

Bucaramanga - Santander, 18 de mayo de 2022

Señor

JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA

j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.
RADICADO: 680014088006-2022-00056-00
ACCIONANTE: CRISTIAN GANDUR RESTREPO como agente oficioso de AMELIA TORRADO SAGRA CC No. 37310112
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE TUTELA.

VIVIANA MILENA PICO VESLIN, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.097.850.279 de California, abogada con tarjeta profesional No. 304.205 del C. S. de la J., actuando como Apoderada Judicial de **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA EPS S.A.**, sociedad comercial constituida mediante Escritura Pública No. 753 de la Notaria 30 de Bogotá del 22 de marzo de 2007, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 31 de mayo de 2007 bajo el número 01134885 del Libro IX, matrícula mercantil No. 01708546 y NIT 900156264-2, tal como se acredita mediante poder legalmente otorgado por su representante legal suplente Doctora **ADRIANA JIMENEZ BAEZ**, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá D.C., obrando en calidad de Representante Legal suplente de Nueva Empresa Promotora de Salud - NUEVA EPS S.A.- con NIT 900.156.264 – 2, mediante el presente escrito respetuosamente me dirijo a su Despacho con el fin de dar respuesta al oficio de la referencia en los siguientes términos:

Ahora bien, descendiendo al caso de marras, solicita la Accionante:

1. Se tutelen los derechos fundamentales derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en salud y vida digna a nombre de la señora **AMELIA TORRADO SAGRA** identificada con cedula de ciudadanía número 37.310.112 de Ocaña – Norte de Santander.
2. Se emita respuesta clara y de fondo por parte de la **NUEVA EPS**, a su vez realice oportunamente la asignación de servicio de enfermería para **AMELIA TORRADO SAGRA** quien se encuentra en estado delicado de salud en su domicilio en el municipio de Floridablanca
3. Se vincule a las entidades necesarias y competentes IPS a fin de realizar el debido proceso administrativo a favor de la señora **AMELIA TORRADO SAGRA** identificada con cedula de ciudadanía número 37.310.112 de

Ocaña – Norte de Santander para dicha prestación del servicio de enfermería.

CONSIDERACIONES

Como primera medida, para que exista el reconocimiento de un Derecho como Fundamental dentro del trámite de una acción de tutela, el mismo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Nacional, que al tenor manifiesta:

Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

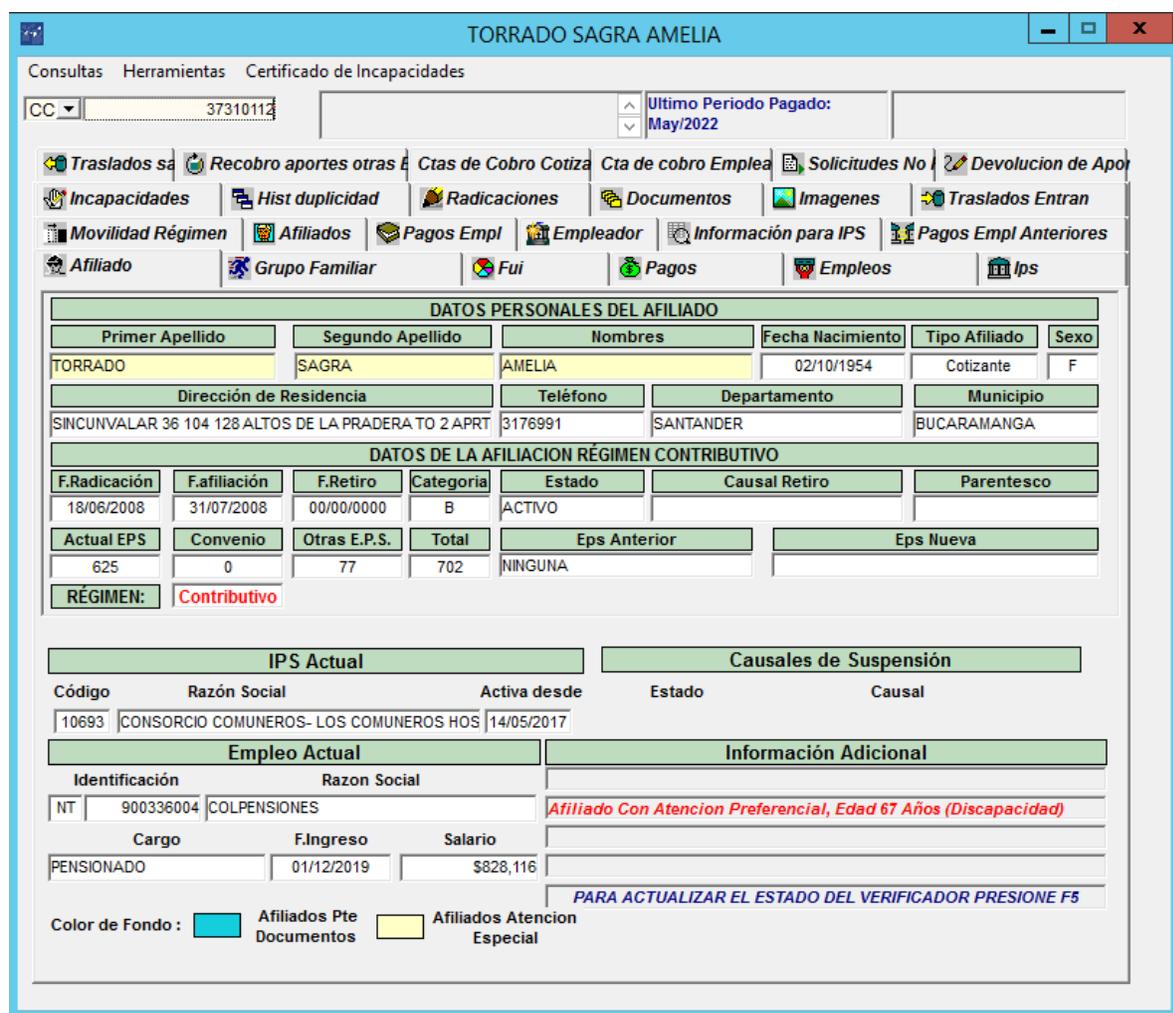
(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) (Las subrayas fuera de texto)

Sabido es que la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, es un mecanismo subsidiario al cual toda persona, natural o jurídica, puede acudir cuando quiera que sus derechos constitucionales fundamentales se encuentran amenazados o han sido vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador.

EN CUANTO A SU ESTADO DE AFILIACIÓN

Verificando el sistema integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO CATEGORÍA A



TORRADO SAGRA AMELIA

Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades

CC: 37310112 Último Periodo Pagado: May/2022

Traslados sa Recobro aportes otras E Ctas de Cobro Cotiza Cta de cobro Emplea Solicitudes No Devolucion de Apoy

Incapacidades Hist duplicidad Radicaciones Documentos Imagenes Traslados Entrar

Movilidad Régimen Afiliados Pagos Empl Empleador Información para IPS Pagos Empl Anteriores

Afiliado Grupo Familiar Fui Pagos Empleos Ips

DATOS PERSONALES DEL AFILIADO						
Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Fecha Nacimiento	Tipo Afiliado	Sexo	
TORRADO	SAGRA	AMELIA	02/10/1954	Cotizante	F	
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio		
SINCUNVALAR 36 104 128 ALTOS DE LA PRADERA TO 2 APRT		3176991	SANTANDER	BUCARAMANGA		

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN CONTRIBUTIVO						
F.Radicación	F.afiliación	F.Retiro	Categoría	Estado	Causal Retiro	Parentesco
18/06/2008	31/07/2008	00/00/0000	B	ACTIVO		
Actual EPS	Convenio	Otras E.P.S.	Total	Eps Anterior	Eps Nueva	
625	0	77	702	NINGUNA		

RÉGIMEN: **Contributivo**

IPS Actual			Causales de Suspensión		
Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal	
10693	CONSORCIO COMUNEROS- LOS COMUNEROS HOS	14/05/2017			

Empleo Actual			Información Adicional	
Identificación	Razon Social			
NT 900336004	COLPENSIONES		Afiliado Con Atencion Preferencial, Edad 67 Años (Discapacidad)	
Cargo	F.Ingreso	Salario		
PENSIONADO	01/12/2019	\$828,116		

PARA ACTUALIZAR EL ESTADO DEL VERIFICADOR PRESIONE F5

Color de Fondo: Afiliados Pte Documentos Afiliados Atencion Especial

SU SEÑORÍA, NUEVA EPS LE HA BRINDADO A LA PACIENTE LOS SERVICIOS REQUERIDOS DENTRO DE NUESTRA COMPETENCIA Y CONFORME A SUS PRESCRIPCIONES MEDICAS DENTRO DE LA RED DE SERVICIOS CONTRATADA. ES IMPORTANTE RESALTAR QUE NUEVA EPS GARANTIZA LA ATENCIÓN A SUS AFILIADOS A TRAVÉS DE LOS MÉDICOS Y ESPECIALISTAS ADSCRITOS A LA RED PARA CADA ESPECIALIDAD, y acorde con las necesidades de estos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente; buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones direccionándolas a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad.

