

Bucaramanga, 14 de junio de 2022

SEÑORES

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

e-mail: j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: 680014088006-2022-00067-00

NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA - ADMISIÓN

ACCIONANTE: MARIA RITA RIOS BOHORQUEZ CC 37557077

ACCIONADO: NUEVA EPS

ASUNTO: CONTESTACIÓN TUTELA

JORGE ARMANDO VARGAS NAVARRO, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.516.397 de Bucaramanga-santander, abogado con tarjeta profesional No. 322939 del C. S. de la J., actuando como Apoderado Especial de la NUEVA EPS S.A., según poder adjunto otorgado por la **DRA. ADRIANA JIMENEZ BAEZ**, Secretaria General y Jurídica y Representante Legal Suplente, 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:

1. Ahora bien, solicita la parte Accionante:

PRIMERO: TUTELAR los derechos mi la salud y vida digna, por las razones fácticas y probatorias esgrimidas en los hechos.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de NUEVA E.P.S o quien haga sus veces brinde y asigne el servicio de un cuidador y/o la presencia de un auxiliar de enfermería que asista y atienda todas las necesidades básicas y acompañe en actividades diarias para el bienestar general, para el cuidado de la salud y aseo.

TERCERO: ORDENAR la autorización del servicio de ambulancia gratuito cuando sea necesario para el traslado de las citas o tratamientos que se requieran para el tratamiento de

4 | P a g i n a

DISTROFIA MUSCULAR DE BECKER ya que esta enfermedad me genero discapacidad e invalidez por lo que me es difícil movilizarme.

CUARTO: Protección, atención respecto al servicio integral que se requiera para el tratamiento de DISTROFIA MUSCULAR DE BECKER. Ya que mis ultimas terapias han sido de manera VIRTUAL, cuando mi enfermedad y tratamiento deberían ser de manera PRESENCIAL. En conclusión, ha venido deteriorando mi salud.

2. EN CUANTO A SU ESTADO DE AFILIACIÓN

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

RIOS BOHORQUEZ MARIA RITA

Consultas Herramientas Certificado de Incapacidades

CC 37557077 Ultimo Periodo Pagado: Jun/2022

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

Incapacidades Hist duplicidad Radicaciones Documentos Imagenes Traslados Entran

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
RIOS	BOHORQUEZ	MARIA RITA	08/03/1978	Cotizante	F
Dirección de Residencia		Teléfono	Departamento	Municipio	
TRANSVERSAL ORIENTAL NUMERO 127 CASA 3 VIA DEL CAR		6494117	SANTANDER	FLORIDABLANCA	

DATOS DE LA AFILIACION RÉGIMEN CONTRIBUTIVO					
F.Radicación	F.afiliación	F.Retiro	Categoría	Estado	Causal Retiro
18/06/2008	01/08/2008	00/00/0000	A	ACTIVO	
Actual EPS	Convenio	Otras E.P.S.	Total	Eps Anterior	Eps Nueva
625	0	67	692	I.S. S. INSTITUTO DE SEGUROS SOC	

RÉGIMEN: Contributivo

IPS Actual			Causales de Suspensión	
Código	Razón Social	Activa desde	Estado	Causal
4289	U.T. FOSCAL-ESCANOGRAFIA S.A-FOSCAL FLORI	30/01/2009		

Empleo Actual			Información Adicional	
Identificación	Razon Social			
NT 900336004	COLPENSIONES		Afiliado Con Atencion Preferencial (Discapacidad)	
Cargo	F.Ingreso	Salario		
PENSIONADO	01/09/2013	\$147,375		

Color de Fondo : Afiados Pte Documentos Afiados Atencion Especial

Como primera medida es pertinente informar al Despacho que NUEVA EPS S.A. asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

Previo a hacer una manifestación respecto de las pretensiones del accionante es preciso indicar 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 los mismos, 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.

Vale la pena resaltar que de la revisión de los anexos aportados a la solicitud de tutela NO se observa orden médica o historia clínica que prescriba el ENFERMERA/CUIDADOR DOMICILIARIO, SOLICITUD ESPECIAL DE TRANSPORTE cuanto debe surtirse valoración previa con médico de la red de prestadores de NUEVA EPS, que realice pronunciamiento específico, frente a la necesidad o no de los servicios solicitados, CANTIDAD, TIEMPO DEL TRATAMIENTO E INTENSIDAD HORARIA, toda vez que es el galeno tratante en atención a su autonomía profesional el llamado a determinar el plan de tratamiento de nuestros afiliados,

Por lo que vale la pena tener en cuenta que a través de la Sentencia de Tutela T-160 de 17 de marzo de 2014 con ponencia del Magistrado NILSON PINILLA PINILLA, se afirma que la decisión proveniente de un médico tratante es la más acertada debido a que es él, el que tiene el conocimiento y la experticia en materia de salud y por ende, el operador jurídico debe basarse en dicha posición. En dicha sentencia se arguye que: *“es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y científicas para verificar la necesidad e idoneidad de elementos, procedimientos o medicamentos, condiciones de las cuales, por su formación, carece el administrador de justicia”.* (Negrillas fuera del texto original).

Es por ello que, se recuerda que respecto de la salud y tratamiento que ha de seguir los pacientes, depende única y exclusivamente del criterio y autonomía médica, y no de los deseos del paciente o su familiar.

Vale la pena resaltar que la Corte Constitucional en varias oportunidades ha reiterado que **el derecho al diagnóstico**, es el componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Dicho diagnóstico corresponde al ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

*“En cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido **por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos.** Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente”¹.* (Negrilla fuera de texto original).

Sumado a lo anterior, vale la pena traer a colación lo indicado por parte del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA - SALA CIVIL- FAMILIA**, con ponencia del Dr. GIOVANNI YAIR GUTIÉRREZ GÓMEZ en sentencia de segunda instancia, frente a los casos en que se solicite servicio de CUIDADOR O ENFERMERIA DOMICILIARIA y otras tecnologías en salud, **en donde NO exista orden médica PREVIA a la acción de tutela, no puede el juez de tutela suplir el concepto del galeno tratante:**

Se extrae de las consideraciones:

CONSECUTIVO: 68001-31-10-008-2021-00212-01

¹ Tomado de la Sentencia T-036 de 2017 con ponencia del Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

RAD. Tribunal: 537-2021

JUZGADO OCTAVO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

ACCIONANTE: CLAUDIA MARCELA URIBE BARRERA agente oficiosa de PEDRO VICENTE URIBE BARRERA

ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.

