

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2023-00810-00

ACCIONANTE: LUISA FERNANDA ALAYÓN como agente oficiosa de **LUIS VICENTE
ALAYÓN PARDO**

ACCIONADAS: E.P.S. COMPENSAR
FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS

VINCULADAS: ADRES
AUDIFARMA S.A.
I.P.S. FISIORAD

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los diecinueve (19) días del mes de octubre del año dos mil veintitrés (2023) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **LUISA FERNANDA ALAYÓN** en calidad de agente oficiosa del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana, presuntamente vulnerados por la **EPS COMPENSAR** y la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**.

RESEÑA FÁCTICA

En lo que atañe al objeto de la acción de tutela, indica la accionante que, desde el 30 de agosto de 2023 el señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** estuvo hospitalizado en el **HOSPITAL SAN CARLOS**.

Que la IPS le indicó que iban a darle traslado a la casa para hacer hospitalización domiciliaria, por lo que en repetidas oportunidades pidió la solicitud hecha por el médico geriatra a la EPS y la respuesta dada por la EPS, pero no le fue entregado.

Que en reunión del 20 de septiembre de 2023 la trabajadora social se comprometió a entregar la *Tabla de Barthel*, pero no se la ha entregado.

Que el 23 de septiembre de 2023 solicitó la historia clínica, pero, a la fecha, no se le han entregado, bajo el argumento de que son datos confidenciales.

Que el 03 de octubre de 2023 le informaron que el paciente pasaría a urgencias, y que la EPS dejaría de pagar los servicios que le estaban prestando y que iniciarían un proceso jurídico.

Que ante esa presión decidieron aceptar *de manera obligada* la *hospitalización en casa*.

Que la nutricionista indicó que el paciente debía tener la nutrición, previo al traslado, pero al egreso únicamente le entregaron 4 bolsas.

Que el 04 de octubre de 2023 su hermano acudió a reclamar los bolos de alimentación en AUDIFARMA, pero cuando presentó el MIPRES le indicaron que estaba mal direccionado.

Que al paciente le ordenaron 6 medicamentos, de los cuales quedó pendiente la entrega de *Tamsulosina*, pues se le indicó que debía ser prescrita a través de un MIPRES.

Que el 04 de octubre de 2023 radicó una petición en el **HOSPITAL SAN CARLOS** solicitando la corrección del MIPRES de alimentación, y la generación del MIPRES del medicamento, pero a la fecha, no ha recibido respuesta.

Que a su hermano le entregaron las órdenes para las visitas domiciliarias de los especialistas encargados de apoyar la rehabilitación.

Que radicó dichos documentos en el sistema de atención domiciliaria *online* con el que cuenta la EPS, pero no ha recibido respuesta.

Que el paciente requiere pañales, debido a que no tiene control de esfínteres, ni se encuentra en las condiciones para ir al baño por sí mismo.

Que requiere un *cuidador*, ya que ella no puede estar en la casa por motivos de fuerza mayor, su hermano no puede encargarse sólo, y no tienen los recursos para pagar a un particular.

Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**: (i) enviarle las dos solicitudes de hospitalización que hizo el médico antes del 19 de septiembre de 2023, con las respuestas

dadas por la EPS, así como la *Tabla de Barthel* y la historia clínica; (ii) realizar la corrección del MIPRES del soporte nutricional, y emitir el MIPRES del medicamento *Tamsulosina*; y (iii) explicar por qué quería trasladar al paciente a urgencias siendo que no ameritaba su traslado.

Por otra parte, solicita se ordene a la **EPS COMPENSAR**: (i) explicar en qué norma se basó para *amenazar* con cobros jurídicos y con eliminación de dineros para la atención del paciente mientras estuvo hospitalizado; (ii) entregar la alimentación y el medicamento *Tamsulosina*; (iii) autorizar la visita de quien va a entrenar al cuidador y de los terapeutas; (iv) entregar los pañales; y (v) autorizar un cuidador para la *hospitalización en casa*.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

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

La vinculada allegó contestación el 09 de octubre de 2023, en la que manifiesta que es función de la EPS la prestación de los servicios de salud, por lo que la presunta vulneración se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad.

Que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizarles la atención, ni retrasarla de forma que pongan en riesgo su vida con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el PBS con cargo a la UPC.

Que cualquier pretensión relacionada con el *reembolso* de los gastos que realice la EPS es antijurídica, dado que en las Resoluciones 205 y 206 de 2020 se fijaron los presupuestos para que garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de servicios y tecnologías no financiados por la UPC.

Que ya giró a todas las EPS un presupuesto máximo para el suministro de los servicios no incluidos en el PBS, a efectos de suprimir los obstáculos que impedían el flujo de recursos y garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud.

E.P.S. COMPENSAR

La accionada allegó contestación el 10 de octubre de 2023, en la que manifiesta que el agenciado se encuentra afiliado en calidad de cotizante.

Que conforme a lo indicado por la Cohorte de Atención Domiciliaria, el paciente tuvo egreso hospitalario con órdenes médicas que no indican que el servicio de terapias sea en domicilio y que en la nota de la historia clínica se informa que la familia no aceptó el PHD, de manera que, al momento del egreso, las ordenes entregadas se hicieron en el ámbito ambulatorio.