Atendiendo lo pretendido por la Accionante, vale recordar que la acción de tutela es un mecanismo Constitucional creado para defender los derechos fundamentales de las personas cuando se evidencie que estos están siendo vulnerados mediante las acciones u omisiones de

personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, conforme a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 “Objeto de la Acción de tutela”.

Por tanto, menester indicar a lo que en reiteradas oportunidades ha indicado la Corte Constitucional, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela:

“(...) para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)” (1), ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)” (2) (Negrilla fuera de texto)

*“(...) Por ende, se deberá tener en cuenta la viabilidad de la acción de tutela, ya que esta se ha establecido, como un mecanismo por medio del cual toda persona puede, reclamar la protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o en ciertos casos, de un particular, **siempre y cuando se encuentre probado que se produjo tal vulneración.** (...)” (3)*

Apoyado en los precedentes judiciales, se reitera que en pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional, en los que ha determinado que “**el juez constitucional debe declarar improcedente la acción de tutela, cuando no encuentre ningún comportamiento atribuible al accionado respecto del cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas**”, supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica y a la vigencia de un orden justo. (4) (Negrilla y subraya fuera de texto), se precisa que en el caso concreto:

- ✚ **No se observa** en los hechos de la tutela, que la supuesta vulneración o amenaza a la Accionante se produzca por alguna **actuación u omisión exigible a Nueva EPS**.
- ✚ **Tampoco se evidencia** dentro del escrito de la tutela y en especial en el acápite de las **pruebas**, se allegue algún sustento siquiera sumario que respalde algún incumplimiento por parte de Nueva EPS frente a la Accionante en cuanto a enfermería o cuidador domiciliario porque no existe prescripción médica.

Por otra parte, la Corte Constitucional en relación con la acción de tutela ha señalado que:

*“(...) La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación **que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. El ciudadano cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales hechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo***

(1) T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

(2) SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

(3) Sentencia T- 402/18

(4) Corte Constitucional, ver, entre otras, sentencias T-097 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; SU-975 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-883 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería y T-013 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta oportunidad se señala, lo siguiente: “Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. Para efectos de resolver el caso concreto, en esta ocasión la Sala concluyó: “[e]n este orden de ideas, atendiendo a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección del agenciado y su madre, o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada”. Lo anterior, en la medida en que el peticionario no había solicitado a la entidad demandada la atención en salud que exigía en sede de tutela, como tampoco ésta, en consecuencia, había negado dicha atención.” (Negrilla fuera de texto)

cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta (...)" (5). (Negrilla y subraya fuera de texto)

Honorable es importante manifestar que a la paciente le son brindados los servicios en salud conforme a sus radicaciones, dentro de nuestra red de servicios contratada y de acuerdo a las competencias y garantías del servicio relativas a la Nueva eps.

Ahora bien, se precisa que la Ley 1751 de 2015 en su artículo 15, expresamente desconoce por completo y por tanto prohíbe la financiación con recursos de la salud los servicios y tecnologías suministradas a los usuarios que están excluidos del Plan de beneficios o los que sin de financiación con recursos públicos asignados a la salud.

Esta norma, entre otras, no tienen otro propósito que el de estandarizar los criterios científicos y técnicos de orden de servicios y suministro de insumos en el sistema de salud colombiano consciente de que estos constituyen un recurso terapéutico de gran importancia, pero solo con **seguridad para el paciente y uso adecuado** fundamentalmente se puede proteger, promover y restablecer la salud.

Las complejas secuencias de acción que se relacionan con la prescripción y administración de servicios médicos involucran serios reparos al momento de buscar el responsable en ante un evento adverso o falta de resultado terapéutico que agraven la situación del paciente, errores e imprecisiones que a través de la adopción del esquema de respaldo científico se pueden minimizar o prevenir.

En efecto, considerando que el Estado debe garantizar el derecho fundamental a la salud mediante la adopción de políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a los servicios de salud para todas las personas, y de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de las facultades otorgadas en el artículo 15 de la Ley 1751.

Igualmente, se encuentra expresamente excluido no solo del Plan Básico de Salud sino de aquellos que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que ni siquiera su formulación permite al profesional tratante registrarlo en la plataforma MIPRES.

Así, se ha de ver que todo derecho, tiene como correlativo un deber, lo cual implica la existencia de un obligado y de una prestación que se debe satisfacer. Estos son los elementos que se deben identificar en el proceso de tutela. En términos generales el Estado es el garante de la satisfacción de los derechos fundamentales, de allí que precisamente existan diversas disposiciones previstas en la Constitución, leyes, decretos o en diversos actos administrativos que contienen políticas públicas en aras de satisfacer estas necesidades.

Ahora bien, para el caso concreto, es posible determinar el contenido de la obligación constitucional y legal y el sujeto obligado, que, para el caso concreto, se recurre a lo previsto en la Resolución 2273 de 2021, dictada en el marco de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y Decreto 330 de 2019 antes aludidos.

En efecto, mediante la Resolución 2273 de 2021 "por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud", con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1751 en el cual se fijaron los criterios para que el Ministerio de Salud y Protección Social excluyera los servicios o tecnologías que no deberán financiarse con recursos públicos asignados al sector salud.

Para definir esta exclusión, el Ministerio de Salud y Protección Social debió adelantar un procedimiento técnico - científico, que le permitiera evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión, conforme lo prevé la Resolución 330 de 2019.

(5) Sentencia T-652/12.

Por lo que no puede legítimamente la EPS asumir la responsabilidad de suministrar lo solicitado por la Accionante, pues por expresa prohibición legal no puede ser asumido con cargo a los recursos de salud, so pena de incurrir en UNA DESVIACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS, POR SER DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA, al ser utilizados en un servicio NO CUBIERTO Y POR ENDE EXPRESAMENTE PROHIBIDO SER ASUMIDO CON RECURSOS DE LA SALUD

Se considera con lo expuesto que la Acción de Tutela impetrada por la Accionante para solicitar un servicio de auxiliar de enfermería o cuidador permanente, cuya financiación por expresa prohibición legal, se encuentra EXCLUIDA, resulta IMPROCEDENTE, pues no se cumplen los presupuestos mínimos para su solicitud y mucho menos se pueden invocar por vía de esta acción constitucional.

INDEBIDA DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El Gobierno Nacional a través de la expedición de la ley del Plan Nacional de Desarrollo⁶ definió y delimitó aquellas prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos SGSS, para lo cual tuvo en cuenta aquellas prestaciones suntuarias, cosméticas de forma exclusiva, experimentales, las que se ofrecen fuera del territorio colombiano **y las que no son propias del ámbito de la salud.**

En tal virtud, desde la Constitución Política una de las reglas básicas de operatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, consiste en que **los recursos del sistema que son asignados a las EPS tengan una destinación exclusiva a la prestación única de los servicios de salud de sus afiliados.** En tal sentido lo ha señalado la Contraloría General de la República, al darle a estos recursos el tratamiento de parafiscales y someterlos al régimen de la función pública y de gestión fiscal, de lo cual se desprende que los titulares de su manejo y quienes pueden ordenar su disposición, como es el caso de las autoridades judiciales, tienen bajo su responsabilidad el buen uso y correcto manejo, como es la destinación adecuada de estos.

El Ministerio de Salud y Protección Social por su parte ha establecido que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es reglado y sus actores solo pueden hacer lo que expresamente ha determinado la ley, y con los recursos que manejan su ejecución e inversión se limita a lo que se encuentra expresamente permitido, como es su destinación a la prestación de los servicios de salud

En este punto particular de la destinación apropiada de los recursos de la salud, y la limitación a que estos financien los servicios que cubre el sistema, por su carácter parafiscal la Corte Constitucional en Sentencia SU-480 de 1997, reafirmó que estos rubros solo pueden ser invertidos en la atención de las necesidades de salud de los afiliados del sistema. **Así mismo, que las EPS no pueden considerar tales recursos como parte de su patrimonio, ni destinarlos a fines diferentes de los descritos.**

Es así como, las EPS tienen una responsabilidad por el manejo de los recursos encomendados para la atención en salud, y por tanto, ante una prohibición expresa como la contenida en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2015, consistente en la no financiación de prestaciones o servicios que no son propios del ámbito de la salud.

