

Sentencia T-880/09

LEGITIMACION POR ACTIVA

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Doble connotación jurídica

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Condición programática tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo/**DERECHO A LA SALUD**-Fundamental por transmutación en derecho subjetivo o por conexidad

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

COMITE TECNICO CIENTIFICO Y MEDICO TRATANTE-Prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren fundamentabilidad respecto del paciente, por ser determinadas con criterio científico objetivo para proteger el derecho a la salud

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Reglamentación y organización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principios de integralidad, continuidad y confianza legítima

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance y contenido

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Alcance

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN MATERIA DE SALUD-Concepto y aplicación

ACCION DE TUTELA-Autorización del examen de endoscopia digestiva superior con dilatación neumática

Referencia: expediente T-2.332.332.

Demandante: Beatriz Elena Quintero

Demandado: Comfenalco E.P.S-S y
Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado lo siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, Antioquia, en el trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la señora Beatriz Elena Quintero contra Comfenalco E.P.S.-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud.

El 19 de marzo de 2009, la señora Beatriz Elena Quintero, promovió acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, que, según afirma, vienen siendo vulnerados por COMFENALCO E.P.S.-S y la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, al habersele negado el tratamiento médico integral que requiere, como parte del proceso postoperatorio, derivados de la práctica de una cirugía de bypass gástrico por laparoscopia a la que fue sometida.

2. Reseña Fáctica.

2.1. La señora Beatriz Elena Quintero, quien actualmente cuenta con 50 años de edad, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado, a través de Comfenalco E.P.S.-S, y registrada en la base de datos del Sisbén del Municipio de Medellín, Antioquia, en el nivel 2.

2.2. Afirma la accionante, que debido al aumento progresivo de peso que padece desde hace varios años, consultó con su médico tratante, quien luego de efectuar un riguroso estudio del caso, le diagnosticó *obesidad mórbida* y la remitió a *valoración y manejo por grupo de cirugía bariátrica*.

2.3. Por tanto, la accionante le solicitó a COMFENALCO E.P.S-S y la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA, la autorización de dicho servicio, el cual le fue negado por encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud. En consecuencia, presentó una primera acción de tutela en contra de dichas entidades, cuyo conocimiento le correspondió al Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, quien para proteger su derecho a la salud, concedió el amparo invocado y ordenó la valoración médica.

2.4. En cumplimiento de la orden judicial, la señora Beatriz Elena Quintero, fue evaluada por el Doctor Juan Carlos Góngora Arango, especialista en cirugía bariátrica, y adscrito a la red de prestación de servicios de salud del Departamento de Antioquia. En dicha oportunidad, se confirmó el diagnóstico de *obesidad mórbida* de la paciente y se ordenó la práctica de una cirugía de *Bypass gástrico por laparoscopia*.

2.5. Posteriormente, el 9 de octubre de 2008, la actora acudió a consulta con la nutricionista dietista, la cual le prescribió los medicamentos *Nutren Diabetes y Modulo de Proteína*, como parte del tratamiento *pre-quirúrgico bypass gástrico*. Como quiera que los mismos le fueron negados, la accionante promovió una segunda acción de tutela, que se tramitó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, despacho que profirió fallo a su favor, ordenando la entrega de los correspondientes medicamentos, pero no concedió el tratamiento integral igualmente solicitado.

2.6. En el mes de noviembre 2008, a la señora Beatriz Elena Quintero se le practicó la cirugía bariátrica en la modalidad de *Bypass gástrico por laparoscopia* en la IPS Intergastro S.A de la ciudad de Medellín.

2.7. El 29 de enero de 2009, la accionante acudió a cita de control con el especialista tratante, quien de acuerdo con su patología, consideró necesario, para el *tratamiento postquirúrgico*, la práctica de una *endoscopia digestiva superior con dilatación neumática* y el suministro de los medicamentos denominados: *Ácido fólico 120 Tb, Sulfato Ferroso 120 Tb, Multivitaminas 120 Tb, Vitamina B12 y Omeprazol 120 Tb*.

2.8. Por tanto, la señora Beatriz Elena Quintero le solicitó a COMFENALCO E.P.S-S y a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, la autorización de los servicios médicos antes referidos, los cuales le fueron negados, en la medida en que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

2.9. Según la información suministrada por el Doctor Juan Carlos Góngora Arango, en sede de revisión, *“El 12 de mayo de 2009, la paciente asistió a revisión y no llevo ningún examen y no estaba tomando los medicamentos, nuevamente se prescribieron los mismos exámenes y medicamentos de la cita anterior. La paciente no ha regresado a consulta”*. (Sic)

2.10. Ante la negación del tratamiento postquirúrgico, la accionante impetró una tercera acción de tutela, la cual es objeto de estudio en la presente sentencia. Lo anterior, con el ánimo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, para lo cual solicitó que se ordenara a las entidades accionadas autorizar el suministro de los medicamentos y la práctica del procedimiento médico prescritos, así como el tratamiento integral que su grave enfermedad amerita, y por último, que se le exima de copagos, como quiera que es una persona de escasos recursos económicos.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones.

Considera la accionante que con la decisión adoptada por COMFENALCO E.P.S-S y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en el sentido de no autorizar la entrega de los medicamentos y la práctica del procedimiento médico ordenados por el médico tratante, bajo el argumento de encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se vulneran sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

Lo anterior, por cuanto, actualmente, presenta serios quebrantos de salud que se derivan de la práctica de la cirugía de bypass gástrico a la que fue sometida en el mes de noviembre de 2008, y que es indispensable, dada la complejidad del procedimiento, y ante la importancia del restablecimiento de su salud, requiere continuar con el tratamiento postquirúrgico recomendado por el especialista.

Manifiesta, que se vio en la necesidad de acudir por tercera vez a la acción de tutela, en razón a que ha sido el único mecanismo mediante el cual se han hecho efectivos sus derechos fundamentales, ante la constante negativa de las entidades accionadas de proporcionarle los servicios médicos que ha requerido desde que se le diagnosticó la enfermedad hasta la práctica de la cirugía bariátrica, y ahora, en lo relacionado con el tratamiento postquirúrgico.