Que, teniendo en cuenta la historia clínica del paciente, se solicitó a la **IPS FISIORAD**, realizar valoración médica en domicilio y validar si requería los servicios de apoyo terapéutico y el de auxiliar de enfermería para entrenamiento al cuidador.

Que el prestador comunicó que asistió a la valoración a domicilio y no fue atendido, pero ya le dio el visto bueno al prestador para la reprogramación de la atención domiciliaria.

Que el alimento ya se encuentra autorizado y se solicitó al proveedor que haga la entrega.

Que el medicamento *Tamsulosina cápsula de liberación prolongada 0.4 mg* se encuentra financiado con recursos de la UPC; sin embargo, no tiene indicación terapéutica avalada por el Invima para la patología.

Que los pañales desechables son una tecnología NO PBS que se tramita vía MIPRES según pertinencia médica, pero no se evidencian prescripciones en el aplicativo MIPRES al respecto.

Que el servicio de cuidador no corresponde a un servicio propio del ámbito de la salud, pues es responsabilidad de la familia, y no se evidencia orden médica sobre ese servicio.

Que no se evidencia que el núcleo cercano del paciente esté imposibilitado física y emocionalmente para asumir el rol de cuidador, ni se acredita la carencia de recursos.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS

El accionado allegó contestación el 10 de octubre de 2023, en la que manifiesta que ha valorado en una oportunidad al agenciado de manera hospitalaria con ingreso el 27 de agosto de 2023 y egreso el 03 de octubre de 2023.

Que el agenciado presenta diagnóstico de *Ataque cerebrovascular agudo isquémico en territorio de arteria cerebral media derecha*.

Que las peticiones elevadas por la accionante fueron atendidas desde el SIAU (Sistema de Información y Atención al Usuario) dentro del plazo previsto por la Ley 1755 de 2015.

Que no se pueden remitir las solicitudes de hospitalización que hizo el médico antes del 19 de septiembre de 2023, toda vez que dichos soportes, junto con la Tabla de Barthel, se encuentran dentro de la historia clínica del paciente.

Que se explicó a los familiares que debían dirigirse de manera presencial a la Torre B área de archivo, o a través de correo electrónico: historiasclinicas@fhsc.org.co, y solicitar la Historia Clínica del paciente, anexando los soportes correspondientes para acreditar el parentesco.

Que en reuniones del 20 de septiembre y 03 de octubre de 2023, los médicos tratantes, personal de la EPS, y personal de la IPS, le aclararon dudas a los familiares respecto al estado clínico del paciente y del Plan de Hospitalización Domiciliaria, pero se mostraron renuentes a la información suministrada.

Que frente a las prescripciones MIPRES, se dio respuesta a la accionante a través del SIAU.

AUDIFARMA S.A.

La vinculada allegó contestación el 18 de octubre de 2023, en la que manifiesta que el 04 de octubre de 2023 no fue posible entregar de manera inmediata el medicamento *Tamsulosina cápsula de liberación prolongada 0.4 mg*, debido a que no se disponía de unidades en inventario en el Centro de Atención Farmacéutico ubicado en la Av. Caracas, pero que el 13 de octubre de 2023 a través del CAF-Siena se realizó la entrega.

I.P.S. FISIORAD

La vinculada fue notificada de la acción de tutela el 12 de octubre de 2023 a las 13:13 p.m., a los correos electrónicos: fisioradips@gmail.com y fisiorad@fisiorad.com.co que aparecen como canal de notificación judicial en su certificado de existencia y representación legal¹ y en su página web²; y, se tuvo constancia de entrega el mismo día y hora; pese a ello, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¹ Archivo pdf 12RuesIPSFisiorad

² <https://fisiorad.com.co/fisiorad/>

Corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS** vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** al no entregarle a la agente oficiosa una copia de la historia clínica, no realizar la corrección del MIPRES de la nutrición, y no emitir el MIPRES del medicamento *Tamsulosina*?; y (ii) ¿La **EPS COMPENSAR** vulneró los derechos fundamentales, al no entregar al paciente la alimentación y el medicamento *Tamsulosina*, no autorizar la visita domiciliaria para entrenamiento del cuidador y para las terapias, y al no suministrarle los pañales desechables y el servicio de cuidador?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“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 (...)”*.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio*

público a cargo del Estado³. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERÍA, LA FIGURA DEL CUIDADOR Y EL DEBER DE SOLIDARIDAD

La reglamentación en materia de salud⁴ señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

La Resolución 244 de 2019 establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; por lo tanto, se

³ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

⁴ Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

Frente a la prestación de servicios domiciliarios, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos categorías diferentes de cara a la protección del derecho a la dignidad humana de los pacientes, a saber, los servicios de enfermería y los de cuidador. Los primeros, orientados a asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos dirigidos a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

De conformidad con la sentencia T-423 de 2019, el servicio domiciliario de **enfermería** es un servicio incluido en el PBS que debe ser brindado por la E.P.S. siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

*“i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y
(ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos”*

No obstante, la figura del **cuidador** no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en la mencionada resolución, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de esta figura, que ha sido entendida como un *“servicio o tecnología complementaria”*.⁵ Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

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

⁵ Conforme a lo señalado en la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

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

Hechas las anteriores precisiones, resulta necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional para determinar cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador, y en qué casos es viable conceder el reconocimiento de esta figura en sede de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-423 de 2019 indicó sus principales características en los siguientes términos:

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

Sobre el particular en la Sentencia T-096 de 2016 la Corte determinó que las funciones propias del cuidador *“no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”*.