PROVIDENCIA: SENTENCIA TUTELA DE 2ª INSTANCIA No. 71 del 21 de julio del 2021

“En ese sentido, al no constar una prescripción médica clara en lo que atañe al tema de los pañales y crema anti escaras, cuestión que se reitera frente a la pretensión de enfermería permanente, impedía que el Juez de tutela concediera dichas prestaciones, en tanto se requiere la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determinando con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología” la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya que sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso, pues el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”; (...) en aras de que un grupo interdisciplinario de profesionales al servicio de la salud, adscrito a la NUEVA EPS S.A., valore la pertinencia y necesidad de los insumos solicitados por la accionante como son pañales, crema anti escaras y el servicio de enfermería o cuidador permanente” – Subrayas fuera del texto original.

3. FRENTE A LA SOLICITUD DE ENFERMERA/CUIDADOR DOMICILIARIO

NO SE EVIDENCIA ORDEN MEDICA O PRUEBA SUMARIA QUE DETERMINE LA NESECIDAD DEL SERVICIO SOLICITADO, POR LO QUE DEBE ASURTIRSE VALORACIÓN MEDICA QUE SE PRONUNCIE SOBRE ESTE SERVICIO Y DETERMINE SU NESECIDAD, AUNADO AL HECHO DE QUE ES UN SERVICIO NO CONTEMPLADO EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD Y EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD CORRESPONDE A LA FAMILIA DEL ACCIONANTE BRINDAR ESTE CUIDADO.

Como quiera que lo que se peticiona a través de la presente acción de tutela es el SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO, conviene traer a colación lo expresado por la H. Corte Constitucional en SENTENCIA T-015 del 20 de enero de 2021 con ponencia de la Magistrada DIANA FAJARDO RIVERA:

“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.³⁸ 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.³⁹ 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. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante”. (Negrilla fuera de texto)

(...)

“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 servicio”. (Negrilla fuera del texto)

- Aunado a lo anterior, destáquese como es importante indicar que este tipo de servicio - cuidador domiciliario- **se refiere para el cuidado personal del paciente, por tanto no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia** (en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo), por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad.
- De igual forma en el caso de marras no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo **no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente.**
- Aunado a que es necesario indicar que la incapacidad no es solo física, pues también le asiste a la familia el deber de aportar al cuidado de la paciente.
- **Se desconoce la composición de todo el núcleo familiar, las profesiones que ejercen y los ingresos que perciben, como tampoco se informó de los bienes que se encuentran a su nombre, información necesaria para determinar que se encuentran limitados para brindar este servicio.**
- Esta situación resulta relevante, toda vez que, por ser una prestación no incluida en el plan de beneficios, es financiada por el estado con los recursos que se destinan al fondo para atención de las personas SIN CAPACIDAD DE PAGO (ADRES), condición que va en contravía del principio de solidaridad del sistema y afecta directamente el equilibrio y la viabilidad financiera de todo el sistema.

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 5º**, 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*".²

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.

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**.

² 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.

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, 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 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 2292 de 2021), que en su artículo 25 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 experticia; 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 recobrantes, 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 integralmente 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 judicial³, que, por la materia, **están sujetos a la *lex artis*.**

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.***

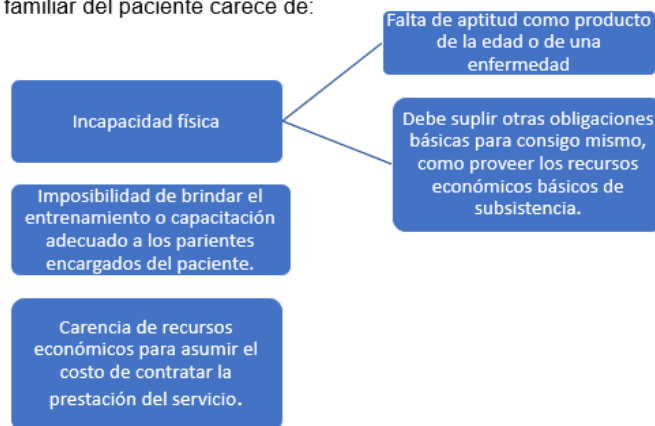
³ Frente al particular, en tratándose del alejamiento por parte de un juez de la doctrina de los máximos órganos de la administración de justicia, en la Sentencia C-621 de 2015, la Corte Constitucional indicó lo siguiente, en tesitura que desde luego y con mayor razón, deviene aplicable para que un juzgador 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 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- (...)*”.

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).

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 servicios 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 domiciliar 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)⁴

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 especial⁵ 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 servicio⁶

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 servicio de cuidador

4 El Artículo 26 Resolución 2292 de 2021 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

5 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

6 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

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 requerido⁷.

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 familia 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:

⁷ Sentencia T-015 de 2021 M.P Diana Fajardo Rivera

“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 necesitare 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 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 el usuario 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 compañía⁸, 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 estatutario⁹, y por la jurisprudencia constitucional¹⁰, (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el principio de integralidad¹¹ debe ser prestado de “*manera completa*”, vale decir, con calidad y en forma eficiente **atribuibles a asuntos de salud** y oportuna¹².

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.

-
- 8 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)
 - 9 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
 - 10 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
 - 11 Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015
 - 12 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 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 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".¹³, y, relíevase, según la hermenéutica autorizada de la Honorable Corte Constitucional, citada en este trasegar jurídico, es deber del Honorable Juez,

13 13 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.

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.