Adicionalmente, sostiene que en la actualidad no cuenta con un empleo que le permita obtener los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los servicios que requiere, ya que su único medio de sustento se deriva de la actividad informal de venta de dulces. Por esta razón, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales y se le exonere de copagos, máxime cuando se encuentra suficientemente acreditado que pertenece a la población más pobre y vulnerable del País, dada su inclusión en el Registro del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales –Sisbén-.

4. Oposición a la demanda de tutela.

Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Dentro del término otorgado para el efecto, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, a través del Secretario de Salud, dio respuesta a la acción de tutela,

mediante escrito del 26 de marzo de 2009, en el que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda.

Indica, que la señora Beatriz Elena Quintero se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, a través de COMFENALCO E.P.S-S y registrada en el nivel II de la base de datos del Sisbén de la ciudad de Medellín.

Sostiene, que en el asunto que se debate, no es la entidad que representa la competente para garantizar la prestación de los servicios de salud que requiere la accionante, como quiera que dicha obligación está a cargo de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado a la cual se encuentra afiliada, es decir, COMFENALCO E.P.S-S.

Señala que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento de los usuarios. De esta manera, están obligadas a garantizar, con su propia red de servicios o mediante contratos celebrados con otras instituciones, la prestación de los servicios de salud y el suministro de los medicamentos incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud, contributivo o Subsidiado, a las personas afiliadas en dichos regímenes.

Igualmente, hace alusión a aquellos casos de enfermedades de alto costo en las que se solicitan medicamentos que se encuentran excluidos del POS, para señalar que, por disposición legal, las E.P.S son las encargadas de llevar a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos; de ahí que, cuando se omite este requisito y en su lugar se obligan mediante acción de tutela a proporcionar los servicios solicitados, los costos que de estos se deriven deben ser cubiertos por las E.P.S. y el Fosyga en partes iguales.

Por último, en relación con la atención integral que demandan las personas que pertenecen al Régimen Subsidiado, asevera que la misma se encuentra a cargo de las E.P.S-S., ya que *“la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA no puede asumir con su presupuesto en aras de cumplir un fallo universal sobre la atención integral, el costo que ya se ha pagado a las E.P.S-S, toda vez que estaríamos efectuando un doble pago con detrimento patrimonial del Estado para beneficiar a una entidad que está incumpliendo las obligaciones a su cargo”*.

Comfenalco E.P.S-S.

La representante legal de COMFENALCO E.P.S-S, dentro del término legal, solicitó al juez constitucional denegar el amparo solicitado por la accionante.

En primer lugar, afirma que, en efecto, la señora Beatriz Elena Quintero se encuentra afiliada a dicha institución y como tal, tiene derecho a que se le presten los servicios de salud incluidos en el Acuerdo 306 de 2005, por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

No obstante lo anterior, manifiesta, que los servicios de salud que requiere la accionante, más específicamente, “*ácido fólico, sulfato ferroso, multivitaminas y vitamina B12*”, no tienen cobertura en el Acuerdo antes mencionado, por tratarse de un diagnóstico de “*obesidad mórbida*”, cuyo manejo está dado por el segundo nivel de complejidad. En suma, puntualiza que, como quiera que se trata de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, es la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA quien debe garantizar el suministro de los mismos.

Por otro lado, señala que “*la legislación vigente y que rige los destinos de las EPS-S ordena a estas garantizar un plan de beneficios limitado y compartido con las entidades territoriales, distribuyendo los recursos, para que sean administrados de manera independiente y de acuerdo a sus competencias (Ley de transferencias 715 de 2001)*”.

En síntesis, considera que, de acuerdo con la Ley de Transferencias, es la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA quien debe autorizar los servicios de salud, bien sean ambulatorios u hospitalarios, a la población más pobre y vulnerable que se encuentre incluida en los listados del Régimen Subsidiado, y que excedan el respectivo plan de beneficios. Afirma, que el trámite de la solicitud lo debe adelantar la Institución Prestadora de Salud que así lo considere necesario.

5. Pruebas que obran en el expediente.

- Copia del formato de solicitud de orden de servicios de fecha 9 de octubre de 2008, en el cual se requiere la autorización de los medicamentos *nutren diabetes* y *módulo de proteína*. (Folio 3)
- Copia del formato de solicitud de orden de servicios de fecha 29 de enero de 2009, en el que se solicita la autorización para la práctica del examen “*Endoscopia EDS + dilatación neumática*” y el suministro de los medicamentos *Ácido fólico, sulfato ferroso*, entre otros. (Folio 4)
- Copia de las prescripciones médicas suscritas por el médico tratante (Folios 5 a 7)
- Copia del formato de información al usuario sobre el servicio solicitado por acción de tutela, suscrito por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en el cual manifiesta la imposibilidad de generar el cumplimiento de la orden judicial. (Folio 8)
- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Beatriz Elena Quintero. (Folio 9)
- Copia del fallo de tutela proferido por el Juez Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el 30 de octubre de 2008, en el cual se ordena autorizar la entrega de los medicamentos *nutren diabetes* y *módulo de proteína* a la señora Beatriz Quintero. (Folios 13 a 16)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Decisión de única instancia.

El Juez Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante providencia proferida el trece (13) de abril de dos mil nueve (2009), resolvió negar el amparo de los derechos invocados por la actora, al considerar que le asiste razón a las entidades demandadas para no acceder a la prestación de los servicios de salud solicitados, habida cuenta de que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Bajo esta premisa, adujo el fallador que no se acreditó que su falta de suministro ponga en peligro la vida de la accionante, ni que su entrega tenga el carácter de urgente e impostergable.

Finalmente, expresó que en el asunto objeto de decisión, no es posible hacer un pronunciamiento de fondo, toda vez que se configuró el principio de Cosa Juzgada, en razón a que en dos ocasiones, ya los Jueces de Tutela se habían pronunciado acerca del tratamiento integral solicitado por la actora, el cual fue negado en dichas instancias.

La anterior decisión no fue recurrida por ninguna de las partes.

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN

3.1. Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivan la presente acción de tutela, mediante Auto del 17 de septiembre de 2009, el Magistrado Sustanciador resolvió oficiar al Representante Legal de COMFENALCO E.P.S-S, para que remitiera, con destino al proceso de la referencia, copia íntegra de la historia clínica de la señora Beatriz Elena Quintero.