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

Tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata⁶.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del

⁶ Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia.

De ahí que la Sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana 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, y (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. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

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

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

Se subraya que para efectos de consolidar la ‘imposibilidad material’ referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”

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

Corolario de lo anteriormente expuesto se tiene que, conforme lo dejó plasmado la Corte Constitucional en la sentencia T-423 de 2019, las atenciones especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que i) en tratándose de la modalidad de **enfermería** debe mediar orden médica proferida por el profesional de la salud, pues el juez de tutela no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y ii) cuando las condiciones particulares del paciente lo exijan podrá acudir a la

figura del *cuidador*, servicio que en principio debe ser garantizado por su núcleo familiar, salvo que el mismo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, caso en el cual es obligación del Estado suplir dicha falencia, incluso sin existir orden médica, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

EL MODELO DE EXCLUSIONES EXPRESAS PREVISTO EN LA LEY 1751 DE 2015 FRENTE A LA PRESTACIÓN Y SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD

En la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte Constitucional se encargó de establecer las diferencias entre el modelo *POS* previsto en la Ley 100 de 1993 y el *PBS* de que trata la Ley 1751 de 2015, resaltando que, la más importante de ellas corresponde al cambio de modelo que, en materia de suministro de servicios y tecnologías en salud, prevé uno y otro. El primero, se rige por un sistema de inclusión y exclusión expresa, al cual la jurisprudencia añadió la categoría de *inclusiones implícitas*; mientras que el segundo, que es el que está vigente, se rige por un sistema de exclusiones explícitas en el cual *“todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido”*.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece tanto una regla general de inclusión de servicios y tecnologías, como una restricción al derecho fundamental a la salud al señalar que ciertos servicios y tecnologías no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud; ello con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema.

Para la Corte Constitucional, dicha restricción es constitucional en tanto la misma está condicionada al cumplimiento de tres requisitos, a saber:

1. Las exclusiones deben corresponder a alguno de los criterios fijados por el legislador, esto es:

- “a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) que se encuentren en fase de experimentación y,*
- f) que tengan que ser prestados en el exterior.”⁷*

2. Los criterios deben concretarse en una lista de exclusiones, para lo cual, el inciso 3 del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Ministerio de Salud deberá excluir expresamente los servicios y tecnologías que se adecúen a alguno de los anteriores criterios enunciados mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En la actualidad, los servicios y tecnologías en

⁷ Artículo 15 Ley 1751 de 2015

salud excluidos de financiación con recursos públicos, se encuentran contenidas en Resolución 244 de 2019.

3. Debe hacerse una verificación de cada caso, a efectos de determinar la posibilidad de excepcionar la aplicación de las exclusiones explícitas, a partir del cumplimiento de las siguientes reglas jurisprudenciales:

“(i) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

“(ii) Que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

“(iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

“(iv) Que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido 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.”

Ahora bien, establecido el sistema de exclusiones explícitas contenido en la Ley Estatutaria, la Corte precisó que, el inciso 1 del artículo 15, prevé como regla general la *inclusión* de los diversos servicios y tecnologías en salud, en aplicación de los principios de integralidad y progresividad, de manera que *“a) se entenderá que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido taxativamente del PBS, está incluido y; b) el Gobierno Nacional tienen la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud”*.

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

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

Sin embargo, en el evento de efectuarse la solicitud de amparo sin que exista orden médica que respalde la petición, el Juez de tutela puede: *“i) ordenar el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordenar a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto”.*

Así las cosas, la Corte Constitucional recalcó que, aun cuando los **pañales**, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, sillas de ruedas de impulso manual, guantes, sondas, gastos de transporte y el servicio de enfermería no curan las causas de la enfermedad, lo cierto es que sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna.

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

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

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

(i) **Si existe prescripción médica** de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente, por cuanto no es constitucionalmente

admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el PBS que sea formulada por el médico tratante, en ninguna circunstancia.

(ii) **Si no existe prescripción médica** al respecto:

- a) El Juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su *necesidad* (hecho notorio) dada la falta del control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra. En este caso, tal determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud.
- b) Si no hay orden médica y tampoco pruebas que reflejen la necesidad del suministro de los pañales (hecho notorio), en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de *diagnóstico*; esto es, el Juez constitucional podrá ordenar a la EPS que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar los pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

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

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela, en principio, *“pierde su razón de ser cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados es superada o finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo”*⁸. En estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado pues ante la ausencia de supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión se convertiría en ineficaz⁹.

En efecto, si lo que el amparo constitucional busca es ordenar a una autoridad pública o un particular que actúe o deje de hacerlo, y *“previamente al pronunciamiento del juez de tutela,*

⁸ Sentencia T-970 de 2014.

⁹ Sentencias T-588A de 2014, T-653 de 2013, T-856 de 2012, T-905 de 2011, T-622 de 2010, T-634 de 2009, T-449 de 2008, T-267 de 2008, T-167 de 2008, T-856 de 2007 y T-253 de 2004.

*sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales*¹⁰. En otras palabras, ya no existirían circunstancias reales que materialicen la decisión del juez de tutela.