3. **REFERENTE AL SERVICIO DE TRANSPORTE PARA CITAS PROGRAMADAS DEL USUARIO**

Revisado el traslado de la tutela no se evidencia orden medica que permita evidenciar la necesidad médica de transporte especial para nuestra afiliada, siendo el médico tratante la persona idónea para realizar esta manifestación o solicitud.

Se debe entonces señalar que esta solicitud **NO SE ENCUENTRA INCLUIDA EN LOS SERVICIOS DE SALUD QUE ESTÁN EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD – SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS DE SALUD (RESOLUCIÓN 2481 de 2020 – por lo cual se actualiza integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación UPC)**, por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarlas a sus afiliados. La normatividad vigente del Plan de Beneficios de Salud no cubre dichos transportes y erogaciones de alimento y hospedaje, por cuanto estos no cumplen con los requisitos en la norma, tal y como se observa de la lectura de la Resolución 2481 de 2020.

Ahora bien, en este caso el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia de la usuaria el cual es **FLORIDABLANCA-SANTANDER** el cual NO SE ENCUENTRA CONTEMPLADO en los que reciben UPC diferencial y a los cuales la EPS si está en la obligación de costear el trasporte del paciente. Lo anterior, de acuerdo a la lista de municipalidades señalada en la Resolución 2381 de 2021:

28 DIC 2021

RESOLUCIÓN NÚMERO 00002381 DE 2021 HOJA No 25

Continuación de la resolución "Por la cual se fija el valor anual de la Unidad de Pago por Capitación - UPC, para financiar los servicios y tecnologías de salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para la vigencia 2022 y se dictan otras disposiciones".

NÚMERO	CÓDIGO DANE	NOMBRE DEPARTAMENTO	MUNICIPIO
229	68013	Santander	Aguada
230	68020	Santander	Albania
231	68101	Santander	Bolívar
232	68152	Santander	Carcasí
233	68179	Santander	Chipatá
234	68245	Santander	El Guacamayo
235	68250	Santander	El Peñón

28 DIC 2021

RESOLUCIÓN NÚMERO 00002381 DE 2021 HOJA No 26

Continuación de la resolución "Por la cual se fija el valor anual de la Unidad de Pago por Captación – UPC, para financiar los servicios tecnológicos de salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para la vigencia 2022 y se dictan otras disposiciones".

NÚMERO	CÓDIGO DANE	NOMBRE DEPARTAMENTO	MUNICIPIO
236	68264	Santander	Encino
237	68266	Santander	Enciso
238	68271	Santander	Florián
239	68298	Santander	Gambita
240	68320	Santander	Guadalupe
241	68324	Santander	Guavatá
242	68368	Santander	Jesús María
243	68377	Santander	La Belleza
244	68385	Santander	Landázuri
245	68397	Santander	La Paz
246	68425	Santander	Macaravita
247	68502	Santander	Onzaga
248	68673	Santander	San Benito
249	68686	Santander	San Miguel
250	68720	Santander	Santa Helena del Opón
251	68770	Santander	Suaita
252	68773	Santander	Sucre

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el municipio de residencia del accionante y que el mismo no se encuentra dentro de aquellos contemplados taxativamente en la lista mencionada con anterioridad, los gastos que corresponden al desplazamiento de los afiliados hasta otros municipios no pueden ser trasladados con cargo a las Entidades Promotoras de Salud, puesto que una decisión en este sentido atentaría contra el principio de solidaridad sobre el cual debe regirse todo el sistema.

Sobre este principio se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, tal y como expresó en sentencia T-062/2017:

“Sobre este asunto, es relevante tener en cuenta que la solidaridad es uno de los principios que rigen el sistema de salud, tal como lo dispone la Constitución y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 que establece que “el sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”. Asimismo, el artículo 10 de la citada ley señala que uno de los deberes de las personas en el marco del sistema de salud consiste en “contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”

Con el fin de optimizar el uso de los recursos de la población que hace parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, se establecen los servicios, las condiciones y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, dentro del tema en estudio la norma es clara al determinar qué tipo de servicio se encuentra incluido dentro de la UPC y por ende es responsabilidad de la EPS asumir los costos del desplazamiento generados por la prestación de servicios a los usuarios.

Es relevante destacar que, si bien el servicio de transporte en sí mismo considerado no es un servicio de salud, si es un elemento esencial del atributo de accesibilidad de conformidad con lo

señalado por la Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud (Ley 1751 de 2015) y la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia.

También es preciso señalar que de tiempo atrás la reglamentación relativa a los contenidos del Plan de Beneficios en Salud ha incluido el servicio de transporte con variaciones en cuanto a su alcance y contenido, y en la actualidad dicho servicio se encuentra regulado en los **Artículos 121 y 122 de la Resolución 2481 de 2020** del Ministerio de Salud y Protección Social y que corresponde hoy en día al Plan de Beneficios en Salud vigente para los regímenes contributivo y subsidiado.

RESOLUCIÓN 2481 DE 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social Por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) establece que:

“Artículo 121. Traslado de pacientes. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada). en los siguientes casos:

1. Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en ambulancia.

2. Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está financiado con recursos de la UPC el traslado en ambulancia en caso de contra referencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

Artículo 122. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.”

De manera paralela al desarrollo normativo que ha tenido el tema de transporte, expuesto en precedencia, debe anotarse que el máximo tribunal de lo constitucional ha ejercido una actitud activa en la delimitación y alcances de la normatividad citada y la problemática que esta encarna respecto al acceso real al derecho a la salud.

Sentencia T-212 de 2008 Magistrado Ponente JAIME ARAUJO RENTERIA ha expuesto:

“En tal contexto, el intérprete constitucional ha establecido los requisitos que deben cumplirse para que sean las E.P.S o el Estado, quienes asuman los costos de los gastos de transporte que eventualmente se generen para un paciente, los cuales en principio están a cargo del usuario o usuaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud o de sus familiares más cercanos, en virtud del principio de solidaridad, siempre que (i) el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos y (iii) que de

no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado¹⁴”.