3.2. En la misma providencia, se solicitó al Doctor Juan Carlos Góngora Arango, médico tratante de la accionante, informar si a la señora Beatriz Elena Quintero se le practicó la cirugía de Bypass Gástrico por laparoscopia, y, en caso afirmativo, precisar lo siguiente: *(i) Qué medicamentos, procedimientos, y en general, qué servicios de salud le fueron prescritos a la señora Beatriz Elena Quintero con posterioridad a la realización de la cirugía de Bypass gástrico, y (ii) Qué tan importante es para la señora Beatriz Elena Quintero el poder acceder a la prestación de los mismos, y en qué medida la falta de su autorización y suministro puede afectar la vida y la salud de la paciente”.*

3.3. Mediante comunicación del 01 de octubre de 2009, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al Despacho, que se obtuvo respuesta por parte de la apoderada especial de la Caja de Compensación Familiar – Comfenalco E.P.S-, quien a través de escrito del 23 de septiembre de 2009, señaló, que *“en el sistema de la EPS-S COMFENALCO Antioquia, así como en su archivo clínico, no reposa copia de la historia clínica de la señora*

Beatriz Elena Quintero, quien accedió a los servicios de salud a través de la red contratada por la D.S.S.A, entidad ésta última frente a la que le recomendamos de manera respetuosa dirigir igual requerimiento al que se responde”. En relación con la solicitud efectuada al Doctor Juan Carlos Góngora Arango, se informó que no se recibió respuesta alguna.

3.4. En consecuencia, ante la necesidad de obtener la copia de la historia clínica de la señora Beatriz Elena Quintero, así como el concepto de su médico tratante, solicitados a través de proveído del diecisiete (17) de septiembre de 2009, el Magistrado Sustanciador profirió Auto del 13 de octubre de 2009, en el que requirió al Doctor Juan Carlos Góngora para que, de forma inmediata, diera cumplimiento a la providencia antes referida, advirtiéndole acerca de las consecuencias legales de su omisión. De igual forma, se ofició a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA para que en el término de dos (02) días, contados a partir de la notificación del Auto, remitiera, con destino al proceso de tutela, copia de la historia clínica de la accionante.

3.5. En respuesta al anterior requerimiento, mediante comunicación del 27 de octubre del mismo año, la Secretaría General de la Corte informó al Despacho que se recibió respuesta por parte del Doctor Juan Carlos Góngora Arango, quien a través de oficio del 15 de octubre de 2009, informó lo siguiente:

“La señora BEATRIZ ELENA QUINTERO con CC 43.015.430 fue intervenida en Noviembre de 2.008 de un Bypass Gástrico Laparoscópico.

El 29 de Enero de 2.009 se le prescribieron exámenes de laboratorio hemograma, vitamina B12, prealbúmina, endoscopia digestiva superior con dilatación neumática. Se le recetaron ácido fólico, sulfato ferroso, multivitaminas y vitamina B12. Se solicito cita de revisión en 4 meses.

El 12 de Mayo de 2009 la paciente asistió a revisión y no llevo ningún examen y no estaba tomando los medicamentos, nuevamente se prescribieron los mismos exámenes y medicamentos de cita anterior. La paciente no ha regresado a consulta.

La paciente requiere de todo lo ordenado. En caso de no tomar los medicamentos puede caer en estado de anemia, neuropatías, avitaminosis y desnutrición. Lo anterior afectara su estado de salud y calidad de vida, podría llegar a las peores consecuencias. (Negrilla fuera de texto)

3.6. En relación con la solicitud efectuada a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, mediante escrito allegado a esta Corporación el 29 de octubre de 2009, a través del Secretario Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, informó que no es posible hacer entrega efectiva de la historia clínica de la señora Beatriz Elena Quintero, en razón a que por mandato legal la única persona que tiene acceso a dicha documentación es la paciente.

IV. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

2.1. Legitimación activa.

El artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el caso bajo estudio, la accionante es una persona mayor de edad que actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra legitimada para presentar la acción.

2.2. Legitimación pasiva.

La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en su condición de autoridad pública y COMFENALCO E.P.S-S, como entidad privada encargada de la prestación del servicio público de salud, están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos que han dado origen a la presente acción de tutela, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, determinar si la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA y COMFENALCO E.P.S-S vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Beatriz Elena Quintero, al negarse a autorizar la práctica de una *endoscopia digestiva superior más dilatación neumática* y el suministro de los medicamentos denominados “*ácido fólico, sulfato ferroso, multivitaminas y vitamina B12*”, así como el tratamiento integral que requiere, a propósito de la práctica de una cirugía de *Bypass gástrico por laparoscopia* a la que fue sometida.

Para efectos de resolver la controversia planteada, la Sala desarrollará los temas relacionados con (i) el alcance del derecho fundamental a la salud y su protección a través del ejercicio de la acción de tutela; (ii) el régimen subsidiado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud; y (iii) los principios de integralidad, continuidad y confianza legítima en el marco del derecho a la salud.

4. Alcance del derecho fundamental a la salud y su protección a través del ejercicio de la acción de tutela.

4.1. Naturaleza Jurídica.

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica. Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se encuentra el acceso a los servicios de salud.

A su vez, el artículo 49 Superior, establece que la Salud hace parte de la Seguridad Social y como tal, se constituye en un servicio público y en un derecho en cabeza de todas las personas.

Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud comprende una faceta prestacional o asistencial, lo cual significa que, para su efectivo cumplimiento requiere de un amplio desarrollo legal y de la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización.

En tal sentido, dada la naturaleza programática y el desarrollo progresivo del derecho a la salud, en un principio, la Corte no lo consideraba, *per se*, un derecho fundamental, susceptible de protección a través del ejercicio de la acción de tutela, como quiera que, dada su indeterminación, no se podía garantizar su protección de forma inmediata.

Fue así como, desde los más primigenios pronunciamientos de la Corte Constitucional, se moderó dicha postura, con el propósito de brindar una efectiva protección de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados como consecuencia del desconocimiento del derecho a la salud. De este modo, se adoptó la *tesis de conexidad*, conforme con la cual, la garantía del derecho a la salud, por más que tuviera un carácter prestacional, es exigible a través de la acción de tutela, cuando la obligación correlativa que de él se deriva, compromete derechos reconocidos por la Constitución como fundamentales, tales como, la vida, la dignidad humana y la integridad personal, entre otros.