En otra sentencia la Corte Constitucional⁷, estableció que el imperativo consistente en la destinación específica de los recursos en salud significa que la inversión de estos no se hace de manera individual en quien efectuó el aporte, sino que se debe entender de manera global en el sistema, en beneficio de todos los que se favorecen de este. Por tal razón no es de recibo constitucional, el que **los recursos del sistema sean invertidos en la financiación de prestaciones que no son propias de la salud, pues dichos servicios deben ser**

⁶ Ley 1450 de 2011, Artículo 154. "Prestaciones no financiadas por el sistema

⁷ Ley 1450 de 2011, Artículo 154. "Prestaciones no financiadas por el sistema. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud – CRES-. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes".

sufragados directamente por los afiliados o sus familias en observancia del principio de solidaridad o en su defecto se hace necesario que el mismo Estado defina cuál será su fuente de financiación, sin que la misma se confunda con unos recursos cuya destinación está predefinida y con servicios específicos a cubrir dentro del entorno de la salud.

Ahora bien, la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*", observa en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Lo anterior quiere decir, palabras más palabras menos, en ningún caso la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con los recursos de la UPC, cuando estos sean superiores a los techos máximos que establezca el Ministerio de Salud, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos.

Los insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el medico tratante debe solicitar autorizacion al **MINISTERIO DE SALUD por la pagina de MIPRES**. Ahora bien, la reglamentación VIGENTE EN SALUD establece (***ART 5 Resolución 1885 de 2018***) que **ES EL MEDICO TRATANTE el responsable del registro en aplicativo MIPRES de las tecnologías (incluidos medicamentos) no incluidos en PBS.**

Este registro REEMPLAZA LA FORMULA MEDICA y permite que la EPS **realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante**. En mérito, el médico está sujeto al cumplimiento de la norma; igualmente la Clínica u Hospital debe brindarle las herramientas y la capacitación necesaria para hacer efectivo dicho reporte

TÍTULO II
REPORTE DE PRESCRIPCIÓN, JUNTAS DE PROFESIONALES
DE LA SALUD Y SUMINISTRO
CAPÍTULO I

Reporte de prescripción

Artículo 5°. Reporte de la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios. La prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica que para tal efecto disponga este Ministerio, la que operará mediante la plataforma tecnológica Sispro con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.

Las EPS, las EOC y las IPS serán responsables de adelantar el reporte de la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, así como de servicios complementarios, en los casos previstos en el artículo 16 de la presente resolución, así como de registrar las decisiones adoptadas por las Juntas de Profesionales de la Salud y cuando estos sean ordenados mediante fallos de tutela, en caso de que se requiera.

Parágrafo 1°. Una vez se finalice el diligenciamiento de la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, o de servicios complementarios, la herramienta tecnológica de que trata el presente artículo, asignará un número de prescripción, el cual deberá presentarse con el recobro/cobro ante la ADRES.

Parágrafo 2°. La prescripción efectuada en la herramienta tecnológica será equivalente a la orden o fórmula médica, la cual deberá contener la firma autógrafa del profesional prescriptor o aquellas medidas tecnológicas que determine este Ministerio. La información será diligenciada una única vez por el profesional de la salud y el referido instrumento permitirá su impresión para la entrega al usuario.

Parágrafo 3°. En ningún caso las EPS, las EOC y las IPS podrán seleccionar de manera discrecional los profesionales de la salud que realizarán la prescripción, ni podrán restringir la autonomía de los mismos.

Parágrafo 4°. Cuando exista urgencia vital, esto es, en caso de riesgo inminente para la vida o salud del paciente; o cuando se trate de los servicios contenidos en el artículo 54 de la Ley 1448 de 2011 o la norma que la modifique o sustituya, el profesional de la salud tendrá la posibilidad de decidir sobre la tecnología en salud no financiada con recursos de la UPC o servicio complementario a utilizar. En todo caso, el profesional de la salud deberá reportar la prescripción en dicha herramienta tecnológica.

Los medicamento y demás insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente, el medico tratante debe solicitar autorizacion al **MINISTERIO DE SALUD por la pagina de MIPRES**

1. De acuerdo a lo indicado por el MINISTERIO DE SALUD, en la NOTA EXTERNA 23/03/2017- 201733200074543, es responsabilidad del especialista.

NOTA EXTERNA



201733200074543

Bogotá, D.C., 23-03-2017

PARA: ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD Y PROFESIONALES DE LA SALUD QUE PRESTAN Y PRESCRIBEN TECNOLOGÍAS EN SALUD Y SERVICIOS NO CUBIERTOS POR EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC

DE: DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

ASUNTO: PRESCRIPCIÓN DE TECNOLOGÍAS EN SALUD Y SERVICIOS NO CUBIERTOS POR EL PLAN DE BENEFICIOS CON CARGO A LA UPC A TRAVÉS DEL APLICATIVO WEB-MIPRES

8. Responsabilidad de los profesionales de la salud en el diligenciamiento

Los profesionales de la salud son los únicos responsables de la prescripción en MIPRES, por lo tanto no es dable compartir el usuario ni entregar la clave a otra persona, igualmente se requiere el diligenciamiento correcto para evitar devoluciones por formulars mal elaboradas, por lo cual es necesario verificar las dosis y cantidades totales sin que existan datos incoherentes en los cálculos para el suministro del tratamiento.

Las justificaciones que el profesional de la salud realice en MIPRES, deben contener información pertinente y útil; no es viable ni responsable diligenciar los campos de las justificaciones médicas con textos incomprensibles ni caracteres ilegibles.

Sin excepción, todos los procedimientos en salud deben prescribirse utilizando el Código Único de Procedimientos (CUPS). Si el procedimiento que se prevé utilizar no tiene CUPS, el profesional de salud debe informarlo previamente a la respectiva agremiación, para que esta efectúe la nominación en los términos de la Resolución 3804 de 2016.

En relación a la prescripción de insumos, servicios complementarios o cualquier otro tipo de prestación que requiera una especificación especial (Tamaño, talla, marca, entre otros), el profesional de la salud deberá describir lo requerido en el campo de Indicaciones o recomendaciones especiales, lo anterior con el objetivo de que la EPS suministre correctamente lo requerido por el usuario, sin tramites adicionales.

En ese sentido es válido acotar que de conformidad con la Ley 1438/2011 el médico tratante es quien a través de su autonomía profesional define el plan de manejo más idóneo de acuerdo con su criterio y teniendo en cuenta la medicina basada en la evidencia.

Por lo anterior, solicitamos vincular al médico tratante a fin de que informe los motivos por los cuales no se está realizando la formulación de acuerdo a lo establecido por la nueva normatividad, lo que garantizaría la entrega efectiva y oportuna al usuario, no se pueda autorizar.

Para la solicitud de insumos no incluidos en el PBS (servicio de auxiliar de enfermería o cuidador permanente), el médico deberá hacer la radicación a través del Mipres de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1885 de 2018.

DE MANERA PRELIMINAR, EL DESPACHO DEBE ADVERTIR QUE, AL EFECTUAR EL ESTUDIO DEL CASO, NO EXISTEN ELEMENTOS DE JUICIO NECESARIO QUE PERMITAN ACREDITAR LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE ORIGINARON LA PRESENTE ACCIÓN, YA QUE LOS SERVICIOS SOLICITADOS NO HAN SIDO ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE Y SÓLO SON PRETENDIDOS POR EL ACCIONANTE DE FORMA ESCRITA SIN CONSIDERACIÓN DE LA *LEX ARTIS* DE LOS GALENOS.

Referirnos a la *lex artis*, se considera que la responsabilidad médica está ligada directamente a la salud y, en este contexto, la salud puede adquirir diferentes connotaciones que van desde la salud mirada como un derecho que encuadra dentro de los denominados Derechos Económicos Sociales y culturales y la salud como un servicio esencial. La obligación de medios que tiene el médico tratante está relacionada directamente con la *lex artis ad hoc* que ha de servir para determinar si en cada caso concreto se han utilizado los medios idóneos para prescribir ordenes médicas.

Dentro del contexto y como es bien sabido, la acción de tutela es procedente únicamente cuando se **vulneran o amenazan Derechos Fundamentales**, es decir aquellos derechos que se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna en el Título II, Capítulo 1 y todos aquellos que sin estar dentro de esta ubicación la ley le ha dado esta connotación de Fundamental, como tal, concretamente, el Derecho Fundamental a la Salud.

