad con un diagnóstico que dificulta su desplazamiento en un servicio de transporte público, bien sea colectivo o masivo”*.

⁸⁷ En la sentencia T-253 de 2018 de la Corte Constitucional, este entendimiento del transporte como medio, ya se había desarrollado en la sentencia T- 196 de 2018 al indicar que *“el servicio de transporte no tiene la naturaleza de prestación médica, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal 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”*. Al respecto, es posible consultar también la sentencia T-010 de 2019.

*por ende, la aprobación quedará supeditada a lo que determine la Junta de Profesionales de la Salud (...)*⁸⁸.

76. De lo anterior se desprende que, pese a que no se pudo establecer la necesidad y urgencia de las terapias del niño y del transporte que afirman requerir para asistir a ellas, en cuanto no existe concepto favorable del médico tratante o algún elemento probatorio que permita extraer su urgencia para garantizar la integridad física o la vida del menor de edad, el diagnóstico ordenado permitiría su suministro, si a ello hubiera lugar, en atención a que ya se comprobó por el juez constitucional la falta de recursos económicos de la familia de Cristián Camilo Hernández Fontalvo.

77. Finalmente, esta Sala se abstendrá de conceder el tratamiento integral solicitado, por cuanto no se aportaron los elementos suficientes que permitieran acreditar que es necesario decretarlo, a fin de que no se viera interrumpido la atención en salud que la Nueva EPS le ha venido suministrando a Cristián Camilo Hernández Fontalvo. Por el contrario, al margen de la orden de enfermería y/o cuidador, el derecho al diagnóstico en relación con el transporte intraurbano, y de la respuesta de la accionante, en el sentido de que existen medicamentos pendientes de ser suministrados, no se especificó cuáles, ni se aportaron las órdenes médicas que, se afirma, han sido incumplidas. Por tanto, no se pudo constatar con absoluta certeza la existencia de órdenes médicas pendientes y, mucho menos, la acreditación de una negligencia continuada por parte de la entidad accionada. En tal sentido, se ha afirmado por este tribunal que el tratamiento integral no puede tener como base afirmaciones abstractas o inciertas. De acuerdo con ello, la sentencia T-081 de 2019 dispuso lo siguiente:

*“(...) para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes”*⁸⁹.

78. A partir de lo estudiado, la Sala procederá a revocar la sentencia de la Sala de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que en segunda instancia revocó la sentencia del Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla, que había amparado los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana de Cristián Camilo Hernández Fontalvo contra la Nueva EPS. En su lugar,

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 2019. En esta dirección, es posible consultar también las sentencias T-706 de 2017 y T-491 de 2018.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2019.

tutelaré el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico ante la pretensión de conceder enfermera y/o cuidador y los transportes internos en la ciudad de Barranquilla, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Por último, negará el amparo del derecho a la salud en lo que respecta al tratamiento integral solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

F. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

79. Le correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana de Cristián Camilo Hernández Fontalvo, de 4 años de edad, en consideración a que se ha negado a autorizar el servicio de enfermería o de cuidador primario, el transporte para asistir a sus terapias y el tratamiento integral solicitado, pese a que, el 09 de mayo de 2019, se ordenó por parte de neuropediatría *“enfermería 12 horas, cuidadora especial. De lunes a domingo”*⁹⁰. Como resultado de las subreglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