En ese orden, la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría de la carencia actual de objeto como una alternativa para que los pronunciamientos no se tornen inocuos, y ha aclarado que el fenómeno se produce cuando ocurren dos situaciones específicas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

Con relación a la categoría de carencia actual de objeto por hecho superado, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 lo reglamenta en los siguientes términos: *“Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”*.

La Corte Constitucional ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que la carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado¹¹. En efecto, si la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, cuando la perturbación que dio origen a la acción desaparece o es superada, el peticionario carece de interés jurídico ya que dejan de existir el sentido y objeto del amparo.

Luego, al desaparecer el hecho que presuntamente amenaza o vulnera los derechos de un ciudadano, carece de sentido que el juez profiera órdenes que no conducen a la protección de los derechos de las personas. Así, cuando el hecho vulnerador desaparece se extingue el objeto actual del pronunciamiento, haciendo inocuo un fallo de fondo¹².

En síntesis, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del actor a partir de una conducta desplegada por el transgresor. En otras palabras, la omisión o acción reprochada por el accionante, ya fue superada por parte del accionado.

Cuando se presenta ese fenómeno, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo, solo cuando estime necesario *“hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes*¹³. De cualquier modo, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que en

¹⁰ Sentencia T-168 de 2008.

¹¹ Sentencias T-267 de 2008, T-576 de 2008, T-091 de 2009, T-927 de 2013, T-098 de 2016, T-378 de 2016 y T-218 de 2017.

¹² Sentencia T-070 de 2018.

¹³ Sentencia T-890 de 2013.

la sentencia se demuestre la reparación del derecho antes de la aprobación del fallo, es decir, que se demuestre el hecho superado¹⁴¹⁵.

CASO CONCRETO

La señora **LUISA FERNANDA ALAYÓN**, en calidad de agente oficiosa de **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, interpone acción de tutela con el fin de que se amparen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por parte de la **E.P.S. FAMISANAR** y de la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente, que el señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** está afiliado a la **E.P.S. COMPENSAR** en calidad de cotizante y que presenta diagnóstico de *“Ataque cerebrovascular agudo isquémico en territorio de arteria cerebral media derecha.”*

Establecido lo anterior, y de cara a la solución de los problemas jurídicos planteados, se abordará cada una de las pretensiones de la acción de tutela.

i. Entrega de la historia clínica del agenciado:

Solicita la accionante que se ordene a la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**: enviarle las dos solicitudes de hospitalización que hizo el médico antes del 19 de septiembre de 2023, con las respuestas dadas por la EPS; así como la *Tabla de Barthel* que, aduce, la IPS se comprometió a entregarle, y la historia clínica del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, solicitada el 23 de septiembre de 2023.

Al contestar la acción de tutela, el **HOSPITAL SAN CARLOS** señaló que no podía remitir los documentos requeridos por la accionante, toda vez que se encuentran dentro de la historia clínica del paciente, la cual goza de reserva legal, por lo que la familiar debe hacer la solicitud formal al área de archivo ubicado en el segundo piso de la Torre B y/o a través de correo electrónico: historiasclinicas@fhsc.org.co, adjuntando los documentos que prueben el grado de parentesco con el paciente.

Agregó, que, siguiendo protocolos institucionales y la normatividad legal vigente, tal documento sólo puede ser entregado al paciente directamente y/o familiares en primer grado de consanguinidad: cónyuge, hijos, padres; o hermanos en caso de no existir padres, ni hijos, ni cónyuge, aportando la respectiva declaración juramentada.

¹⁴ Sentencias SU-225 de 2013, T-856 de 2012, T-035 de 2011, T-1027 de 2010, T-170 de 2009 y T-515 de 2007.

¹⁵ Sentencia T-970 de 2014.

Frente a ello, la accionante señala que el 23 de septiembre de 2023 solicitó la historia clínica del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, pero que la fecha no le ha sido remitida, bajo el argumento de contener *datos confidenciales*. Como soporte, remitió el correo electrónico en el que se solicitó dicha documentación¹⁶; empero, no se observa que se haya acompañado la *prueba del parentesco* que ostenta respecto del paciente, como lo solicita la IPS.

Conforme a la Sentencia T-837 de 2008, la exigencia realizada por la IPS es acorde a derecho pues, la jurisprudencia constitucional ha establecido que para acceder a la entrega de la historia clínica a los familiares de un paciente *fallecido o en un estado de incapacidad física o mental que les impida dar la correspondiente autorización*, deben cumplirse los siguientes requisitos:

“a) La persona que eleva la solicitud deberá demostrar que el paciente ha fallecido (o que se encuentra en ese estado de incapacidad).

b) El interesado deberá acreditar la condición de padre, madre, hijo o hija, cónyuge o compañero o compañera permanente en relación con el titular de la historia clínica, ya que la regla aquí establecida sólo es predicable de los familiares más próximos del paciente. Para el efecto, el familiar deberá allegar la documentación que demuestre la relación de parentesco con el difunto, por ejemplo, a través de la copia del registro civil de nacimiento o de matrimonio según sea el caso.

c) El peticionario deberá expresar las razones por las cuales demanda el conocimiento de dicho documento, sin que, en todo caso, la entidad de salud o la autorizada para expedir el documento pueda negar la solicitud por no encontrarse conforme con dichas razones. (...)

d) Finalmente (...) quien acceda a la información de la historia clínica del paciente por esta vía no podrá hacerla pública, ya que el respeto por el derecho a la intimidad familiar de sus parientes exige que esa información se mantenga reservada y alejada del conocimiento general de la sociedad. (...).