Honorable, **la Corte Constitucional**, mediante **SENTENCIA T-154 DE 2014**, con ponencia del H. Magistrado Luis Guillermo Guerrero, **impuso los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Tutela para que, sólo cumplidos estos, prosperen las acciones de**

tutela contra las E.P.S. para cubrir procedimientos, medicamentos e insumos no comprendidos dentro del Plan beneficios de Salud y evitar así, la desviación de los recursos de la Seguridad Social y preservar la filosofía del Sistema. De los parámetros impuestos, aplicables al caso sub lite, a saber:

“Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos (...). Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que “la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos. (...).

Así entonces, excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Prestadora de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;⁸

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

(Negrilla del suscrito)

Ahora bien, el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicios, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al Juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar ha dicho concepto, como quiera que sea fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras de restablecer o mejorar su estado de salud.

Sobre el particular, la Jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la Acción de Tutela procede, cuando se pruebe que se quebranta el Derecho Fundamental a la Salud cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, **según lo ordenado por el médico tratante.**

En este orden de ideas, Señor juez, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado, de manera enfática, que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.

⁸ Sentencia T-760 de 2008 sintetizó las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras asegurar que la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud se compagine con las obligaciones que corresponden al Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud de sus asociados.

Señor Juez, existen unos criterios determinados para que NO proceda la prestación de servicios NO PBS o que estén dentro del plan de beneficios, **MÁXIME CUANDO NO SE EVIDENCIA ORDENES MÉDICAS RECIENTES QUE SUSTENTEN LO SOLICITADO EN LA ACCIÓN DE TUTELA (cuidador permanente).**

EN CUANTO AL CUIDADOR DOMICILIARIO – DEBE SER UNA TAREA REALIZADA POR FAMILIARES DE ACUERDO A PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Es menester indicar que según lo consagrado en la Ley Estatutaria N° 1751 de 2015 (*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*), dispone como obligación del estado regular el derecho fundamental a la salud, oteando el **Artículo 5°**, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

Que en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, el SGSSS garantiza a todas las personas, la totalidad de servicios y tecnologías de salud autorizados en el país por la autoridad competente, para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, con excepción de aquellos explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Dentro del contexto, el **artículo 15°** (ibídem) de la citada Ley Estatutaria, identificó aquellos servicios, insumos y tecnologías que deben ser excluidos de la financiación con los recursos de la salud, y en consecuencia, de forma implícita o concomitante determinó:

*Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su **promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.***
(Negrilla del suscrito)

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

Que, con base en lo anterior, el Sistema General de Seguridad Social en Salud financia la totalidad de los servicios y tecnologías en salud que se encuentren dentro del Plan de Beneficios de salud (Res 2292 de 2021), empero se excluye los que no hayan sido autorizados. En ese sentido, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-313 de 2014, en la que indicó que, en aras del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, se entiende que "*salvo lo excluido, lo demás está cubierto*".⁹

El ejercicio del derecho a la salud como derecho fundamental e irrenunciable es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela de forma autónoma; y de acuerdo a lo planteado por el Máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia T-433 de 2014, es procedente en los siguientes casos:

1. Cuando hay una falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes de beneficios de salud o dentro de los planes de cobertura y la negativa no tiene un fundamento estrictamente médico;
2. Cuando no se reconocen prestaciones excluidas de los planes de cobertura que son urgentes y la persona no puede acceder a ellas por incapacidad económica;
3. Cuando existe una dilación o se presentan barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos; y,
4. Cuando se desconoce el derecho al diagnóstico.

⁹ Para la Sala, la configuración por el legislador ordinario de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente para el logro progresivo de beneficios no resulta inconstitucional, lo que resulta inconstitucional es que el proyecto estime que se deben definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema, cuando, en el mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones. Por ello, en aras del goce efectivo del derecho y, atendiendo que salvo lo excluido, lo demás está cubierto, se impone, excluir del ordenamiento jurídico la expresión "para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema". Con ello, se preserva un mecanismo ajustado a la constitución y se retira del proyecto un telos que no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 2° y 49 de la Carta.

En relación con el suministro de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones derivadas de su reconocimiento y prestación, y a la magnitud de acciones que se esperan del Estado, de la **sociedad y principio de solidaridad**.

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

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

La Corte ha señalado en relación con la **primera subregla** que se desprende de la citada sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del **Estado Social de Derecho**.

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

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

- (i) Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.
- (ii) Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.
- (iii) La Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

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

En tales casos, sólo se podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el Plan de Beneficios de Salud cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Naturaleza de la figura del significado de “cuidador en el ámbito de la Salud” – Destáquese, una aproximación normativa al concepto de “cuidador, inicialmente, en **Sentencia T- 154 de 2014**, la cual realiza un análisis en relación con su naturaleza concluyendo que “(...) *el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos*”.

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

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

Desde esa perspectiva, en **Sentencia T- 096 de 2016**, ATENCION DOMICILIARIA - Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales/SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE, *El servicio de cuidador está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013 (hoy en vigencia la res 2481 de 2020), que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.*

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

Reliévese, según la hermenéutica autorizada de la Corte Constitucional, citada en la sentencia recién transcrita, la “imposibilidad material” del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio ocurre cuando este: “(i) *no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad,*

o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio". En consideración a tales requerimientos, la **sentencia T-458 de 2018** se abstuvo, por ejemplo, de conceder el apoyo del cuidador en mención a una persona que lo solicitaba, ya que no se probó debidamente la incapacidad física o económica por parte de la familia del accionante.

En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados.

Valga aclarar el cuidador no es un servicio médico, y debe, en principio, ser garantizado por el núcleo familiar del paciente. Así en la providencia mencionada finalmente se indicó "En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de expertise; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado."

Seguidamente, la **Resolución 5928 de 2016** "Por la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador ordenado por fallo de tutela a las entidades recobrantas, como un servicio excepcional financiado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud", observa en su Artículo 3° - **Definición de Cuidador**. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas; sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de beneficios en salud cubierto por la UPC.

Y, actual vigencia, en la **Resolución 2292 de 2021** "Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)" se otea en el Artículo 8° y 25°. **Atención domiciliaria**. La atención en la modalidad extramural domiciliaria **como alternativa a la atención hospitalaria institucional** está financiada con recursos de la UPC, en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas vigentes. Esta financiación está dada sólo para el ámbito de la salud. **Parágrafo**. En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, a través de las IPS, serán responsables de garantizar [as condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención. según lo dispuesto en las normas vigentes (Negrilla del suscrito)

En consecuencia, Honorable Juez, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) **que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, Nueva Eps, en virtud de la jurisprudencia, no tiene la obligación de asumir dichos gastos.** Así, el Juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial¹⁰, que, por la materia, **están sujetos a la lex artis.**

¹⁰ Frente al particular, en tratándose del alejamiento por parte de un juez de la doctrina de los máximos órganos de la administración de justicia, en la Sentencia C-621 de 2015, la Corte Constitucional indicó lo siguiente, en tesis que desde luego y con mayor razón, deviene aplicable para que un juzgador se separe del precedente sentado por el juez que desde el punto de vista funcional ocupa el rango de superior inmediato: (...) "(iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una

Entonces, amén que hace parte de su autonomía judicial, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018 sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios**, quedó claro que la figura que se describe pertenece a este tipo de servicios complementarios (fuera del Plan de Beneficios), ya que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3° de la citada resolución, debe entenderse por cuidador:

Cuidador: aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC. (Negrilla del suscrito)

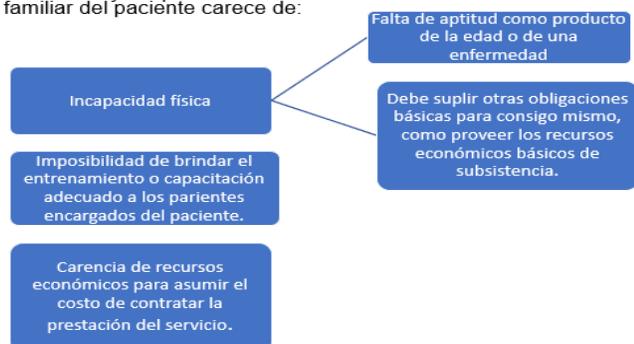
Pues bien, a modo de conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional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

Servicio de enfermería

- Se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia

Servicio de cuidador

- En principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.
- Se constituye imposibilidad material cuando el núcleo familiar del paciente carece de:



➤ Ley 1438 de 2011, POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES, señala: **ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Modifícase el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: "Son principios del Sistema General de Seguridad Social en salud:**

(...)

3.17 CORRESPONSABILIDAD. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio. (Subrayado fuera de texto).

argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228- (...)"