No obstante, en reciente jurisprudencia de esta Corporación, y más específicamente en la Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007, se consideró “artificial” tener que recurrir al criterio de conexidad para poder amparar el derecho constitucional a la salud. Dicha posición fue reiterada en la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008. Al respecto, la referida providencia señaló que:

“Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la

necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”.¹

Ahora bien, en la medida en que a este derecho de naturaleza programática y progresiva se le va dotando de contenido, a través de los mecanismos confiados al legislador y a los órganos del Sistema General de Seguridad Social para definir las prestaciones debidas a los ciudadanos, se configura lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la “*transmutación*” del derecho a la salud en una garantía subjetiva como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales”². En este sentido, se crean las condiciones para que las personas exijan del Estado el cumplimiento de tales garantías. Sobre el particular, la Corte indicó lo siguiente:

“Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.³

Así las cosas, para la jurisprudencia constitucional se ha superado el nivel de indeterminación de este derecho, toda vez que, a través de la provisión de los contenidos del Plan Básico de Salud y de los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, cuya regulación se halla inmersa en la Ley 100 de 1993 y las correspondientes disposiciones que la complementan, se ha delimitado el conjunto de prestaciones y obligaciones concretas a cargo de las entidades que conforman el Sistema.

En este orden de ideas, es importante resaltar, que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. De tal suerte que su negación, comporta la vulneración del derecho fundamental a la salud, y, en consecuencia, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección. En este aspecto, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar

¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ En relación con este tema pueden consultarse las sentencias T-108 del 17 de marzo de 1993, T-207 del 12 de mayo de 1995, T-042 del 05 de febrero de 1996 y SU-819 del 20 de octubre de 1999.

que “*la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo*”.⁴

De la misma manera, conviene precisar que la Corte Constitucional también ha reconocido que existen personas a quienes la Constitución misma les otorga un grado de protección altamente reforzada, bien sea en razón a su edad, como sucede en el caso de los niños y niñas,⁵ y los adultos mayores, o dadas sus especiales circunstancias de indefensión y vulnerabilidad, como se evidencia en las mujeres en estado de embarazo, los reclusos, los disminuidos físicos o psíquicos, las personas con enfermedades catastróficas y la población desplazada. En estos casos, el derecho a la salud también se erige como fundamental autónomo.

4.2. Procedencia.

Como ya lo mencionamos, toda persona tiene derecho a que le brinden los servicios de salud que *requiera*, según lo ordenado por el médico tratante, esto es, aquellos servicios necesarios e indispensables para conservar o recuperar la salud. A su vez, la Corte Constitucional, ha sido enfática en señalar que, los mismos, deben ser garantizados de manera permanente, ininterrumpida y sin lugar a fraccionamientos, en aplicación de los principios de integralidad, continuidad y confianza legítima que gobiernan el derecho a la salud.

En efecto, en la Sentencia T-760 de 2008⁶ se reiteró dicha postura y, adicionalmente, se dijo que “*En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no*”⁷

Desde esta perspectiva, las Entidades Promotoras de Salud, tanto del Régimen Contributivo como del Régimen Subsidiado, están obligadas, en principio, a garantizar a sus pacientes o afiliados la prestación de los servicios médicos que se encuentran descritos en los correspondientes Planes Obligatorios de Salud. De ahí que, cuando su proceder no está encaminado a hacer efectivo lo que en éstos se dispone, se presenta una diáfana vulneración del derecho fundamental a la salud.

No obstante, el Plan Obligatorio de Salud no sólo fue diseñado para delimitar el conjunto de prestaciones a las cuales tienen derecho los usuarios del Sistema, sino que también, contempla un catálogo de exclusiones y limitaciones. En efecto, el artículo 10 del Decreto 806 de 1998, “*por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional*”,

⁴ Sentencia T-760 del 31 de julio 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Constitución Política, Artículo 44.

⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Ver Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

define las exclusiones como: *“todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”*.⁸

Lo anterior, es comprensible y constitucionalmente admisible, en la medida en que los recursos del Sistema son limitados y por tanto, no es posible asegurar la cobertura total e inmediata de todas las contingencias que puedan afectar la salud de los ciudadanos. Ello, como consecuencia del carácter programático y progresivo del derecho a la salud.

Por tanto, la jurisprudencia ha señalado que el primer llamado a proveerse lo necesario para suplir sus necesidades básicas⁹ es la persona, individualmente considerada, y que, sólo en aquellos eventos en los cuales no cuente con los recursos económicos suficientes para ello, le corresponde al Estado garantizar la prestación de los servicios que requiera y que no se encuentren contemplados en el respectivo Plan Obligatorio de Salud.

El anterior criterio, ha sido esbozado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

“El régimen de limitaciones y exclusiones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla. Armonizando esta consideración con el deber subsidiario del Estado en la provisión de lo pertinente para la satisfacción de las necesidades de los individuos, se hace manifiesta la conclusión de que los individuos son los primeros convocados a proveerse aquellos servicios médicos que se encuentran excluidos de la cobertura del POS y que, sólo en aquellos casos en que carezcan de recursos económicos suficientes para tal fin, procede la intervención del Estado para garantizar la efectiva concreción del derecho a la salud, proporcionando los servicios no cubiertos por el POS, con cargo a recursos públicos”.¹⁰

Entonces, en tratándose de servicios que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, pero que no son brindados por las E.P.S a sus afiliados, la Corte ha fijado las condiciones para que proceda la acción de tutela en estos casos, de la siguiente manera:

“una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado

⁸ Decreto 806 de 1998, artículo 10.

⁹ Ver Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Ver Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),¹¹ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,¹² (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,¹³ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁴ La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas”.*¹⁵

Empero, en el ámbito del ejercicio de la acción de tutela, también es común encontrar casos de personas que acuden a este mecanismo de amparo constitucional cuando las E.P.S. se abstienen de proporcionarles los servicios de salud que *requieren*, porque los mismos se encuentran excluidos del respectivo Plan de Beneficios¹⁶. Cuando tal circunstancia se presenta, esta Corte ha fijado de manera profusa las reglas para inaplicar, en casos particulares donde la vulneración de los derechos fundamentales es palmaria¹⁷, las normas que regulan las limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, en los siguientes términos:

(i) Si la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.

(ii) si se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

(iii) si el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. Al respecto, es importante resaltar, que los

¹¹ “Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, “(...) *toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)*”.