Acreditado el cumplimiento de estos requisitos, la institución prestadora de servicios de salud o, de manera general, la autoridad médica que corresponda, estará en la obligación de entregarle al familiar que lo solicita, copia de la historia clínica del difunto sin que pueda oponerse para acceder a dicho documento el carácter reservado del mismo” (Subrayas fuera del texto)

En ese orden, como la accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención de la historia clínica del agenciado, donde se encuentran todos los datos solicitados en la acción de tutela, no se puede endilgar omisión injustificada o negligencia a la IPS en el suministro de ese documento y, por ende, no se logra constatar la vulneración *iusfundamental* alegada, por lo que se **negará** el amparo.

ii. Suministro de soporte nutricional y entrega de medicamento:

¹⁶ Página 25 del archivo pdf 01AccionTutela

Solicita la accionante que se ordene a la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS** corregir el MIPRES correspondiente a la nutrición; y que se ordene a la **EPS COMPENSAR** enviar la alimentación a su domicilio.

Lo anterior, según los hechos, debido a que, al reclamar los bolos alimenticios ordenados al señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, se le indicó que el MIPRES estaba mal dirigido, pues tenía que estar direccionado a la **EPS COMPENSAR**.

Al respecto, se evidencia que en comunicaciones del 06, 08 y 09 de octubre de 2023¹⁷, el **HOSPITAL SAN CARLOS** le informó a la accionante que el 17 de septiembre de 2023 a través del área de nutrición clínica, se generó un MIPRES inicial, ante la contingencia del hackeo de las aplicaciones del Ministerio de Salud, el cual se envió a la **EPS COMPENSAR** y se entregó a la familiar del paciente; empero, como no había respuesta de la EPS para transcripción y aceptación de la fórmula nutricional, el 29 de septiembre de 2023 se procedió a realizar de nuevo el MIPRES en la plataforma que ya estaba funcionando con normalidad.

Igualmente, le precisó que en ningún formato MIPRES se encuentra el campo de la EPS, únicamente el régimen al que pertenece el paciente, motivo por el cual no se realizaba ninguna corrección, máxime cuando ya existía autorización de la fórmula por parte de la EPS.

Como sustento de las anteriores afirmaciones, el Despacho avizora que, en memorial del 12 de octubre de 2023, la accionante aportó, entre otros documentos, el MIPRES con número de prescripción 20230929185036880047 del 29 de septiembre de 2023, que le fue enviado por la IPS, para el siguiente producto nutricional¹⁸:

PRODUCTOS NUTRICIONALES								
Tipo de Prestación	Producto de soporte Nutricional/ Forma	Dosis	Vía Administración	Frecuencia Administración	Indicaciones Especiales	Duración Tratamiento	Recomendaciones	Cantidades Farmacéuticas Nro / Letras / Unidad Farmacéutica
SUCESIVA	DENSIDAD CALÓRICA - 1 A 2 KCAL/ML- FRESUBIN HP ENERGY LÍQUIDO 1000 ML / EASYBAG	210 MILILITRO(S) - ML	SONDA	4 HORA(S)	ADMINISTRAR EN BOLO	30 DÍA(S)	FRESUBIN HP EASYBAG 6 BOLOS DE 210 CC HORARIO: 7 AM, 10 AM, 1 PM, 4 PM, 7 PM, 10 PM POR GASTROSTOMIA	38/TREINTA Y OCHO /EASYBAG

De otro lado, la accionante pretende que se ordene al **HOSPITAL SAN CARLOS** emitir el MIPRES del medicamento *Tamsulosina*, y a la **EPS COMPENSAR** hacer entrega en el domicilio del agenciado.

Al respecto, se avizora copia de la orden médica emitida por el médico geriatra, Dr. Andres Felipe Camacho Niño, el 03 de octubre de 2023, en los siguientes términos¹⁹:

¹⁷ Páginas 18 a 24 del archivo pdf 10ContestacionHospital

¹⁸ Página 17 del archivo pdf 11AdicionAccionTutela

¹⁹ Página 16 ibidem

NOMBRE DEL MEDICAMENTO / CONCENTRACIÓN / FORMA FARMACÉUTICA	DOSIS	FRECUENCIA	VIA	CANT NUMERO	CANT LETRA	DURACIÓN TRATAMIENTO
TAMSULOSINA TABLETAS X 0.4 MG O 4 MG	0.4 mg	Cada 24 horas	Vía oral	30	Treinta	30 días

No obstante lo anterior, la accionante refiere que el medicamento no fue entregado, bajo el argumento que debía ser prescrito a través de un MIPRES.

Al contestar la acción de tutela, la **EPS COMPENSAR** señaló que el medicamento *Tamsulosina cápsula de liberación prolongada 0.4 MG* se encuentra financiado con recursos de la UPC, pero que no tiene indicación terapéutica avalada por el Invima para la patología: *Enfermedad cerebrovascular no específica*.

Sin embargo, en memorial del 12 de octubre de 2023, la señora **LUISA FERNANDA ALAYÓN** informó que el 11 de octubre de 2023 la EPS le confirmó, a través de correo electrónico, que el medicamento se encontraba autorizado con No. 232844470599619 y que podía acercarse a **AUDIFARMA** para reclamarlo²⁰.