ARTÍCULO 139°. DEBERES Y OBLIGACIONES. Los usuarios del sistema de seguridad social en salud deberán cumplir los siguientes deberes y obligaciones:

139.1. Actuar frente al sistema y sus actores de buena fe.

139.7. Contribuir según su capacidad económica al cubrimiento de las prestaciones y servicios adicionales a favor de los miembros de su familia y de las personas bajo su cuidado.

139.11. Hacer un uso racional de los recursos del sistema.

139.12. Respetar a las personas que ejecutan los servidos y a los usuarios.

139.13. Hacer uso, bajo criterios de razonabilidad y pertinencia de los mecanismos de defensa y de las acciones judiciales para el reconocimiento de derechos dentro del sistema. (...)
(Subrayado fuera de texto).

La aproximación normativa, contiene una clara exclusión a que dentro de la atención domiciliaria se incluyan servicios diferentes a los del ámbito de la salud, haciendo una mención taxativa a los “cuidadores”. Dicha exclusión tiene fundamento en la obligación que entre familia y estado, existe respecto de brindar cuidado a los miembros del núcleo familiar que así lo requieran.

Esta referencia restrictiva a la prestación del servicio de “cuidador” tiene su base en el **principio de solidaridad**, propio del Estado Social de Derecho del cual hacemos parte, en donde las acciones humanitarias se imponen como un deber que recae en cabeza de los asociados, **siendo la familia como núcleo fundamental de la sociedad el primer llamado a ejercerlas**, en el caso de necesidad de alguno de sus integrantes. A este respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en la **Sentencia T-1079 de 2001** en los siguientes términos:

*“(...) La Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual **es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes.** Es decir; son los tres hijos de la demandante quienes en primera instancia deben tomar las medidas necesarias para asegurar que durante el tiempo en que su progenitora permanezca en la otra ciudad, cuente con la presencia de algún acompañante si éste llegare a ser indispensable (...)*”. Subrayado y resaltado fuera del texto original

En un grado mayor de desarrollo del principio de solidaridad social, esta vez en el caso de la población vulnerable como son las personas de la tercera edad, en **Sentencia T-730 de 2010**, la Corte Constitucional se pronunció así:

*“(...) **El principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna,** deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual **en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad** y en el Estado que deben concurrir a su protección y ayuda”*. Subrayado y resaltado fuera del texto original

Es racional y proporcionado que este tipo de actividades, que a todas luces no son de tipo médico, sean prestadas por los familiares del afiliado en condición de dependencia en virtud del precitado principio de solidaridad. Lo anterior sin perjuicio que el servicio pueda ser prestado por personal profesional o técnico de la salud. Hasta este punto, son claras las actividades que desarrolla un cuidador, y también lo son, las personas que en primer lugar están llamadas a prestar este servicio.

Por último y no menos importante, la Nueva Eps no está llamada a prestar el servicio de “cuidador”, siempre que se presente una de estas tres condiciones:

“(i) Que se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiera de una persona familiar o cercana que se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas.

- (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado.
- (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Esta prestación de entrenamiento sí debe ser prestada por la EPS”.

La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador

La atención domiciliaria es 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 salud y la participación de la familia” y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)¹¹

El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial¹² Es importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.

El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos. ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo.

Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio¹³

Lo decantado, máxime si se aprecia, en conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario en casos excepcionales, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la Nueva Eps deberá prestar el

¹¹ El Artículo 26 Resolución 2481 de 2020 contempla esta modalidad de atención como alternativa a la atención hospitalaria institucional y establece que será cubierta por el PBS con cargo a la UPC, en los casos en que el profesional tratante estime pertinente para cuestiones relacionadas con el ámbito de la salud

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio

¹³ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido¹⁴.

De ese modo también ha sido interpretado y aplicado, Señor Juez, que el Cuidador Domiciliario (permanente o principal) es la persona solicitada para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, que le permiten tener una calidad de vida digna (administración de comida, higiene personal, comunicación) y que por su condición no puede realizar por sí solo a diferencia del auxiliar de enfermería que su servicio es más de carácter crónico, de un paciente que requiera asistencia técnica y como en el caso de marras, el usuario (a) requiere es un cuidado familiar para su vida cotidiana, máxime prevaleciendo el principio de solidaridad atribuible a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad.

Del deber de cuidado y auxilio de los hijos a sus padres y viceversa

Es importante mencionar que el servicio de cuidador no puede desligarse del socorrido principio de solidaridad, según el cual se constituye en un deber en primera medida familiar, el de ayudar a sus parientes en condición de discapacidad, después serán la sociedad y el Estado los llamados a cuidar de esta población. En palabras de la Corte Constitucional, *“la familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos (...) un familiar es el responsable del cuidado, pues por necesitarse un apoyo desde lo físico y lo emocional, será un miembro del núcleo familiar del dependiente quien brinde este apoyo, toda vez que es la familiar la primera llamada a velar por sus miembros en condiciones de necesidad. A pesar de hablarse de la familia como base fundamental de la sociedad, las actividades de cuidado generalmente recaen en cabeza de uno de los miembros del grupo familiar. Sobre el particular el artículo 46 de la Constitución Política es totalmente claro al establecer*

“ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, es justo destacar que si bien es cierto la Constitución de 1991 acentuó la obligación de cuidado y auxilio a las personas de la tercera de edad, nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de 100 años (Código Civil), se ha ocupado de regular dicho deber, siendo especialmente ilustrativo para el caso de autos los artículos 251 y 252, que continúan vigentes y de manera diáfana señalan lo siguiente:

“ARTICULO 251. <CUIDADO Y AUXILIO A LOS PADRES>. Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

ARTICULO 252. <DERECHOS DE OTROS ASCENDIENTES>. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencias de los inmediatos descendientes”.

Por las anteriores razones, en el caso de autos los familiares de acuerdo al principio de solidaridad, se encuentran en la obligación moral, legal y constitucional de velar por su cuidado, obligación que no le corresponde exclusivamente al Estado o a Nueva Eps que le han brindado

¹⁴ Sentencia T-015 de 2021 M.P Diana Fajardo Rivera

la atención en seguridad social en salud que necesita, y que en virtud de la presente decisión continuarán otorgando las medidas de protección que la misma requiera, en las que la intervención de la familia es fundamental en cuanto al cuidado, vigilancia, ayuda y solidaridad familiar.

Actividades diarias del Cuidador Domiciliario (posible fallo extra petita de entrenamiento a familiar por parte de Nueva Eps)

Dentro de los protocolos de prestación de servicios de los diferentes prestadores de atención domiciliaria, se encuentra aquel orientado al entrenamiento del familiar o responsable del paciente en el cuidado de atención para las Actividades de la vida diaria y para las actividades Básicas cotidianas.

Estas actividades en general consisten en:

- ✚ A solicitud del grupo familiar para que al paciente se le cuide durante el día o una fracción del día mientras la familia desarrolla otras actividades, descansa o cumplen sus roles.
- ✚ Técnicas de higiene y de aseo personal
- ✚ Apoyo en las actividades básicas cotidianas: Son actividades dirigidas al cuidado del propio cuerpo tales como baño, manejo de uñas, peinado, limpieza de la boca, aplicación de desodorantes, protección de la piel como humectación, uso de pañales, acciones de vestido y desvestido
- ✚ Ayuda para alimentarse, manipulación de la comida, llevar el alimento a la boca
- ✚ Movilidad funcional (cambio de posición, transferencia, cambios funcionales o deambulación, masajes y promoción de movimientos activos), uso del inodoro, transferencia al inodoro, atención a excretas
- ✚ Apoyo en las actividades de la vida diaria: Hábitos saludables, actividades lúdicas, desplazamientos que incluye uso de autobuses, organización de citas médicas, llevar a las terapias, acompañar al colegio, Uso de los sistemas de comunicación, manejo del dinero, adaptación del entorno a las necesidades del paciente, adaptación correcta a prótesis (audífonos, gafas, etc.), Suministro de medicamentos Orales de acuerdo a su reloj biológico. Medicamentos intradérmicos o subdérmicos, Salir a pasear, exponer al sol, leer el periódico, leer libros, manejo del televisor, mantenimiento adecuado de los ciclos del sueño y descanso
- ✚ Cuidados generales de gastrostomías o traqueotomías en lo que corresponde al cuidado general con manipulación de las acciones básicas de cuidado: suministro de la alimentación a través de la gastrostomía, cuidados en la preparación y paso de esta alimentación, aspiración de secreciones a través de la gastrostomía.
- ✚ Cuidados de las sondas vesicales: vaciamiento de la bolsa recolectora con obtención de diuresis y protección de la uretra

Por lo anteriormente expuesto, se debe entender que lo que la usuaria requiere es un cuidador y no una enfermera domiciliaria, ya que lo que refiere es AYUDA EN SUS ACTIVIDADES COTIDIANAS, por ejemplo: comer, vestirse, bañarse, tener compañía¹⁵, pues, sin ser repetitivo, el derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario¹⁶, y por la jurisprudencia constitucional¹⁷, (ii) es un servicio público que,

¹⁵ No constituye una prestación de salud, no puede ser financiado con recursos del sistema general de seguridad social en salud, pues constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el estado pero no con cargo a los recursos del sistema de salud, los cuales tienen una destinación específica (Res 1885 de 2018)

¹⁶ Ley Estatutaria 1751 de 2015. La revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, fue hecha por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁷ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Señaló que la salud es “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.” Además, la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias: C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

de acuerdo con el principio de integralidad¹⁸ debe ser prestado de “*manera completa*”, vale decir, con calidad y en forma eficiente **atribuibles a asuntos de salud** y oportuna¹⁹.