De otro lado, no se encuentra acreditado o demostrado siquiera sumariamente en el escrito de la tutela que la parte accionante o su núcleo familiar no se encuentren en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados. Y es que **el simple hecho de informar que el usuario o su familiar tienen gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que NO PUEDA SUFRAGAR EL COSTO de los transportes que son solicitados, y los cuales se insiste no son servicios o tecnologías de salud.**

4. FRENTE AL TRATAMIENTO INTEGRAL

REVISADO EL TRASLADO DE LA TUTELA NO SE EVIDENCIA NINGUNA MANIFESTACIÓN POR PARTE DEL ACCIONANTE, FRENTE A SOLICITUDES MEDICAS DEJADAS DE AUTORIZAR POR PARTE DE NUEVA EPS, QUIEN HA GARANTIZADO LAS MISMAS Y LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL SE FUNDA EN SOLICITUDES QUE NO CUENTAN CON ORDENES MEDICAS QUE PERMITAN DETERMINAR LA NECESIDAD DE LOS SERVICIOS SOLICITADOS, POR CUANTO NO SE PUEDE HABLAR DE VULNERACIÓN DE SERVICIOS QUE NO SE HAN SOLICITADO EN DEBIDA FORMA Y EN CONSECUENCIA NO EXISTE NEGACIÓN POR PARTE DE LA EPS.

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, entendiendo 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 suministro de tratamiento integral, se debe mencionar que se entiende como los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, lo especificado en la **Resolución 2292 de 2021** en su **artículo 2** el cual reza:

14 En la sentencia T-364 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte sostuvo: “*Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte. En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas. // En virtud de lo anterior esa responsabilidad es trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario*”.

***“Artículo 2- Estructura y naturaleza de los servicios y tecnologías de salud.** Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPS, 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 la EPS o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a dichos servicios y tecnologías bajo las condiciones previstas en esta resolución”.*

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 - servicios y tecnologías de 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.

De acuerdo con lo anteriormente explicado, debe señalarse que la Integralidad que solicita la usuaria 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 el **artículo 1 del Decreto 2591 de 1991**, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

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 la usuaria 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.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia **T – 677 del 12 de diciembre de 1997**, ha señalado:

“La acción de tutela no está llamada a prosperar cuando los hechos u omisiones que pueden implicar violación de los derechos fundamentales no se ha producido, ni existe razón objetiva,

fundada y claramente establecida en cuya virtud se pueda considerar que existe una amenaza cierta y contundente contra ellos. En otros términos, la eventualidad del daño que puedan sufrir los derechos fundamentales por conductas que las autoridades o personas contra las que se instaura la tutela pueden o no asumir, y todavía no han asumido, no es elemento suficiente para conceder la tutela”.

Sentencia T-178/11

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha manifestado que el principio de integralidad del servicio público de salud se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva. Esta Corporación, al referirse a la integralidad en la prestación del servicio de salud ha señalado que el mencionado principio implica la atención médica y el suministro de los tratamientos a que tienen derecho los afiliados al sistema y que requieran en virtud de su estado de salud. Lo anterior lleva a sostener que el servicio prestado lo deben integrar todos los componentes que el médico tratante valore como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud o, para mitigar las dolencias que le impiden mejorar las condiciones de vida. A través de la jurisprudencia constitucional se ha concluido que el requerimiento de una prestación integral del servicio de salud debe estar acompañado de ciertas indicaciones que hagan determinable la orden emitida por el juez, debido a que no es posible reconocer mediante órdenes judiciales prestaciones futuras e inciertas, por el contrario, la protección procede en aquellos casos en los que el médico tratante pueda determinar el tipo de tratamiento que el paciente requiere.

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.

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.

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 fuera de texto original)

e 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*".¹⁵, 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, **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 integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)", 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

15 15 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.

imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para esta.

SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC- NI CON EL PRESUPUESTO MÁXIMO PARA LAS EPS

La Ley 1955 del 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"*, dispone 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 ADRES, y precisa que, las EPS considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina este Ministerio, remitirán la información que este último requiera, precisando que en ningún caso el cumplimiento del presupuesto máximo por parte de las EPS, deberá afectar la prestación del servicio.

Que el artículo 5 de la ley 1966 de 2019 estableció que en ningún caso la 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 este Ministerio, a partir de una metodología que tenga en cuenta los valores recobrados o cobrados y el establecimiento de incentivos con el fin de promover el uso eficiente de los recursos.

Por lo anterior, por medio de la Resolución 205 de 2020 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, en los componentes de medicamentos, alimentos para propósitos médicos especiales (APME), procedimientos y servicios complementarios, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado y, se adopta la metodología para su definición.

En la actualidad, a través de este decreto existe un presupuesto destinado a cubrir el Plan Básico de Salud (PBS), y que desde el Plan Nacional de Desarrollo (PND), en su artículo 240, estableció 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)"*. ¿Esto qué significa? Esto significa que, en adelante, este costo va a ser administrado igual al resto de servicios incluidos en el PBS.

En efecto, las EPS tendrán unos recursos no PBS que no pueden sobrepasar el presupuesto máximo girado, en este caso NUEVA EPS.

Pues bien, conforme con lo anteriormente expuesto, a través del acto administrativo Resolución 205 de 2020, se establecen disposiciones del 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

TITULO II
SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EN SALUD FINANCIADOS CON CARGO AL
PRESUPUESTO MÁXIMO

Artículo 5. Servicios y tecnologías financiados con cargo al presupuesto máximo. El presupuesto máximo trasferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos. APME, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por autoridad competente del país, no se encuentren financiado por la UPC, ni por otro mecanismo de

financiación. y que no se encuentren excluidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Para el caso que nos ocupa, se debe traer a colación lo enunciado en el artículo 9 de la citada Resolución el cual indica los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios que no serán financiados con cargo al presupuesto máximo:

Artículo 9. Servicios y tecnologías NO financiados con cargo al presupuesto máximo. Los siguientes medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios no serán financiados con cargo al presupuesto máximo:

9.1. Las servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC u otras fuentes de financiación, tales como salud pública, riesgos laborales, entre otros.

9.2. Los medicamentos clasificados por el INVIMA como Vitales No Disponibles y que no tengan definido un valor de referencia.