¹² El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹³ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁴ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que “(...) *es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)*” que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁵ Ver Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ A partir del la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, se denominan “servicios que se requieren con necesidad” a aquellos que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

¹⁷ Estos casos particulares o especiales se determinan a partir del sujeto que demanda la prestación del servicio de salud, la enfermedad que padece y el tipo de servicio que requiere.

beneficiarios del Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, son personas que no cuentan con los recursos económicos necesarios para efectuar aportes al Sistema, por lo que, en razón a esta especial circunstancia, la jurisprudencia constitucional estableció una presunción de veracidad de incapacidad económica en estos casos.

En efecto, esta Corporación en la Sentencia T-908 del 17 de septiembre de 2004¹⁸, señaló que:

“Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación”.

(iv) si el servicio médico ha sido ordenado por un galeno adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.¹⁹

Si bien es cierto, que por regla general se requiere que el servicio de salud sea ordenado por el médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud encargada de garantizar su prestación, también lo es que, excepcionalmente, es posible que por vía de tutela se ordene el suministro de un medicamento o tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, aún cuando el mismo haya sido formulado por un médico particular, ante la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes.²⁰

En este sentido, es posible aplicar la anterior excepción, cuando la E.P.S. tiene conocimiento de dicha opinión médica, y no la controvierte a través del Comité Técnico Científico o mediante la valoración de las condiciones de salud del paciente, por parte de un galeno que si esté adscrito a la respectiva entidad.

Bajo esta premisa, la Corte ha considerado que “el concepto médico externo vincula a la E.P.S, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto”²¹. Cuando no se cumple dicho cometido, se adopta como principal criterio de valoración el concepto emitido por el profesional no adscrito.

Del mismo modo, la Corte ha indicado que la orden emitida por un médico particular obliga a la E.P.S., si anteriormente ésta ha convalidado o aceptado sus conceptos como médico tratante.²²

Por otro lado, es importante precisar que, para la autorización de los servicios que no se hallan incluidos en el Plan Obligatorio de Salud existe un trámite al interior del Sistema de Seguridad Social en Salud consistente en la solicitud que de los mismos debe realizar el médico tratante ante el Comité Técnico

¹⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ Ver, entre otras, las Sentencias T-883 de 2003, T-788 de 2007 y T-760 de 2008.

²⁰ Ver Sentencia T-083 del 1 de febrero de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

²¹ Ver Sentencia T-500 del 29 de junio de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² Ver Sentencia T-662 del 10 de agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Científico. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que *“una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité”*.²³ Para la Corte no es admisible que al paciente se le exijan cargas administrativas propias de la Entidad Promotora de Salud para el acceso a los servicios de salud que requiere *con necesidad*.

Ahora bien, una vez autorizados los medicamentos o procedimientos por parte del Comité Técnico Científico, la Entidad Promotora de Salud tiene la obligación de suministrarlos al paciente con la posibilidad de efectuar el recobro total del costo de los mismos ante el FOSYGA.

Sin embargo, existe la posibilidad de que agotado dicho trámite, el Comité Técnico Científico decida no autorizar el servicio solicitado, o que la E.P.S. omita la obligación que le asiste de realizar, de manera oportuna, el estudio de la solicitud ante dicho Comité. Cuando se presenta cualquiera de estas dos situaciones y en su lugar, la Entidad Promotora de Salud se obliga, mediante acción de tutela, a suministrar los servicios médicos requeridos por una persona, sólo tiene la posibilidad de exigir el reembolso de la mitad del costo que de estos se derive.

Lo anterior, en concordancia con lo expuesto en la Sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, en donde la Corte, al realizar el estudio de constitucionalidad del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, declaró la exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que sólo se reembolsará la mitad de los costos no cubiertos *“siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”*.²⁴

5. El Régimen Subsidiado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como quiera que en el asunto objeto de revisión, el problema jurídico gira en torno a los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, la Sala hará una breve síntesis acerca de la reglamentación y organización de dicho régimen dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, y con el propósito de regular, reglamentar y dar contenido al derecho a la salud, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, *“por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”*. A través de dicho sistema, se dispuso de un conjunto de instituciones, normas y procedimientos para el acceso de todas las personas a

²³ Ver Sentencia T-976 del 23 de septiembre de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁴ Ver Sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

la prestación de los servicios de salud, que les permitan obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante un esquema de aseguramiento.

De esta manera, se crearon dos regímenes de seguridad social en salud. El Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, cada uno con su respectivo Plan Obligatorio de Salud, cuya regulación se halla inmersa en la Ley 100 de 1993, y más específicamente, en la Resolución 5261 de 1994²⁵, el Decreto 806 de 1998, el Acuerdo 228 de 2002²⁶ y el Acuerdo 306 de 2005²⁷.

En este punto, es importante resaltar que, recientemente, la Comisión de Regulación en Salud expidió el Acuerdo 003 de 2009, *“por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”*, en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, que al respecto dispuso, en el numeral décimo séptimo de la parte resolutive, la aclaración y actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud.

Si bien es cierto, el mencionado acuerdo rige a partir del 1° de enero de 2010, y en tal sentido no es posible aplicar sus disposiciones al presente asunto, también lo es que, como marco de referencia, se constituye en un instrumento de vital importancia para garantizar la atención adecuada en la prestación de los servicios de salud de los afiliados a los regímenes del SGSSS.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, el aseguramiento o la cobertura integral de las contingencias que afectan la salud de las personas, se logra a través de su participación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea en calidad de afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado de Salud. En el primer caso, para quienes cuentan con capacidad económica para efectuar el pago de cotizaciones o beneficiarse de las mismas, y en el segundo, para aquellas personas que viven en condiciones de pobreza y por tanto, requieren para su aseguramiento del aporte estatal. Así mismo, hacen parte del sistema los denominados participantes “vinculados”, que se refiere a *“aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”*,²⁸ sin que ello signifique la existencia de un tercer régimen o un régimen adicional.

Particularmente y por interesar a esta causa, el Régimen Subsidiado de Salud se encuentra definido en el Artículo 211 *ejusdem*, como *“un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”*. Ello, en razón a la incapacidad

²⁵ “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

²⁶ “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.

²⁷ “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”.

²⁸ Ley 100 de 1993, Artículo 157, literal B.

económica de las personas más pobres y vulnerables de la población para cubrir el monto total de la cotización al Sistema.