Ahora bien, la **Ley 1955 del 2019**, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*”, observa en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Lo anterior quiere decir, Señor Juez, en ningún caso la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), podrá reconocer y pagar servicios y tecnologías en salud no financiados con los recursos de la UPC, cuando estos sean superiores a los techos máximos que establezca el Ministerio de Salud, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos, caso de marras nos encontramos ante una exclusión del plan de beneficios de Salud.

Artículo 240. Eficiencia del gasto asociado a la prestación del servicio y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la upc. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.
(Negrilla del suscrito)

Valga decir, por último tenemos la **Resolución 205 de 2020** (Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo) que valga indicar, en la actualidad existe un presupuesto destinado a cubrir el Plan Básico de Salud (PBS). En efecto, las EPS tendrán unos recursos no PBS que no se pueden sobrepasar el presupuesto máximo girado, en este caso, respecto a la NUEVA EPS.

Nueva EPS en atención a las normas legales vigentes esbozadas y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan

¹⁸ Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015

¹⁹ De acuerdo con la Sentencia T-612 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la calidad consiste en “que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes”. Así mismo, la eficiencia “implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”. Que sea oportuna hace referencia a que la persona “debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros.”

en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física y no servicios de cuidador domiciliario.

De contera, Honorable Juez, de acuerdo a Ley 1751 de 2015, en lo concerniente a regular el derecho fundamental a la salud, disponiendo, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; y que de igual forma, la Honorable Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-313 de 2014, en la que indicó que, en aras del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, se entiende que "*salvo lo excluido, lo demás está cubierto*".²⁰, y, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018 sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios**, quedó claro que la figura que se describe, cuidador domiciliario, pertenece a este tipo de servicios complementarios (fuera del Plan de Beneficios), lo anterior de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3° de la citada resolución y principio de solidaridad que emana del fuero familiar para sus allegados.

FRENTE AL TRATAMIENTO INTEGRAL

El Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define la Seguridad Social Integral como "*el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.*"

Así en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 y el artículo 3 de la Resolución 2292 de 2021, entendiéndose que corresponde a los servicios y tecnologías de salud que son suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, se entenderá, además, que este comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Al respecto, se aclara que Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los servicios ambulatorios programados.

Así las cosas, y en consonancia con la pretensión del tratamiento integral, se debe mencionar que se entiende como el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, lo especificado en la **Resolución 2292 de 2021 "por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud"** en su **artículo 2 y 3** el cual reza:

Artículo 2. Estructura y naturaleza de los servicios y tecnologías de salud. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, se encuentran contenidos en el presente acto administrativo y están estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las EPS o las entidades que hagan

²⁰ ²⁰ SENTENCIA C-313/14 PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA SOBRE DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. Para la Sala, la configuración por el legislador ordinario de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente para el logro progresivo de beneficios no resulta inconstitucional, lo que resulta inconstitucional es que el proyecto estime que se deben definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema, cuando, en el mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones. Por ello, en aras del goce efectivo del derecho y, atendiendo que, salvo lo excluido, lo demás está cubierto, se impone, excluir del ordenamiento jurídico la expresión "para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema". Con ello, se preserva un mecanismo ajustado a la constitución y se retira del proyecto un *telos* que no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 2° y 49 de la Carta.

sus veces, garanticen el acceso a dichos servicios y tecnologías bajo las condiciones previstas en esta resolución.

(...)

Artículo 3 Principios generales para la prestación de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC. Sin perjuicio de los principios contenidos en la Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015), para la prestación de los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

1. **Integralidad.** Todos los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad deben incluir lo necesario para su realización, de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante.

Es entonces en aplicación de lo anterior, que los servicios que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución 2292 de 2021, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello, teniendo en cuenta pues, sin ser repetitivo, el derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario²¹, y por la jurisprudencia constitucional²², (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad²³ debe ser prestado de “*manera completa*”, vale decir, con calidad y en forma eficiente **atribuibles a asuntos de salud y oportuna²⁴.**

De acuerdo con lo anteriormente explicado, debe señalarse que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de Beneficios de Salud.

Ahora bien, adicional a lo anterior, debe señalarse señor Juez, que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder **TRATAMIENTO INTEGRAL** que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en la **Sentencia T-760 de 2008**, la cual resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están a cargo del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

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

La Corte ha señalado en relación con la primera subregla que se desprende de la sentencia en mención, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino

²¹ Ley Estatutaria 1751 de 2015. La revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, fue hecha por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²² Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Señaló que la salud es “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.” Además, la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias: C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²³ Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015

²⁴ De acuerdo con la Sentencia T-612 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la calidad consiste en “que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes”. Así mismo, la eficiencia “implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”. Que sea oportuna hace referencia a que la persona “debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros.”

para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio del Estado Social de Derecho.

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

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

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

(ii) *Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente con base en el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.*

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

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

En suma, las exclusiones del Plan de Beneficios de Salud son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el Juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el Juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente.

Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

Respecto de la improcedencia de la acción de tutela en materia de protección de hechos inciertos y futuros o tratamiento integral, la Honorable Corte Constitucional a través de sentencia T-247 de 2000, expresamente ha sostenido:

“(…) A juicio de la Corte, carece de objeto la tutela instaurada contra alguien por hechos que constituyen apenas una posibilidad futura remota, en cuanto están atados a otros todavía no ocurridos. En realidad, sólo puede brindarse protección respecto a violaciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, pero de ninguna manera cabe la solicitud de amparo en relación con sucesos futuros e inciertos (...)”.

De acuerdo a lo anterior, entendemos que **EL FALLO DE TUTELA NO PUEDE IR MÁS ALLÁ DE LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS Y PROTEGERLOS A FUTURO**, pues con ello se desbordaría su alcance y además una condena en estos términos incurre en

el error de obligar por prestaciones que aún no existen puesto que la obligación de un servicio de la EPS solo inicia una vez la dolencia en salud ocurre y por ello un fallo concreto no genera violación de derecho fundamental alguno.

Igualmente, siguiendo esta línea interpretativa de que el **JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD**, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que **el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.**

Bajo esta premisa, es claro que el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

Conforme, ha señalado la H. Corte Constitucional, en fallo más o menos reciente, **Sentencia T-259 de 2019**:

“El tratamiento integral 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 médico tratante del accionante. “Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en “asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”.

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”.

(...)

*El juez constitucional en estos casos **debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.***

(Negrilla y subrayas del suscrito)

A voces de la Corte Constitucional, es menester e importancia hacer mención reiterativa respecto de la causación de un perjuicio irremediable y demostrar la mala fe de la Nueva Eps, tal y como lo plantea la Corte Constitucional, recordando que según los principios de integralidad y continuidad (Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal d; y artículo 8º), debe ser dentro del plan de beneficios de salud.

En el mismo sentido, la **Sentencia T-081 de 2019**, arguye:

“(...) tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, 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 deberes²⁵.

No hay que perder de vista que, como se señaló líneas arriba, el juicio implica que se presume la afectación al afiliado y para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares (nosotros).

Ahora bien, con un tratamiento o servicio de meras expectativas o hipotéticos se tutelan hechos futuros e inciertos, que todavía no ha ordenado ningún médico ni respecto a ninguna patología en general, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros, integrales, que posiblemente se lleguen a requerir, hipotéticos y por tanto de total carencia de certeza, sería tanto como hablar de tutelar derechos por violación o amenazas futuras e inciertas a los derechos fundamentales, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan, según el caso en concreto. No hay que olvidar igualmente, el principio de solidaridad, pues emana la Corte, tomando nota de que la familia es la encargada de proporcionar a sus miembros más cercanos la atención que necesiten, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados. En esta línea argumentativa, la Corte ha dejado constancia de que:

Sentencia T-032 de 2020

“La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en

²⁵ Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que “(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados”. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que “el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”.

cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)”.