De conformidad con lo anterior, mediante Auto del 12 de octubre de 2023 se requirió a la **EPS COMPENSAR**, a efectos de que informara si ya se había suministrado al señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** el soporte nutricional precrito a través del MIPRES del 29 de septiembre de 2023 y el medicamento *Tamsulosina 0.4 mg Tableta*.

En respuesta a dicho requerimiento, la **EPS COMPENSAR** allegó memorial el 13 de octubre de 2023, informando que el medicamento cuenta con autorización No. 232844470599619 y que la nutrición *FRESUBIN HPENERGY LIQUIDO EASYBAG 1000 ML* cuenta con autorización No. 23282602959223, las cuales se enviaron al correo electrónico de la accionante para que se acercara a reclamarlos al proveedor **AUDIFARMA**, adjuntando una copia de dichas comunicaciones²¹.

En memorial del 13 de octubre de 2023 la accionante aceptó haber recibido las dos autorizaciones y, adicionalmente, manifestó que, ese mismo día reclamó el medicamento *Tamsulosina*²²; circunstancia fue corroborada por **AUDIFARMA** al contestar la acción de tutela, adjuntando el soporte de la entrega en la cantidad ordenada por el médico tratante²³.

²⁰ Página 11 del archivo pdf 11AdicionAccionTutela

²¹ Páginas 4 y 5 del archivo pdf 17AtiendeRequerimientoEPSCompensar

²² Página 7 del archivo pdf 18AdicionAccionTutela

²³ Página 5 del archivo pdf 23ContestacionAudifarma

Frente al producto nutricional, en memorial del 17 de octubre de 2023, la accionante indicó que había preguntado en una de las sedes de **AUDIFARMA**, donde se le señaló que la entrega del insumo se hacía en una sede ubicada en la Avenida Boyacá.

Bajo el anterior panorama, se advierte que la situación fáctica sobre la cual se podía pronunciar el Despacho ha desaparecido, pues el hecho vulnerador de los derechos fundamentales fue superado, y las pretensiones de la accionante ya se encuentran satisfechas, en tanto que está acreditada la entrega del medicamento, así como la autorización del producto nutricional y la indicación de la Sede en la cual le será entregado.

En ese sentido, la acción de tutela pierde eficacia e inmediatez y, por ende, su justificación constitucional, por lo que habrá de declararse la carencia actual de objeto por **hecho superado** respecto de estas pretensiones.

iii. Autorización de apoyo terapéutico, entrenamiento de cuidador y suministro de pañales desechables:

Solicita la accionante que se ordene a la **EPS COMPENSAR** autorizar la visita de la *persona* que debe ir al domicilio a explicar el cuidado del agenciado, así como la visita de los especialistas que deben realizarle *las terapias* y el suministro de pañales.

Al respecto, lo primero que debe indicarse es que, con la acción de tutela no se aportó ninguna orden médica que prescriba los servicios requeridos, y la actora tampoco especifica de qué terapias se trata, ni cuál es su cantidad y periodicidad.

En este punto, es menester resaltar que, obra una Solicitud de Plan de Atención Domiciliaria, expedida por el médico Oscar Eduardo Beltrán Constain, el 28 de septiembre de 2023, en la que se *propone* el siguiente plan²⁴:

*“Enfermera 6 horas por 10 días para entrenamiento con el objetivo de manejar sonda de gastrostomía, entrenamiento a familiares en cuidado básico.
TERAPIA FONOAUDIOLÓGICA 3 SESIONES POR SEMANA
TERAPIA OCUPACIONAL 3 SESIONES POR SEMANA
TERAPIA FÍSICA 3 SESIONES POR SEMANA
VALORACIÓN MÉDICO GENERAL 1 VEZ AL MES
VALORACIÓN POR NUTRICIÓN 1 VEZ AL MES”*

Sin embargo, el anterior documento no corresponde a una orden médica sino a una propuesta de plan de manejo, y, además, en el mismo se señala que los familiares del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** *“no aceptaron el plan domiciliario propuesto por limitantes en el cuidado del paciente en casa”*, situación que fue igualmente corroborada por el

²⁴ Página 10 del archivo pdf 01AccionTutela

HOSPITAL SAN CARLOS y por la **EPS COMPENSAR** al contestar la acción de tutela, y documentada por el área de trabajo social de esa IPS en las actas de reuniones sostenidas con los familiares del paciente los días 20 de septiembre y 03 de octubre de 2023²⁵.

En vista de lo anterior, la **EPS COMPENSAR** informó que le programó al agenciado una cita de valoración médica domiciliaria, a través de la **IPS FISIORAD**, a efectos de validar si requería los servicios de apoyo terapéutico y de auxiliar de enfermería para entrenamiento al curador.

Según lo informado por las partes en memoriales del 17 y 18 de octubre de 2023, dicha valoración tuvo lugar el 14 de octubre de 2023, por parte del médico general Marvin Clarence Celestino Caballero, quien, de acuerdo con la historia clínica aportada por la **EPS COMPENSAR**, determinó lo siguiente²⁶:

“PACIENTE ADULTO MAYOR CON ANTECEDENTES E HISTORIA CLINICA DESCRITOS, EN CONTEXTO DE HOSPITALIZACION RECIENTE POR ACV, POSTERIOR A ESTE EVENTO CON DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL, SE VALORA EN COMPAÑIA DE CUIDADOR (NIETO), PARA DETERMINAR INGRESO A PROGRAMA DOMICILIARIO, PACIENTE CON DEPENDENCIA PARA LA REALIZACION DE ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA, BARTHEL 0, USUARIO CON SONDA DE GASTROSTOMIA (...)