De conformidad con dicho marco normativo, el Régimen Subsidiado es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, cuya función es afiliarse y garantizar la prestación del servicio a sus beneficiarios. Estos contratos se financian con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA– y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

A su vez, la afiliación a dicho régimen se efectúa, previa identificación de los potenciales beneficiarios a través de la encuesta Sisbén –Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales– o por el listado censal que realizan los municipios a petición de los ciudadanos, de la cual se obtiene un puntaje y un nivel que les prioriza para la asignación de subsidios.

Así, las personas que se encuentran clasificadas en los niveles 1 ó 2 del Sisbén, tienen derecho a afiliarse, junto con su núcleo familiar, al Régimen Subsidiado mediante subsidio total o pleno²⁹. Para tal efecto, deben elegir una Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S) de las que se encuentran inscritas y autorizadas para operar en su municipio, entidad que en adelante administrará y prestará los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud de respectivo Régimen a sus afiliados. También lo harán, mediante subsidio parcial, aquellas personas que se encuentran registradas en el nivel 3 del Sisbén, toda vez que se encuentran en un periodo transitorio con miras a ingresar al Régimen Contributivo.

6. Principios de integralidad, continuidad y confianza legítima en el marco del derecho fundamental a la salud. Reiteración de la jurisprudencia.

El Sistema de Seguridad Social en Salud se rige bajo unos principios expresamente consagrados en la Constitución Política y en la ley, que constituyen la directriz para una óptima prestación del servicio de salud. Tales principios son: integralidad, continuidad y confianza legítima.

De esta manera, el **principio de integralidad**, fue consagrado por el legislador en el literal d) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993, que al respecto señala: *“INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

²⁹ El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* dispuso lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

a) Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo reemplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

Al mismo tiempo, en el numeral 3° del artículo 153 de la citada norma, se estableció la “integralidad” como “Regla” del servicio público de salud, en el entendido de que *“El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”*. Lo anterior, en consonancia con lo expuesto en el artículo 156 de la ley en mención, que en relación con el POS, señala que *“Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”*.

De la interpretación de las anteriores normas, puede concluirse que el principio de integralidad en la prestación del servicio público de salud, consiste en todo medicamento, tratamiento, procedimiento, intervención, insumo, examen diagnóstico y, en general, todo servicio necesario para enfrentar las contingencias que afectan la salud de las personas, para lo cual, su prestación debe ser garantizada en conjunto, es decir, sin lugar a fraccionamientos, de acuerdo con las prescripciones del médico tratante.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado de manera pletórica dicho principio, en la medida en que lo ha definido como *“la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional”*.³⁰

De acuerdo con lo anterior, a modo de conclusión, podemos señalar que el principio de integralidad propugna por la garantía efectiva del derecho a la salud, como quiera que no concibe la rehabilitación, si los servicios de salud necesarios para la superación de un determinado padecimiento, conforme con las indicaciones exactas del médico tratante, se proporcionan de manera incompleta o fraccionada. Cuando ello es así, se configura una clara vulneración de este derecho fundamental.

Por otra parte, dentro de los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra también el **principio de continuidad** en la atención médica, el cual, hace referencia a la prestación eficiente del servicio de salud que ya se haya iniciado a un paciente, sin que el mismo sea interrumpido o suspendido de manera inopinada e injustificada por razones administrativas o presupuestales³¹. Ello, con el fin de que se concrete la

³⁰ Ver Sentencia T-583 del 30 de julio de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Ver Sentencia T-164 del 17 de marzo de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

satisfacción del más alto nivel de salud posible, acorde con la dignidad humana.

Bajo este punto de vista, la Corte ha considerado que *“La garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad y a la integridad física y psíquica. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales”*.³²

Finalmente, respecto al **principio de confianza legítima**, es importante puntualizar que éste tiene su origen en el derecho administrativo como eje de las relaciones entre el Estado y los particulares, y guarda una estrecha vinculación con los principios de buena fe y seguridad jurídica. En este sentido, *“se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse”*.³³

Bajo esta premisa, como quiera que por expreso mandato de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, y éste a su vez puede delegar en entidades privadas su prestación, es posible deducir que el principio de confianza legítima, como rector de la administración, es igualmente aplicable a las entidades prestadoras del servicio de salud, tanto del Régimen Contributivo, como del Subsidiado.

Así, el Principio de Confianza Legítima en materia de salud *“es entendido como aquella garantía conforme con la cual, los usuarios esperan que los servicios de salud que se les han comenzado a prestar no sean suspendidos de manera abrupta o repentina, sin justificación admisible desde el punto de vista jurídico”*.³⁴

Por lo anterior, cuando una entidad promotora de salud proporciona un servicio médico a un paciente, verbigracia, la práctica de una cirugía de Bypass gástrico laparoscópico, y se ordena como parte del tratamiento postquirúrgico el suministro de medicamentos y la práctica de exámenes diagnósticos para establecer las reales condiciones de salud del paciente, pero estos son negados por la E.P.S. sin una justificación razonable, es palmaria la

³² Ver Sentencia T-970 del 15 de noviembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³ Ver Sentencia T-084 del 1 de febrero de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Ver Sentencia T-164 del 17 de marzo de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

transgresión de este principio constitucional, toda vez que, no se respetó la garantía que tiene toda persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez éste se ha iniciado.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Sala procede a realizar el estudio del caso concreto.

7. Análisis del caso concreto.

Con fundamento en los hechos que motivaron la presente acción de tutela y las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

- Que la señora Beatriz Elena Quintero, de 50 años de edad, se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, a través de Comfenalco E.P.S-S y registrada en el Nivel II de la base de datos del Sisbén de la ciudad de Medellín.
- Que en el mes de noviembre de 2008, a la señora Beatriz Elena Quintero se le practicó la cirugía bariátrica en la modalidad de Bypass Gástrico Laparoscópico.
- Que como parte del tratamiento Posquirúrgico, el especialista tratante, adscrito a la red pública de salud de Antioquia, consideró necesario la práctica del examen denominado *endoscopia digestiva superior con dilatación neumática* (Esofagogastroduodenoscopia) y el suministro de los medicamentos *Ácido Fólico, Sulfato Ferroso, Omeprazol, Multivitaminas y Vitamina B12*.
- En consecuencia, la señora Beatriz Elena Quintero solicitó a las entidades accionadas la autorización de los servicios médicos prescritos, los cuales le fueron negados por no encontrarse incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.
- Que por lo anterior, la señora Beatriz Elena Quintero acudió al mecanismo de tutela, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales y el reconocimiento del tratamiento integral que su patología amerita. Pretensiones que fueron desestimadas por los jueces de tutela.
- Que la señora Beatriz Elena Quintero instauró dos acciones de tutela con anterioridad a la presentación de la que hoy es objeto de estudio, para reclamar prestaciones diferentes, que le fueron negadas por Comfenalco E.P.S, y que se derivan de la misma patología.
- Que de acuerdo con el informe allegado por el Dr. Juan Carlos Góngora Arango en sede de revisión, los servicios de salud que le fueron prescritos a la señora Beatriz Elena Arango son indispensables para el restablecimiento

de su salud, a tal grado que, de no ser suministrados por las entidades encargadas de su prestación, se puede comprometer seriamente la vida de la accionante.