5.7. En tal contexto, a partir de lo dispuesto en el artículo 49 de la Carta Política, la Corte Constitucional ha reiterado que bajo la permanente asistencia del Estado, la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho a la salud de una persona que no se encuentra en la posibilidad de hacerlo por sí misma, recae principalmente en su familia y subsidiariamente en la sociedad. En efecto, en la Sentencia T-098 de 2016, esta Corporación expresó:

*“El vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, **sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulen emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento”.** Así pues, por ministerio del principio de solidaridad, **la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental.”***

(Negrilla del suscrito)

Una mención especial, siguiendo esta línea interpretativa de que el **JUEZ NO ESTÁ FACULTADO PARA ORDENAR PRESTACIONES O SERVICIOS DE SALUD**, la jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera enfática, que **el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo. Ello, en consideración a que por sus conocimientos científicos es el único llamado a disponer sobre las necesidades médico-asistenciales del paciente.**

Bajo esta premisa, es claro que el Juez de Tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

En otras palabras, el Juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental. Máxime, es frecuente que los tutelantes solicitan el reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud sobre un conjunto de prestaciones relacionadas con la enfermedad o condición que haya sido diagnosticada. Cuando esto sucede, hay veces en que las prestaciones aún no han sido definidas de manera concreta por el médico tratante y corresponde al juez de tutela no hacer determinable la orden por cuanto no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. A su vez, en todo caso, el principio de integralidad no debe entenderse de manera abstracta y supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente.

En esta lógica, el Juez constitucional no es el competente para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Razón por la cual la actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional ordene que se

suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante.

Reliévese, según la hermenéutica autorizada de la Corte Constitucional, citada en una de las últimas sentencias al respecto, **Sentencia T-136 de 2021**, objeto de estudio:

Por último, esta Sala se abstendrá de conceder el tratamiento integral solicitado, por cuanto no se aportaron los elementos suficientes que permitieran acreditar su necesidad, a fin de que no se viera interrumpida la atención en salud que la Nueva E.P.S. le ha venido suministrando a Taliana Londoño Hernández. Por el contrario, al margen de las consideraciones sobre el daño que se le puede estar causando por los trayectos que debe realizar la niña entre el lugar de su residencia y la prestación del servicio de forma virtual, lo cierto es que no existe evidencia sobre tratamientos o medicamentos pendientes por ser tramitados o una negación al acceso al servicio de salud por parte de la entidad accionada. Por tanto, no se pudo constatar 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”.

(Negrilla del suscrito)

Mención especial claramente en cuanto a la solicitud del accionante de brindar un tratamiento integral a la patología que padece, deben tenerse en cuenta que solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de servicios y tecnologías, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de generar condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente. De lo contrario, debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales **quien determinará con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente.**

Finalmente, es necesario precisar que en Colombia la práctica médica está normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, **lo define el equipo médico y la ORDEN MÉDICA**, es un requisito jurisprudencial y legal imposible de eludir ya que, es el único soporte que permite verificar el estado actual de salud del paciente, y a su vez debe estar soportado con el historial Clínico que sustente la necesidad del mismo, y que una vez se agotaron todas las posibilidades de los insumos y servicios PBS, si no tiene la orden, debe tener MIPRES.

Memórese, desde la expedición de la Sentencia T-760 de 2008 (q aún se estudia con fundamento), que está enmarcada dentro y como lo establece la Sentencia T – 061 de 2019, **“(…) En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”**²⁶ Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente.

(Subrayado y en negrilla fuera del texto original).

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008

Así pues, por último, recordando a aquel Magistrado probo de la Corte Constitucional, el gran Dr. Alfredo Beltrán Sierra que ha indicado que no se puede obligar a la entidad a asumir los costos de servicios que ni siquiera han sido solicitados situación frente a la cual la Corte Constitucional en la **Sentencia T 900 de 2002** con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra (íbidem), señaló:

“Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental. Por ello, no obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para ‘la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública’ (art. 86 de la Carta).”

Así en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, la integralidad es un principio general, obligación del estado colombiano y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, entendiéndose que corresponde a los servicios y tecnologías de salud que son suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, se entenderá, además, que este comprende todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Aspectos estructurales del sistema de salud que actualmente está respaldado y reiterado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que en el Artículo 15 señala que los recursos destinados a la salud no pueden ser destinados servicios o tecnologías donde se advierta alguno de los siguientes criterios

- ✚ 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;
- ✚ Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- ✚ Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- ✚ Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- ✚ Que se encuentren en fase de experimentación;
- ✚ Que tengan que ser prestados en el exterior.

Conforme a lo expuesto, en el ordenamiento legal colombiano la orden de tutelar el tratamiento integral, futuro incierto, indeterminado y por tanto no acaecido en ningún caso, significa que deben cubrirse por cuenta de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud todos los servicios en forma ilimitada por la EPS, lo cual va en contra de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha señalado los criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela al momento de fallar una demanda de este tipo²⁷:

“(…) De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. En todo caso, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante (...).”

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-531 del 6 de agosto de 2009. Expediente No. T-2003739. M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Nueva EPS en atención a las normas legales vigentes citadas anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Que según lo consagrado en la Ley Estatutaria N° 1751 de 2015 (*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*), dispone como obligación del estado regular el derecho fundamental a la salud, oteando el **Artículo 5°**, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

Dentro del contexto, el artículo 15° (ibídem) de la citada Ley Estatutaria, definió los criterios para identificar aquellos servicios, insumos y tecnologías que deben ser excluidos de la financiación con los recursos de la salud, y, en consecuencia, de forma implícita o concomitante determinó:

*Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. **En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:***

a) *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;* b) *Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;* c) *Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;* d) *Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;* e) *Que se encuentren en fase de experimentación;* f) *Que tengan que ser prestados en el exterior*

(Negrilla del suscrito)

Ahora bien, la Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*", observa en su Artículo 240 que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Artículo 240. Eficiencia del gasto asociado a la prestación del servicio y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la upc. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015..

(Negrilla del suscrito)

De contera, Honorable Juez, de acuerdo a Ley 1751 de 2015, en lo concerniente a regular el derecho fundamental a la salud, disponiendo, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; y que de igual forma, la Honorable Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-313 de 2014, en la que indicó que, en aras del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, se entiende que "*salvo lo excluido, lo demás está cubierto*".²⁸, y, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la Resolución 1885 de 2018 sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, Resolución 2273 de 2021 (*Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*) y Resolución 2292 de 2021, quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. El ciudadano cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales hechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros e hipotéticos, sería tanto como hablar de tutelar derechos por violación o amenazas futuras e inciertas a los derechos fundamentales, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo, no se pueden hacer consideraciones sobre ellos ni, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso. Conforme lo anteriormente expuesto, se considera que en el presente caso no se aprecia una actuación u omisión de la Nueva EPS, de la que pueda derivarse prima face la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la Accionante.

Se concluye este capítulo, mencionado lo que en reiteradas oportunidades ha indicado la Corte Constitucional, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela:

"(...) para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)"²⁹, ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)"³⁰ (Negrilla fuera de texto)

"(...) Por ende, se deberá tener en cuenta la viabilidad de la acción de tutela, ya que esta se ha establecido, como un mecanismo por medio del cual toda persona puede, reclamar la protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o en ciertos casos, de un particular, siempre y cuando se encuentre probado que se produjo tal vulneración. (...)"³¹

Por lo anterior, es preciso reiterar que la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario, exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas, y, por tanto, no puede la parte demandante instituir la acción de tutela como el medio principal e idóneo para lograr el cumplimiento material.

CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en lo anterior, se solicita respetuosamente a ese Despacho, declarar que Nueva EPS no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del Afiliado invocados,

²⁸ SENTENCIA C-313/14 PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA SOBRE DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. Para la Sala, la configuración por el legislador ordinario de un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente para el logro progresivo de beneficios no resulta inconstitucional, lo que resulta inconstitucional es que el proyecto estime que se deben definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema, cuando, en el mismo artículo 15 se ha establecido un régimen taxativo de exclusiones. Por ello, en aras del goce efectivo del derecho y, atendiendo que, salvo lo excluido, lo demás está cubierto, se impone, excluir del ordenamiento jurídico la expresión "para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema". Con ello, se preserva un mecanismo ajustado a la constitución y se retira del proyecto un *telos* que no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 2º y 49 de la Carta.

²⁹ T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentarías

³⁰ SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³¹ Sentencia T- 402/18

en consideración a las razones legales expuestas y en consecuencia, se ordene su desvinculación de este trámite de tutela.