CONSIDERO PACIENTE SE BENEFICIARIA DE INGRESO A PROGRAMA DOMICILIARIO CRONICO TENIENDO EN CUENTA LO PREVIAMENTE DESCRITO (...).

REQUIERE CONTROL POR MEDICINA GENERAL DOMICILIARIA MENSUAL. MANEJO POR TERAPIA FISICA, FONOAUDIOLOGIA DOMICILIARIA. DE ACUERDO A LO REVISADO, NO INDICACION DE ENFERMERIA DE FORMA PERMANENTE, PERO SI REQUIERE ENFERMERIA PARA ACTIVIDADES PUNTUALES, COMO CUIDADO DE SONDA DE GASTROSTOMIA. (...)”

Y, en consecuencia, ordenó como plan de tratamiento:

*“1. INGRESO A PROGRAMA CRÓNICO DOMICILIARIO - PLAN DE MANTENIMIENTO - VISITA MEDICINA GENERAL MENSUAL.
(...)”*

NO POS (...)

*MIPRES DE PAÑALES 14/10/2023, **FORMULA PARA 3 MESES, PAÑAL TALLA M 4 CAMBIOS POR DIA.***

4. MANEJO INTEGRAL

*- **TERAPIA FISICA DOMICILIARIA 2 SEMANALES 8 AL MES.***

*- **TERAPIA POR FONOAUDIOLOGIA DOMICILIARIA 2 SEMANALES 8 AL MES.***

5. VALORACIONES

ENFERMERIA PARA ACTIVIDADES PUNTUALES (VESICAL Y GASTROSTOMIA), PARA CAMBIO DE SONDA VESICAL CADA 20 DIAS, ULTIMO CAMBIO DE SONDA 19/09/2023. SE SOLICITA DAR PRIORIDAD AL CAMBIO DE SONDA. EDUCACION EN MOVILIZACION DE PACIENTE. (...) (Negrillas fuera del texto)

²⁵ Páginas 10 a 13 del archivo pdf 10ContestacionHospital

²⁶ Páginas 4 a 8 del archivo pdf 22ContestacionCompensar

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, producto de la valoración médica domiciliaria del 14 de octubre de 2023, al agenciado se le prescribieron los siguientes servicios médicos: (i) pañales talla M por 3 meses para 4 cambios por día; (ii) 8 terapias físicas y 8 de fonología al mes, todas domiciliarias; y (iii) Enfermera para cambio de sonda vesical cada 20 días y para educación en movilización del paciente.

En ese orden, resulta evidente que, al momento de la presentación de la acción de tutela, no existía orden médica que dispusiera el suministro de terapias, entrenamiento, ni pañales desechables. Por el contrario, lo que se observa es, que la necesidad de los mismos tan solo fue decidida en la valoración del 14 de octubre de 2023, la cual fue agendada por parte de la **EPS COMPENSAR** ante las manifestaciones elevadas en la acción de tutela.

Sin embargo, de esta última circunstancia no es dable concluir alguna amenaza o vulneración a las garantías *iusfundamentales* del agenciado, como quiera que entre la fecha de tales órdenes y la de esta sentencia han transcurrido 3 días hábiles, lapso que no permite advertir alguna dilación o mora injustificada de la **EPS COMPENSAR** en la autorización o suministro.

En consecuencia, al no encontrar frente a estas pretensiones, la ocurrencia de alguna conducta atribuible a la **EPS COMPENSAR** que trasgreda las garantías constitucionales del señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, siendo este un presupuesto necesario "*de orden lógico-jurídico*" para que haya lugar a la protección constitucional, es por lo que habrá de **negarse** el amparo.

iv. Autorización de cuidador:

Solicita la accionante que se ordene a la **EPS COMPENSAR** autorizar a un cuidador para bañar, cambiar y mover de lugar al agenciado. Respecto de este pedimento, debe decirse, tampoco obra orden médica dentro del expediente.

En ese orden, y conforme a la jurisprudencia constitucional, la diferencia entre las figuras de enfermera y cuidador radica en el principio de solidaridad que se pregona principalmente de los familiares del paciente; y que, en casos excepcionalísimos en los cuales éstos no tengan la capacidad física, psíquica, emocional o financiera para asumir dicha carga se hace necesario trasladar dicha obligación al Estado, por lo que, eventualmente, el Juez puede ordenar a la EPS suministrar este servicio, aún sin mediar orden médica, en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Así las cosas, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: **(i)** exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y **(ii)** la ayuda como

cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una *imposibilidad material* para hacerlo.

La *imposibilidad material* se acredita cuando el núcleo familiar: **(i)** no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por a) falta de aptitud por la edad o por una enfermedad, o b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos 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.

Hechas las anteriores precisiones, es menester analizar si en este caso se cumple o no con las reglas jurisprudenciales descritas, para el suministro a cargo de la **EPS COMPENSAR** del servicio de cuidador al señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**.