9.3. Los medicamentos adquiridos a través de compra centralizada o por medio de acuerdos de riesgo compartido según lo determine este Ministerio.

9.4. Medicamentos que contengan el principio activo Nusinersen.

9.5. Los medicamentos que se incluyan en normas farmacológicas y no tengan alternativa terapéutica respecto a 105 medicamentos existentes en el país. Lo anterior hasta que se defina su financiación mediante el presupuesto máximo. La ADRES financiará las evaluaciones de servicios y tecnologías en salud que deba realizar el IETS para estos efectos.

9.6. El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo. Los cuáles serán financiados por la ADRES, conforme a lo señalado en el artículo 10 de la presente resolución.

*9.7. **Los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidas por este Ministerio o aquellas que cumplan alguno de los criterios establecidos en el artículo 15 de la Ley 1751 del 2015, salvo los ordenados por autoridad judicial.***

9.8. Los procedimientos en salud nuevos en el país. La ADRES financiará las evaluaciones de servicios y tecnologías en salud que deba realizar el IETS para estos efectos. El valor máximo de recobro será propuesto en la evaluación de tecnologías de salud respectiva.

*9.9. **Los servicios complementarios que no estén asociados a una condición en salud y que no sean prescritos por profesional de la salud, autorizados u ordenados por autoridad competente, o que por su naturaleza deban ser cubiertos por fuentes de otros sectores, o que correspondan a los determinantes en salud de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1751 de 2015.*** (Negrillas fuera del texto original).

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 facie la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca la parte Accionante.

Conforme a lo indicado, debo manifestar que, NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, por cuanto el proceder de la entidad se ajusta a las directrices trazadas y las competencias asignadas por la regulación jurídica vigente en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hecho ante el cual se formulan las siguientes:

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:

PRINCIPALES:

PRIMERA: Que se **DENIEGUE POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A.**, toda vez que el servicio de **ENFERMERIA DOMICILIARIA y/o CUIDADOR DOMICILIARIO** para satisfacer sus actividades básicas fisiológicas e instrumentales de la vida diaria y que por su condición no puede realizar el paciente por sí solo, toda vez que son funciones que deben ser asumidas en primera medida por la **FAMILIA**, tras no estar contempladas en el ámbito de la salud, máxime que el Servicio de Cuidador Domiciliario **NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD – PBS. AUNADO AL ECHO DE QUE NO CUENTA CON ORDEN MEDICA QUE PERMITA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ESTE SERVICIO, NI LA INTENSIDAD DE TIEMPO Y DURACIÓN DEL TRATAMIENTO.**

SEGUNDA: SE DECLARE IMPROCEDENTE la solicitud de tutela en contra de **NUEVA EPS**, toda vez que los servicios de **TRANSPORTE PARA ASISTENCIA A CITAS MEDICAS PARA EL PACIENTE** al ser servicios que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud, sumado al hecho que el municipio de residencia del usuario no cuenta con UPC adicional. Finalmente, así mismo no se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos por la Corte Constitucional para trasladar dichos gastos a las EPS, según los argumentos y preceptos legales mencionados anteriormente. Aunado al hecho de que no presenta orden medica que permita establecer la necesidad de traslado especial o la necesidad de que asista acompañado a las citas médicas.

TERCERA: 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.

CUARTA: Solicito al despacho que cuando se resuelva de fondo la presente acción constitucional y se proceda a notificar el fallo de esta tutela, sea enviado junto con las consideraciones a la EPS-S y no solo la parte resolutive. Lo anterior, en razón a que el fallo se requiere de manera completa para realizar los trámites de financiamiento cuando haya lugar ante la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

SUBSIDIARIAS:

PRIMERA: En caso de que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, **se solicita se ordene una VALORACIÓN PREVIA a cargo de los galenos adscritos dentro de la red de servicios contratada** para determinar el plan de tratamiento médico que debe seguir la accionante, en garantía del derecho al diagnóstico:

El **derecho al diagnóstico** es el componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. Dicho diagnostico corresponde al ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

*“En cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido **por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el***

principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente”¹⁶. (Negrilla fuera de texto original).

SEGUNDA: En caso que el despacho ordene tutelar los derechos invocados, solicitamos al despacho que 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 UPS, se ordene al **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 servicios.

TERCERA: De igual manera en caso de considerar ordenar la atención integral solicito al despacho delimitar la orden dada, indicando los diagnósticos, sobre los cuales recae la protección ordenada, para hacer la orden determinable.

ANEXOS

- Poder para actuar.

NOTIFICACIONES

Recibimos notificaciones judiciales al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co

Del Señor Juez

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Jorge Armando Vargas Navarro".

Jorge Armando Vargas Navarro
Apoderado Especial
Nueva EPS

¹⁶ Tomado de la Sentencia T-036 de 2017 con ponencia del Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

SEÑORES

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

e-mail: j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: 680014088006-2022-00067-00

NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA - ADMISIÓN

ACCIONANTE: MARIA RITA RIOS BOHORQUEZ CC 37557077

ACCIONADO: NUEVA EPS

ASUNTO: CONTESTACIÓN TUTELA

ADRIANA JIMENEZ BAEZ, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en mi calidad de Secretaria General y Juridica 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 al doctor **JORGE ARMANDO VARGAS NAVARRO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía **No. 91.516.397 de Bucaramanga** y portador de la tarjeta profesional de abogado **No. 322.939, 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.