- (a) El servicio de enfermería no sólo hace parte del Plan de Beneficios en Salud, sino que siempre que exista una orden de un profesional en la materia que determine su necesidad, el mismo se encuentra financiado por la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Así, sin lugar a duda, se trata de un servicio de salud que debe ser desempeñado por un profesional, debido a las labores especializadas y el conocimiento cualificado que se requiere para su prestación. Mientras que, de otro lado, el cuidador se ha considerado que en estricto sentido no es una prestación en materia de salud y, por tanto, en principio no se encuentra financiado por el Sistema de Seguridad Social en Salud. De manera que, le corresponde asumirlo a su núcleo familiar en virtud del principio de solidaridad y las obligaciones derivadas de éste. A diferencia del servicio de enfermería, es el apoyo físico y emocional que se debe brindar en favor de las personas dependientes que, por su condición de médica, no pueden hacerlo de forma autónoma. No obstante, para su prestación no se exigen conocimientos calificados⁹¹, aunque es posible que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa para poder servir de apoyo en el manejo de una persona dependiente⁹².
- (b) La Resolución No. 5857 de 2018 del Ministerio de Salud dispone que el transporte medicalizado o de ambulancia se debe prestar con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), cuando el paciente cuente con una patología de urgencia desde el lugar de ocurrencia del hecho hasta la institución médica, se trate de una remisión entre IPS dentro del territorio nacional o exista orden médica cuando sea remitido para atención domiciliaria. Mientras que, el transporte diferente a la ambulancia, se prestará cuando el paciente requiera de una atención incluida en el Plan de Beneficios no disponible en el lugar de residencia o, estándolo, en aquellos supuestos en los que la EPS no lo ha tenido

⁹⁰ Folio 17 del cuaderno principal. Recetario.

⁹¹ Sobre el servicio de enfermería y su diferencia con el cuidador es posible consultar las sentencias T-637 de 2017, T-196 de 2018, T-435 de 2019, T-528 de 2019 y T-527 de 2019, a las que se hizo referencia en este acápite.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 2019.

en consideración para contratar la red de servicios. En los demás casos, se ha determinado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el servicio de transporte debe ser asumido por el paciente o su familia, a menos que se requiera del mismo bajo criterios de urgencia, necesidad y se demuestre la incapacidad económica del núcleo familiar.

- (c) Este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber: (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente

80. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluyó que se debía amparar el derecho fundamental a la salud de Cristián Camilo Hernández Fontalvo. Sin embargo, como no existe claridad acerca de si lo prescrito en la orden de la médica tratante era el servicio de enfermería que, de ser el caso, debe ser asumido por la EPS accionada, o del servicio de cuidador, a cargo primordialmente del núcleo familiar del paciente, se amparará su faceta al diagnóstico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1751 de 2015⁹³. De manera que corresponderá a una junta médica determinar tal cuestión, la cual deberá realizarse sin dilaciones, en tanto el niño se trata de un sujeto de especial protección constitucional en virtud del artículo 44 de la Constitución y del 11 de la Ley 1751 de 2015. Ahora bien, también se decidió amparar el derecho al diagnóstico, con el fin de determinar si es posible acceder al transporte intraurbano con el fin de acudir a los controles programados, dado que en el expediente se encuentra acreditada la falta de recursos económicos de su familia para sufragarlos, pero no la prescripción médica al respecto. Finalmente, al no haberse demostrado los presupuestos exigidos por la normatividad vigente, se negará la pretensión referida al tratamiento integral solicitado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de la Sala de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que en segunda instancia revocó la sentencia del Juzgado Tercero Oral de Familia de Barranquilla, que a su

⁹³ Tal disposición indica que “[l]os conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley”.

vez había amparado los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana de Cristián Camilo Hernández Fontalvo contra la Nueva EPS. En su lugar, y con sustento en las razones expuestas en esta providencia, **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental a la salud en su faceta al diagnóstico.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, programe una cita, que deberá ser asignada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, con el médico especialista que atiende al menor de edad Cristián Camilo Hernández Fontalvo, en procura de que este determine si la accionante, en razón de su enfermedad, requiere, del servicio de enfermería, en caso afirmativo la EPS garantizará su financiación.

Tercero.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, programe una cita, que deberá ser asignada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, con el médico especialista que atiende al menor de edad Cristián Camilo Hernández Fontalvo, con el fin de que determine si la no prestación del servicio de transporte, requerido para asistir a las citas médicas, pone en peligro su vida, integridad física o puede deteriorar su estado de salud. En caso de que el concepto médico sea afirmativo, así deberá prescribirlo el médico siguiendo lo dispuesto en la Resolución 2438 de 2018.

Cuarto.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