A partir de la argumentación fáctica expuesta, surge el problema jurídico que debe abordar la Sala, que como ya se mencionó, se concreta en determinar si COMFENALCO E.P.S-S vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Beatriz Elena Quintero, como consecuencia de no haberle autorizado la práctica de una “*endoscopia digestiva superior con dilatación neumática*” y el suministro de los medicamentos *Ácido Fólico, Sulfato Ferroso, Omeprazol, Multivitaminas y Vitamina B12*, ordenados por el galeno tratante, y que son indispensables para continuar con el tratamiento médico posterior a la realización de una cirugía bariátrica. Lo anterior, por considerar que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Para tal efecto, es importante establecer, en primer lugar, si los servicios de salud que requiere la accionante para el tratamiento de su patología se encuentran o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, para luego analizar, según el caso, la procedencia del amparo invocado, a partir de la verificación del cumplimiento de las reglas fijadas por la Corte Constitucional para la inaplicación de las normas sobre exclusiones del POS.

Así las cosas, se tiene que el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado se encuentra regulado en el Acuerdo 306 de 2005, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En dicho documento, se dispuso de un conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, cuya prestación debe ser garantizada a los afiliados a dicho régimen, para la promoción, prevención y recuperación de la salud. Ello, de conformidad con las normas que lo modifican, adicionan o complementan.

Del mismo modo, el Sistema de Seguridad Social en Salud estableció el manual de medicamentos y terapéutica del Plan Obligatorio de Salud, a través del Acuerdo 228 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, en su artículo 2, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. Los medicamentos señalados en este Acuerdo salvo aquellos de que trata el literal a) del artículo 5º³⁵ del presente Acuerdo, son un conjunto básico dentro del Plan Obligatorio de Salud y deben ser suministrados por las entidades obligadas a compensar y las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado³⁶, con cargo a la UPC y UPC-S, bajo los criterios de calidad y oportunidad que se establezca por el Ministerio de Salud”.

³⁵ Literal a) del artículo 5 del Acuerdo 228 de 2008. a) Los medicamentos para Programas Especiales correspondientes a las patologías comprendidas en el Plan de Atención Básica, PAB, y los biológicos contemplados en el Programa Ampliado de Inmunizaciones, PAI, según lo establecido en la Resolución 4288 de 1996 y demás normas que la adicionen o modifiquen, son de provisión gratuita para toda la población y no serán financiados con cargo a la UPC y UPC-S;

³⁶ A partir de la vigencia de la Ley 1122 de 2007, se denominan Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (E.P.S-S).

Ahora bien, efectuado el estudio del contenido de los referidos acuerdos, la Sala advierte que los medicamentos denominados *Ácido Fólico*, *Sulfato Ferroso* y *Omeprazol* se encuentran expresamente incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado; mientras que el procedimiento de *endoscopia digestiva superior con dilatación neumática*, las *Multivitaminas* y la *Vitamina B12* no hacen parte de dicha cobertura.

En efecto, el Acuerdo 228 de 2002 precisa lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Defínase para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), la lista de medicamentos esenciales que se enuncia a continuación:

(...)

ENFERMEDAD ÁCIDO PÉPTICA

A02B Omeprazol

(...)

ANTIANÉMICOS

B03B Fólico Ácido

B03A Hierro (ferroso) sulfato anhidro”

En este sentido, y de acuerdo con las consideraciones precedentes, el amparo constitucional impetrado es procedente, toda vez que (i) se trata de servicios que se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente; (ii) fueron ordenados por el médico tratante, adscrito a COMFENALCO E.P.S-S; (iii) son necesarios e indispensables para la conservación de la vida y la salud de la señora Beatriz Elena Quintero y (iv) fueron solicitados previamente a la entidad encargada de su prestación, la cual se negó a suministrarlos.

Por tanto, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará a COMFENALCO E.P.S-S que proceda a realizar los trámites conducentes para la autorización de los referidos medicamentos.

Aclarado este aspecto, conviene establecer qué sucede en relación con los servicios que demanda la señora Beatriz Elena Quintero pero que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, particularmente, la *endoscopia digestiva superior con dilatación neumática*, la *vitamina B12* y las *multivitaminas*. Para ello, la Sala verificará el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte para inaplicar las limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, como se expone a continuación:

1. Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida, la dignidad o la integridad personal del

interesado. Sobre el particular, la Sala encuentra que la falta del procedimiento y de los medicamentos prescritos a la señora Beatriz Elena Quintero compromete seriamente sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, como quiera que éstos son indispensables para su total recuperación, luego de que le fue diagnosticada obesidad mórbida y en consecuencia, fue sometida a la práctica de una cirugía bariátrica, tratamiento de alta complejidad que amerita servicios y cuidados especiales.

Lo anterior, aunado al hecho de que el médico tratante, mediante escrito allegado a esta corporación, afirmó que *“La paciente requiere de todo lo ordenado. En caso de no tomar los medicamentos puede caer en estado de anemia, neuropatías, avitaminosis y desnutrición. Lo anterior afectará su estado de salud y calidad de vida, y podría llegar a las peores consecuencias”*.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Respecto a este supuesto, la Sala considera que el médico tratante de la señora Beatriz Elena Quintero fue contundente al señalar los medicamentos y procedimientos que requiere la accionante para tratar su patología, sin que hubiese manifestado al respecto, la pertenencia de otro servicio en el POS-S que pueda sustituirlos con la misma efectividad. Así mismo, encuentra que COMFENALCO E.P.S-S, durante el trámite de tutela, no demostró la existencia de un servicio alternativo que pudiese sustituir los ya ordenados por el médico tratante.