JORGE ARMANDO VARGAS NAVARRO
C.C. No. 91516397 de B/manga
T.P. No. 322.939 del CSJ

Señores:

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

j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

ACCIÓN: TUTELA
RADICADO: 2022-00067
ACCIONANTE: MARIA RITA RIOS BOHORQUEZ
ACCIONADO: NUEVA EPS
ASUNTO: RESPUESTA A SOLICITUD DE INFORME /
PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

Respetado Juez,

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.085.251.376 de Pasto, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 210.417 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder a mi conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, dentro del término fijado por el H. Despacho, me permito rendir informe respecto de los hechos de la acción constitucional en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

De la lectura de la acción de tutela de la referencia, se puede concluir que el accionante, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, y a la vida e integridad, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien no ha realizado la prestación de servicios de salud necesarios con ocasión del diagnóstico enfermedad DIFUSA DE PREDOMINIO PROXIMAL Y DE CARACTER MIOPATICO COMPATIBLE CON DISTROFIAS MUSCULARES, lo que le ha generado discapacidad e invalidez dificultando su capacidad de movilizarse y de realizar diferentes tareas del día a día., entre ellas las de ir a tomar las citas médicas y procedimientos ordenados por el médico tratante.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. DE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día primero (01) de agosto del año 2017, entró en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016.

Finalmente, es preciso indicar que la ADRES cuenta con la página web: <http://www.adres.gov.co/>, en la cual puede consultarse todo lo relacionado con su operación, su domicilio para todos los efectos legales es la Avenida Calle 26 N°. 69-76 piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C. y su correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co

2.2. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

2.2.1. Derecho a la salud y a la seguridad social.

El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la Salud así:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley."

En desarrollo del mandato constitucional se expidió la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de la Salud, cuyo objeto es “*garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección*”, definiéndolo en su artículo 2 así:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Particularmente recalca como una de las obligaciones del Estado frente al derecho a la salud, lo dispuesto en su artículo 5, literal ‘b’, en donde indica que es deber del Estado: “*Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema*”.

Acorde con lo expuesto, es responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la Salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar.

Ahora bien, es necesario agregar que, en lo referente a la prestación del servicio de salud, la Ley 1751 de 2015, en su artículo 8 trae a colación el principio de integralidad que desarrolla así:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”.

2.2.2. Vida digna / dignidad humana.

La H. Corte Constitucional ha reconocido que el Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

Pero así mismo, en abundante jurisprudencia dicha Corporación ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho. En sentencia SU-062/99, el mencionado Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

"Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano".

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, y, dentro de esos mínimos, que posibilitan la vida de un individuo.

"En la sentencia T-881 de 2002, la Sala Séptima de Revisión precisó ampliamente el alcance del derecho fundamental a la dignidad humana, tras identificar tres lineamientos claros y diferenciables que construyen el contenido de esta garantía: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). Concretamente sostuvo lo siguiente:

"La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre "dignidad", principalmente el contenido en el artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria...fundada en el respeto de la dignidad humana (...))"¹

2.2.3. Derecho a la vida.

"El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye indudablemente el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como es la vida humana (Preámbulo y artículos 2° y 11)."²

2.3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La H. Corte Constitucional se pronunció sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva en la Sentencia T-1001 de 2006 señalando lo siguiente:

"(...)

En relación con la falta de legitimidad por pasiva, esta Corporación en la Sentencia T-416/97 M.P. José Gregorio Hernández, dijo lo siguiente:

"2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015.

² Corte Constitucional. Sentencia C-133/94.

La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.

Si bien la tutela se establece por la Constitución como un proceso preferente y sumario, con ello no se quiso consagrar un instrumento judicial carente de garantías procesales, en donde la brevedad y celeridad procesal sirvan de excusa para desconocer los derechos de las partes o de los terceros, de manera que, en dicho proceso, como en cualquier otro, el juez debe lograr que la actuación se surta sin vulnerar los principios de legalidad y contradicción.

La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto"

Y más adelante, en sentencia T-519 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas esta misma Corporación anotó que: "(...) cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor, no puede, bajo ninguna circunstancia, concederse la tutela en su contra. La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño".

2.4. DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD - EPS

El artículo 178 de la Ley 100 de 1993, establece que le corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS "Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia, así como establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud".

En desarrollo de lo anterior, el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, dispone que: "(...) Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos (...)" Frente al aseguramiento en salud de sus afiliados, la Ley 1122 del 2007 en su artículo 14, estipula:

"Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En la norma transcrita, se resalta la función indelegable de aseguramiento que cumplen las EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual tienen a su cargo la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud, esto es, están obligadas a atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio de salud.

Por otra parte, es preciso agregar que, de cara a la oportunidad de la atención de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el numeral segundo del artículo 2.5.1.2.1 del Decreto 780 de 2016, establece como una de las características del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SOGCS, la siguiente:

"(...) 2. Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios."

Así las cosas, es necesario hacer énfasis en que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

2.5. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DE LA COBERTURA INTEGRAL PARA EL SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD.

Actualmente, el Sistema de Seguridad Social en Salud prevé distintos mecanismos de financiación para el suministro de servicios y tecnologías en salud, entre ellos se tienen los siguientes:

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC	PRESUPUESTOS MÁXIMOS	SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON RECURSOS DE LA UPC Y DEL PRESUPUESTO MÁXIMO
Servicios y tecnologías con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC. Los servicios de salud con cargo a la UPC se encuentran contemplados expresamente en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos.	Servicios y tecnologías asociadas a una condición de salud que no son financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estos servicios de salud con cargo al presupuesto máximo se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020.	Servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo. El reconocimiento y pago del suministro de los servicios que prevé la Resolución 2152 de 2020 dependerá de un proceso de verificación y control a cargo de la ADRES.

2.5.1. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD FINANCIADOS CON CARGO A LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 4107 de 2011, modificado y adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012, es competencia del Ministerio de Salud y Protección Social actualizar el Plan de Beneficios de Salud, y así como también definir y revisar el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de este plan, cuyo cumplimiento insistió la H. Corte Constitucional dentro de la orden décimo-octava de la Sentencia T-760 de 2008.

En ese sentido, el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC deberá actualizarse una vez cada dos años atendiendo a determinados criterios relacionados con el perfil epidemiológico y la carga de la enfermedad de la población, la disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos no contemplados dentro del mencionado plan.

Dicha actualización fue realizada por medio de las Resoluciones 5269 de 2017, 5857 de 2018 y actualmente la Resolución 3512 de 2019 mediante la cual cambio la denominación de Plan de

Beneficios de Salud a **Mecanismos de Protección Colectiva**³, en donde determinó un esquema de aseguramiento y definió los servicios y tecnologías de salud financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC que deberán ser garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces.