Apoiado en los precedentes judiciales, se reitera que en pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional, en los que ha determinado que “**el juez constitucional debe declarar improcedente la acción de tutela, cuando no encuentre ningún comportamiento atribuible al accionado respecto del cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, toda vez que asumir el conocimiento de este tipo de acciones, construidas sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas**”, supondría una vulneración al principio de seguridad jurídica y a la vigencia de un orden justo. ⁽³²⁾ (Negrilla y subraya fuera de texto), se precisa que en el caso concreto:

- ✚ **No se observa** en los hechos de la tutela, que la supuesta vulneración o amenaza al Accionante se produzca por alguna **actuación u omisión exigible a Nueva EPS**.
- ✚ **Tampoco se evidencia** dentro del escrito de la tutela y en especial en el acápite de las **pruebas**, se allegue algún sustento siquiera sumario que respalde algún incumplimiento por parte de Nueva EPS frente al Accionante porque no existe orden médica para cuidador permanente como lo pretende.

Por otra parte, la Corte Constitucional en relación con la acción de tutela ha señalado que:

*“(...) La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación **que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros.** El ciudadano cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales hechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta (...)”* ⁽³³⁾. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Memórese, que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A**, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018** “sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, **Resolución 2273 de 2021** “por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” y **Resolución 2292 de 2021** “por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud), quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio.

Indudable, ante un *fallo extrapetita*, **SE DENIEGUE LA SOLICITUD DE ATENCION INTEGRAL**, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden

⁽³²⁾ Corte Constitucional, ver, entre otras, sentencias T-097 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido; SU-975 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-883 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería y T-013 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, sentencia T-130 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta oportunidad se señala, lo siguiente: “Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. Para efectos de resolver el caso concreto, en esta ocasión la Sala concluyó: “[e]n este orden de ideas, atendiendo a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección del agenciado y su madre, o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada”. Lo anterior, en la medida en que el peticionario no había solicitado a la entidad demandada la atención en salud que exigía en sede de tutela, como tampoco ésta, en consecuencia, había negado dicha atención.” (Negrilla fuera de texto)

⁽³³⁾ Sentencia T-652/12.

resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la lex artis de los medicos

Nueva EPS conforme a las normas legales vigentes que se citaron anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradora, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

Finalmente es importante mencionar que Nueva EPS continuará brindando los servicios médicos generales y especializados al Afiliado, dentro del marco de lo dispuesto por el Sistema de Seguridad Social en Salud que requiera acorde a su patología y conforme al criterio de los profesionales de la salud tratantes, como hasta ahora lo ha hecho.

Con fundamento en lo anterior, se solicita respetuosamente a ese Despacho, declarar que Nueva EPS no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del Afiliado invocados, en consideración a las razones legales expuestas y, en consecuencia, se ordene su desvinculación de este trámite de tutela.

Señor Juez, para una mayor ilustración al respecto de los ítem que formula la accionante, tales como “cuidador domiciliario (sin orden médica que vislumbre), de acuerdo como lo emana las Leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011, Ley Estatutaria N° 1751 de 2015 (*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*), dispone como obligación del estado regular el derecho fundamental a la salud, oteando el Artículo 5°, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población, se tiene la Ley 1949 de 2019, mediante la cual se entregan nuevas facultades de inspección vigilancia y control a la superintendencia nacional de salud; bajo el control de la Superintendencia se encuentran las EPS, IPS, Hospitales, las secretarías de salud municipales, departamentales y distritales, y todas las entidades y empresas que generan recursos para el Sistema General de Salud. La Ley 1949 de 2019, fortalece la capacidad institucional de la Supersalud en materia de sanciones, redefine algunas de las competencias de la entidad y le da mayores herramientas para ejercer sus funciones de vigilancia y control.

Dicha ley, indica que la Superintendencia también podrá conocer y fallar en derecho, con las facultades propias de un juez, cuando haya demandas por cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (anterior Plan Obligatorio de Salud), **cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.**

Por lo anterior, la única vía sería la de acudir al proceso ordinario laboral o Superintendencia Nacional de Salud, bajo el entendido de que a dicha jurisdicción le corresponde conocer de “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.

PETICIONES

En consideración de lo discurrido, y con base en los postulados legales y jurisprudenciales que se dejaron extractados, me permito efectuar las peticiones que a continuación se exponen:

PRINCIPAL:

PRIMERA: Que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A., respecto a servicio de auxiliar de enfermería o cuidador permanente**, viéndose trasgredida la Ley Estatutaria N° 1751 de 2015 (*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*), dispone como obligación del estado regular el derecho fundamental a la salud, oteando el **Artículo 5°**, como obligación del Estado adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población, máxime que el **servicio de auxiliar de enfermería o cuidador permanente** de acuerdo a la Resolución 2292 de 2021 sobre servicios y tecnologías de salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios), **NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD – PBS.**

SEGUNDA: Que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A.**, relívese, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez, acoger la **Resolución 1885 de 2018** “sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, **Resolución 2273 de 2021** “por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” y **Resolución 2292 de 2021** “por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de Salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC - Plan de Beneficios en Salud), quedó claro que la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio.

TERCERA: Ante un *fallo extrapetita*, **SE DENIEGUE LA SOLICITUD DE ATENCION INTEGRAL**, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC.; no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera, es presumir la mala actuación por adelantado, máxime que no han sido ordenados por la *lex artis* de los medicos

CUARTA: En cuanto a la solicitud de suministro de **servicio de auxiliar de enfermería o cuidador permanente, NO SE EVIDENCIA RADICACIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD Y MUCHO MENOS ÓRDENES MÉDICAS RECIENTES DE GALENOS ADSCRITOS A LA RED DE NUEVA EPS.** Por lo tanto se requiere orden médica, formato de justificación e historia clínica para que sean radicados en la oficina de atención al usuario para que el comité realice el análisis y tramite de aprobación. (llegado el caso de un fallo extrapetita).

SUBSIDIARIAS:

En caso de ser concedida, con el debido respeto se solicita **ADICIONAR** en la parte resolutive del fallo, en el sentido de **FACULTAR** a la **NUEVA EPS S.A., y en virtud de la Resolución 205 de 2020,** (*por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC*), **se ordene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES),** reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.

Del Señor Juez



VIVIANA PICO VESLIN
C.C. No. 1.097.850.279 de California – Std
T.P. No. 304305 del CSJ
APODERADA DE NUEVA EPS S.A.

Señor

JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA

j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.
RADICADO: 680014088006-2022-00056-00
ACCIONANTE: CRISTIAN GANDUR RESTREPO como agente oficioso de AMELIA TORRADO SAGRA CC No. 37310112
ACCIONADO: NUEVA E.P.S.
ASUNTO: PODER ESPECIAL.

ADRIANA JIMENEZ BAEZ, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en mi calidad de Secretaria General y Jurídica y Representante Legal Suplente de Nueva Empresa Promotora de Salud **NUEVA EPS S.A.**, identificada con el **NIT No. 900.156.264-2**, por medio del presente documento manifiesto a usted, que confiero poder especial amplio y suficiente a la doctora **VIVIANA MILENA PICO VESLIN**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía **No. 1.097.850.279** y portadora de la tarjeta profesional de abogada **No. 304205**, del **Consejo Superior de la Judicatura**, para que en nombre y representación de la citada empresa, ejerza la defensa de la misma, de manera exclusiva dentro del trámite de la acción de tutela y los tramites posteriores que se puedan iniciar como requerimientos e incidente de desacato, dentro de la instancia respectiva en que se encuentre, desde su inicio hasta su culminación.

En desarrollo de este poder, mi apoderado queda facultado ampliamente para notificarse, contestar las notificaciones, impugnar, solicitar aclaraciones, pruebas, interponer nulidades, inaplicaciones y en general para adelantar todas aquellas diligencias que considere necesarias y conducentes en orden a llevar la representación de **NUEVA EPS S.A.**, en la mejor forma y de acuerdo al presente mandato, y todo aquel trámite establecido en el Decreto 2591 de 1991 y demás normas que aclaren, complementen o modifiquen.

El presente poder goza de presunción de autenticidad, de acuerdo a los términos del Decreto 2591 de 1991, sobre la informalidad y celeridad de la acción de tutela.

Con la presentación del presente poder se considera revocado cualquier otro otorgado dentro del presente proceso.

Atentamente,

Acepto el poder conferido,



ADRIANA JIMÉNEZ BÁEZ
C.C. No. 35.514.705 de Bogotá
Representante Legal Suplente
NUEVA EPS S.A.



C.C. No. 1.097.850.279 de California - Std
T.P. No. del CSJ