De acuerdo con lo informado por el **HOSPITAL SAN CARLOS** al contestar la acción de tutela, y de la lectura de la historia clínica del 14 de octubre de 2023, se constata que el agenciado tiene una *Escala de Barthel* de 0/100, lo que se traduce en una dependencia funcional total para la realización de actividades de la vida diaria. Ello evidencia la necesidad del agenciado de recibir el servicio de cuidador, teniendo en cuenta sus necesidades especiales, con lo que se acredita el primer supuesto previsto por la jurisprudencia.

Sin embargo, considera el Despacho que, en el presente asunto, no se cumple el segundo requisito, referente a la *imposibilidad material* del núcleo familiar para brindar el cuidado que requiere al paciente, por las siguientes razones:

En primer lugar, en lo que atañe a los dos primeros supuestos relativos a la capacidad física para prestar las atenciones requeridas por el paciente y la posibilidad de brindar a sus parientes la capacitación adecuada para su atención, se tiene que, en la misma historia clínica del 14 de octubre de 2023, el médico tratante indicó que el paciente “*vive con nieto de 30 años y hermana de 38 años*”²⁷, circunstancia que se corrobora con la información plasmada por el área de trabajo social del **HOSPITAL SAN CARLOS** en las actas del 20 de septiembre y 03 de octubre de 2023, así como con las manifestaciones expresadas por la accionante en el escrito de tutela y en los diversos memoriales aportados durante el trámite constitucional.

Ahora, si bien la accionante refirió que ella no puede estar en la casa “*por motivos de fuerza mayor*”, por lo que su hermano es quien acompaña al agenciado, pero no puede bañarlo y cambiarlo él solo, y que no tienen los recursos para pagarle a un particular; lo cierto es que no se aportó prueba siquiera sumaria que acredite dichas afirmaciones, o que dé cuenta de

²⁷ Página 5 del archivo pdf 22ContestacionCompensar

alguna situación especial por la que ellos se encuentren imposibilitados para asumir el cuidado del agenciado, v. gr., su edad, alguna patología, o el suplir otras obligaciones.

Tampoco está demostrado que sea imposible brindar a la accionante y a su hermano, la capacitación para la atención y el cuidado en el desarrollo de las actividades cotidianas.

Finalmente, respecto de la ausencia de recursos económicos para asumir el costo del servicio, se tiene que la **EPS COMPENSAR** en su contestación manifestó que el agenciado está afiliado como **cotizante** del Régimen Contributivo, circunstancia de la cual se infiere que cuenta con los medios para cubrir sus gastos de subsistencia y sus atenciones en salud. Adicionalmente, en el Acta del 03 de octubre de 2023, la trabajadora social del **HOSPITAL SAN CARLOS** registró que el señor **ALAYÓN PARDO** es una *“persona adulta mayor que cuenta con capacidad económica (pensión, bien inmueble) para el cubrimiento de sus necesidades básicas y continuar manejo ambulatorio”*²⁸. Por lo anterior, no se acredita este ítem.

Por otra parte, según los datos registrados en la historia clínica del 14 de octubre de 2023, el señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, además de la accionante y de su hermano, tiene hijos que están fuera del país, por lo que en unos y otros recae el deber de solidaridad, cuidado y protección, en observancia de los parámetros jurisprudenciales ya expuestos, sin que se haya aportado prueba que acredite que aquellos no cuentan con los medios económicos o que estén en imposibilidad material para brindar el apoyo que requiere su padre.

Por lo anterior, el Despacho no encuentra que el señor **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO** y su entorno familiar cumplan los criterios necesarios para que el deber de cuidado y atención, derivado del principio de solidaridad e inherente a su entorno cercano, sea trasladado al Estado, razón por la cual, no se accederá a la petición del servicio de cuidador.

Finalmente, la accionante solicita que se ordene a la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS** explicar por qué quería enviar a Urgencias al agenciado si no tenía situación que lo ameritara; y a la **EPS COMPENSAR** explicar bajo en qué norma se basó para *amenazar* con cobros jurídicos y con eliminación de dineros para la atención del agenciado mientras estuvo hospitalizado. Sin embargo, dichas pretensiones resultan improcedentes, pues, no solo no se relacionan con la vulneración *iusfundamental* precisa y concreta alegada en el escrito de tutela, sino que, además, son inquietudes que la parte actora puede resolver directamente con esas entidades a través del ejercicio del derecho de petición.

Se desvinculará a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

²⁸ Página 11 del archivo pdf 10ContestacionHospital

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO** dentro de la acción de tutela de **LUISA FERNANDA ALAYÓN**, en calidad de agente oficiosa de **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, en contra de la **E.P.S. COMPENSAR** y de la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**, respecto de la autorización y suministro del medicamento *Tamsulosina 0.4 mg Tableta* y del producto nutricional *FRESUBIN HP EASYBAG 6 BOLOS DE 210 CC. Cantidad: 38 Easybag*, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud dentro de la acción de tutela de **LUISA FERNANDA ALAYÓN**, en calidad de agente oficiosa de **LUIS VICENTE ALAYÓN PARDO**, en contra de la **E.P.S. COMPENSAR** y de la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS**, donde fueron vinculadas **AUDIFARMA S.A.** y la **I.P.S. FISIORAD**, frente a las restantes pretensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: DESVINCULAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión. Una vez sea devuelta de la Corte Constitucional, tras haber sido excluida de revisión, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