Esta resolución contempla tres (3) anexos en los cuales se definen, el listado de medicamentos, procedimientos en salud y procedimientos de laboratorio clínico financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, estos están caracterizados de la siguiente manera:

Artículo 6. Descripción de servicios y procedimientos financiados con recursos de la UPC. *Los servicios y procedimientos contenidos en el presente acto administrativo, de conformidad con las normas vigentes, se describen en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran financiadas con recursos de la UPC todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos), contenidos en el articulado; así como en los Anexos Nos. 2 y 3 del presente acto administrativo.*

Parágrafo 1. Para el Anexo 2 "Listado de Procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC", se consideran incluidas en esta financiación, todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías contenidas en el mismo, salvo aquellas referidas como no financiadas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.

Parágrafo 2. Para el Anexo 3 "Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico financiados con recursos de la UPC", se describen en términos de subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS).

En lo que respecta a la cobertura de medicamentos, es preciso indicar que su alcance se ha establecido en el artículo 38 la Resolución 3512 de 2019, la cual dispone que "(...) Los medicamentos contenidos en el Anexo 1 "Listado de Medicamentos financiados con recursos de la UPC", al igual que otros que también se consideren financiados con dichos recursos de la UPC, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 129 de la presente resolución, deben ser garantizados de manera efectiva y oportuna por las EPS o las entidades que hagan sus veces (...)."

Con el fin de facilitar su aplicación el Anexo 1 "Listado de Medicamentos financiados con recursos de la UPC", establece la clasificación de formas farmacéuticas, vía de administración, estado y forma de

³ Resolución 3512 de 2019. "(...) Que en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, las leyes que regulan el SGSSS, han previsto un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud, a través de un esquema de aseguramiento mediante la definición de los servicios y tecnologías de salud que se financian con recursos de la UPC, sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen la provisión de servicios y tecnologías en salud de manera individual, salvo que se defina su exclusión de ser financiados con recursos públicos asignados a la salud. (...)"

liberación del principio activo, para que sean tenidas en cuenta al momento de que las EPS o quien haga sus veces sean apliquen el listado de medicamentos financiados con recursos de la UPC.

De otra parte, es importante mencionar que el artículo 15 de la resolución en cita, prevé que las EPS o las entidades que hagan sus veces, directamente o a través de su red de prestadores de servicios deberán garantizar a sus afiliados el acceso efectivo a los servicios y tecnologías de salud con cargo a la UPC, con los recursos que reciben para tal efecto, en todas las etapas de atención, para todas las enfermedades y condiciones de salud, sin que los trámites administrativos que haya a lugar constituyan una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la salud.

2.5.2. 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.

Mediante el artículo 240 de la Ley 240 de la Ley 1955 de 2019⁴ se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

El Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley, reglamentó el mecanismo de presupuesto máximo por medio de las Resoluciones 205 y 206 de 17 de febrero 2020 y dispuso que entraría en aplicación a partir del 1 de marzo de 2020.

La nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por cuanto este mecanismo prevé que los recursos de los servicios y tecnologías no

⁴ **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.

PARÁGRAFO. Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

financiados por la Unidad de Pago por Capitación se giran con anterioridad a la prestación de los servicios.

En cuanto a los servicios y tecnologías que se encuentran financiados con cargo al presupuesto máximo, el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020 establece que *"...El presupuesto máximo trasferido a cada EPS o EOC financiará los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud que se encuentren autorizadas por autoridad competente del país, no se encuentren financiado por la UPC, ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones establecidas en el presente acto administrativo"*.

Se tiene entonces que, se consideran financiados con cargo al presupuesto máximo, los medicamentos, procedimientos, alimentos para propósitos médicos especiales – APME señalados expresamente en el artículo 5° de la referida resolución y los servicios complementarios suministrados en cumplimiento de órdenes judiciales.

Por su parte, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución 2067 de 2020, en concordancia con lo previsto en el artículo 14 de la Resolución 205 de 2020, durante los primeros días de cada mes, la ADRES realizará el giro a las EPS y EOC de los recursos que por concepto de presupuesto máximo les corresponda, con la finalidad de garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC que se presten a partir del 1° de marzo de 2020.

El Ministerio de Salud y Protección Social determinará el valor de los presupuestos máximos para la respectiva vigencia y el giro por concepto de presupuesto máximo se realizará mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria que la EPS o EOC hayan registrado ante la Dirección de Gestión de los Recursos Financieros de Salud de la ADRES.

Finalmente, el artículo 4 de la Resolución 205 de 2020 establece los deberes de las EPS o EOC para garantizar el acceso a los medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios financiados con cargo al presupuesto máximo, entre ellos se resaltan los siguientes:

1. Garantizar de forma integral los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la UPC como también el suministro de medicamentos, APME, procedimientos y servicios complementarios con cargo al presupuesto máximo.
2. La prestación de los servicios y tecnologías en salud debe ser garantizada de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua de acuerdo con el criterio del médico tratante, absteniéndose de limitar, restringir o afectar el acceso a los servicios y tecnologías en salud.
3. Las EPS y EOC deben administrar, organizar, gestionar y prestar directamente o a través de su red de prestadores de servicios el conjunto de servicios y tecnologías en salud financiados

con recursos de la UPC y el presupuesto máximo, considerando para el pago la respectiva fuente de financiación.

4. Realizar el seguimiento, monitoreo y auditoría a su red prestadora de servicios de salud para garantizar la atención integral de sus afiliados.
5. Garantizar todos los dispositivos o insumos médicos, necesarios e insustituibles para la prestación adecuada de los servicios de salud con cargo al presupuesto máximo.

2.5.3. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON LOS RECURSOS DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN – UPC Y CON EL PRESUPUESTO MÁXIMO.