3. Que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema. Al respecto, es importante resaltar que la actora manifestó en su escrito de tutela, lo siguiente: *“soy persona de escasos recursos económicos y no cuento con los medios económicos suficientes para costear dicho tratamiento, además me encuentro desempleada”*, y que tal afirmación en ningún momento fue desvirtuada por las entidades accionadas, por lo que, en aplicación del Principio de la buena fe, se presume cierta.

Aun cuando en el proceso no existen elementos de juicio que puedan confirmar tal supuesto, la incapacidad económica de la actora se corrobora con su afiliación al Régimen Subsidiado y su clasificación en el Nivel II del Sisbén, que como es sabido, se trata de un sistema que sólo beneficia a la población más pobre y vulnerable del país.

En este aspecto, conviene puntualizar que la Corte Constitucional ha establecido una presunción de veracidad de incapacidad económica en casos de personas que, como la accionante, se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado e inscritas en los diferentes niveles de la base de datos del Sisbén.

4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente. La Sala encuentra que este requisito se cumple, en la medida en que el procedimiento

de *endoscopia digestiva superior con dilatación neumática* y los medicamentos que solicita la actora, fueron prescritos por quien figura como médico adscrito a la red pública de salud de Antioquia en el expediente de tutela; máxime cuando las entidades accionadas en los escritos de contestación de la acción y las respuestas suministradas a esta Corporación en sede de revisión, no han manifestado lo contrario.

Finalmente, es pertinente aclarar que esta Sala no comparte el argumento expuesto por el juez de tutela para negar el amparo solicitado, en el sentido de señalar que no es posible pronunciarse en relación con el tratamiento integral, en razón a que operó el fenómeno de la cosa juzgada, como a continuación se transcribe:

“aunado a lo anterior y más importante aún es que la paciente en mención ya ha hecho uso con ésta en TRES (3) oportunidades del mecanismo de acción de tutela para lograr los mismos fines, pues tanto en el Juzgado Tercero Civil del Circuito como en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito se pronunciaron frente al tratamiento integral que ha sido negado en dos ocasiones y a la exoneración de copagos, todas respecto de los mismos hechos que la originan (cirugía Bariátrica) por lo cual nos encontramos frente a una Cosa Juzgada, por tanto no puede este Despacho pronunciarse nuevamente frente al mismo, debiéndose abstener de hacer manifestación alguna al respecto”. (Sic)

Si bien es cierto, la señora Beatriz Elena Quintero instauró dos acciones de tutela con anterioridad a la presentación de la que hoy ocupa la atención de la Sala, también lo es que, ello obedeció a hechos totalmente diferentes que sólo tienen en común la necesidad de obtener el tratamiento médico necesario para afrontar su enfermedad.

En efecto, la Corte encuentra que la mayoría de servicios que ha requerido la accionante los ha obtenido únicamente a través de fallos de tutela, en los que, no obstante se ha amparado su derecho a la salud, no se le ha reconocido el tratamiento integral que su enfermedad amerita. Así, en un primero momento requirió la valoración del especialista en cirugía bariátrica y en un segundo momento, el suministro de dos medicamentos proteicos como preparación para la práctica de una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia. Realizada dicha cirugía, ahora solicita la realización de un examen diagnóstico y el suministro de otros medicamentos para su tratamiento posquirúrgico, situaciones diversas que ameritan pronunciamientos diferentes, como quiera que las circunstancias de hecho han cambiado.

9. Decisión que debe adoptar la Corte en el presente asunto.

En la medida en que se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para autorizar, por vía de tutela, la prestación de servicios de salud tanto incluidos, como excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, esta Sala de Revisión concederá el amparo de los

derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social invocados por la señora Beatriz Elena Quintero. En consecuencia, se ordenará a COMFENALCO E.P.S-S que inicie las acciones tendientes a autorizar la práctica del examen denominado endoscopia digestiva superior con dilatación neumática, y el suministro de los medicamentos ácido fólico, sulfato ferroso, multivitaminas, vitamina B12 y omeprazol, así como la atención médica integral que requiera para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece.

Como quiera que el examen diagnóstico y algunos de los medicamentos solicitados por la accionante se encuentran excluidos del POS-S-, la entidad demandada, COMFENALCO E.P.S-S, está autorizada para repetir contra el FOSYGA únicamente por el valor de los servicios prestados no incluidos en el respectivo Plan Obligatorio de Salud y que no esté legal ni reglamentariamente obligado a asumir.

Así mismo, se encuentra acreditado que Comfenalco E.P.S-S omitió el deber que le asiste de tramitar, ante el Comité Técnico Científico, la solicitud de los servicios requeridos por la actora, debiendo ésta recurrir a la acción de tutela.

En este punto, es importante precisar que en virtud de la regla de recobro parcial fijada en el literal *j* del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la cual fue objeto de una declaratoria de exequibilidad condicionada por la Corte en la Sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008³⁷, siempre que una Entidad Promotora de Salud, de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes, sea obligada mediante acción de tutela a suministrar cualquier servicio de salud prescrito por el médico tratante, no incluido en el respectivo Plan Obligatorio de Salud, surge la obligación para el FOSYGA de rembolsar sólo el 50 % del costo que de éstos se derive.

Así las cosas, teniendo en cuenta que Comfenalco E.P.S-S se obligó, por vía de tutela, a suministrar los servicios de salud solicitados por la accionante no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Sala advertirá que dicha entidad tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, únicamente por el 50% del valor de los mismos.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

³⁷ M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Beatriz Elena Quintero, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Segundo. ORDENAR a COMFENALCO E.P.S-S, seccional Medellín, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice a la señora Beatriz Elena Quintero la práctica del examen denominado endoscopia digestiva superior con dilatación neumática, y el suministro de los medicamentos ácido fólico, sulfato ferroso, multivitaminas, vitamina B12 y omeprazol, en la forma y cantidad prescrita por el médico tratante.

Tercero. La entidad demandada COMFENALCO E.P.S-S, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, por el valor de los servicios prestados no incluidos en el POS-S, y que legalmente no le corresponda asumir, de conformidad con lo dispuesto en el literal J del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Cuarto. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General