El parágrafo del artículo 9 de la Resolución 205 de 2020 señaló que los servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo, continúan siendo garantizados por las EPS O EOC a los afiliados bajo el principio de integralidad de la atención y su liquidación, reconocimiento y pago, cuando proceda, se efectuará de acuerdo con un proceso de verificación y control dispuesto por la ADRES.

Como consecuencia de lo anterior, la Resolución 2152 de 2020 estableció el proceso de verificación, control y pago de algunos de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC ni con el presupuesto máximo, estos servicios se encuentran señalados en artículo 4 del citado acto administrativo de la siguiente manera:

(...)

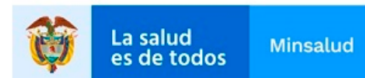
1. *Los medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y que no tengan establecido un valor de referencia.*
2. *Nuevas entidades químicas que no tengan alternativa terapéutica respecto a los medicamentos existentes en el país o que representen una alternativa terapéutica superior a una tecnología financiada con cargo a los presupuestos máximos.*
3. *El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo, conforme a lo establecido en los artículos 9 y 10 de la Resolución 205 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.*
4. *Los procedimientos en salud nuevos en el país.*

Por último, a partir del artículo 21 de la citada resolución, se encuentran los requisitos para la procedencia del pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con el presupuesto máximo, el proceso de calidad, la comunicación de los resultados, la objeción y subsanación del reporte generado, el giro de los recursos y los plazos establecidos para tal efecto.

3. CASO CONCRETO

3.1 ESTADO DE AFILIACIÓN DEL ACCIONANTE

Para determinar el estado de afiliación de la accionante se procede a revisar la Base de Datos Única del Afiliado-BDUA hallándose la siguiente información:



ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	37557077
NOMBRES	MARIA RITA
APELLIDOS	RIOS BOHORQUEZ
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/****
DEPARTAMENTO	SANTANDER
MUNICIPIO	FLORIDABLANCA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	RÉGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	NUEVA EPS S.A.	CONTRIBUTIVO	01/08/2008	31/12/2999	COTIZANTE

De acuerdo a lo anterior se tiene que la accionante, se encuentra en estado ACTIVO, por parte de NUEVA EPS, dentro del régimen contributivo, teniendo como municipio para la prestación de servicios de salud al municipio de Floridablanca - Santander.

3.2. DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Las entidades que hacen parte de la Red del Sistema de Salud de acuerdo con la normatividad tienen ciertas funciones sobre las que recaen diferentes actividades para que se realice en adecuada forma la prestación de los servicios de salud, es así como; primordialmente recae en las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud – EPS y/o en las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud – IPS, exclusivamente la prestación del servicio al afiliado y beneficiario; y complementariamente la ADRES realiza la administración de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Asimismo, la normativa anteriormente expuesta explica que, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se

produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

3.3. RESPECTO AL SERVICIO DE TRANSPORTE, ALOJAMIENTO Y HOSPEDAJE

En cuanto a la pretensión del accionante en el sentido de realizar los traslados por tratarse de tratamientos que requieren presencialidad y no virtualidad, se le informa a su H. Despacho, que la red de servicios de salud cuenta con unos criterios para tener en cuenta encaminados a prestar servicios de traslado, siempre y cuando así lo requiera el usuario por la patología o complejidad que le aqueja, criterios los cuales se expondrán más adelante.

CUARTO: Se está vulnerando mi derecho fundamental a la salud, se está viendo afectado, toda vez que algunas terapias que lleva mi médico tratante, se están llevando a cabo de manera virtual, cuando debería ser de manera presencial.

El artículo 121 de la Resolución 3512 de 2019 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, señala que los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen el traslado acuático, aéreo y terrestre ya fuera en ambulancia básica o medicalizadas en los siguientes casos:

1. *Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.*
2. *Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente, para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.*

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se financia el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

A su turno, el artículo 122 de la misma Resolución dispone que las EPS o las entidades que hagan sus veces *"deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios"*.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-032 de 2018 ha manifestado que en principio, el servicio de transporte a cargo de la EPS únicamente aplica en los anteriores casos, sin embargo en el desarrollo de su jurisprudencia ha sentado unas excepciones en las cuales las EPS deben asumir los gastos atinentes a dichos servicios pues esto permite el acceso a los servicios de salud, que en varias situaciones se encuentra vulnerado al no ser posible el traslado del paciente para recibir el tratamiento requerido.

Es así como el citado pronunciamiento de la alta Corporación menciona que da lugar la excepción cuando se configuran los siguientes requisitos: *"(...) que, (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario"*.

En lo que respecta en particular a la alimentación y alojamiento, la Sentencia de la Corte Constitucional T-101 de 2021 ha manifestado que:

["Esta Corporación ha señalado que estos dos elementos no constituyen servicios médicos. Por lo tanto, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, por regla general, los gastos de estadía deben ser asumidos por él. Sin embargo, esta Corte ha determinado que no es posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, razón por la que de manera excepcional ha ordenado su financiamiento. En consecuencia, se han establecido las siguientes subreglas para determinar la procedencia de estos servicios:

"i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la

atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.]

Mas adelante consagra lo siguiente:

["Respecto a estos servicios, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando:

"(i) se constate que el usuario es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento"; (ii) requiere de atención "permanente" para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado."

Finalmente, es necesario precisar que la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante deben ser constatados en el expediente. De este modo, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho. En caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente se entenderá probada"]

Debido a lo anterior, el Juez de tutela debe entrar a revisar el caso en particular, a través de un análisis probatorio, con el fin de verificar si el usuario y/o sus familiares cumplen con los requisitos señalados por la Alta Corporación y así, garantizar el goce efectivo del derecho de salud del afectado.

Finalmente, si su señoría considera que la EPS debe cubrir los gastos del servicio de transporte del accionante, es necesario reiterar que dicho servicio debe ser financiado por la Unidad de Pago de Capitación (UPC) de conformidad con el artículo 108 de la Resolución 2292 de 2021.

4. SOLICITUD

Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho **NEGAR** el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Por último, se implora al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías

que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Cordialmente,



JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO

Abogado

Oficina Asesora Jurídica

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Elaboró: Katherine Rueda