

Sentencia T-359/12

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Protección mediante acción de tutela

ENTIDAD PROMOTORA DE SERVICIOS DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Prestación de servicios no incluidos en el POS

REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO-Afiliación obligatoria

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Principios

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Obligación de todas las entidades de permitir el acceso a personas de escasos recursos

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Prestación de servicio no cubierto por el POS de afiliado del régimen subsidiado que no cuenta con capacidad de pago para asumirlo

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Asunción por municipios, departamentos o distritos especiales a través de entidades públicas o privadas para prestar servicios a usuarios del régimen subsidiado sin capacidad económica para asumirlos

DERECHO A LA SALUD-Procedimiento cuando orden de servicios de salud ha sido expedida por médico especialista no adscrito a EPS

EMPRESA PRESTADORA DE SALUD-Acceso ante circunstancias especiales cuando orden de servicios de salud ha sido expedida por médico especialista no adscrito a EPS

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Realización de junta de profesionales especialistas para examinar, valorar y determinar procedencia de procedimiento quirúrgico para garantizar salud auditiva de beneficiaria del régimen subsidiado Sisben

Referencia: expediente T-3323910

Acción de tutela interpuesta por la señora Clara Cecilia Beltrán Martín en contra SOLSALUD E.P.S.S. y la Secretaría Distrital de Salud.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, en la acción de tutela

instaurada por la señora Clara Cecilia Beltrán Martín en contra de SOLSALUD E.P.S.S..

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

1.1. La señora Clara Cecilia Beltrán Martín, de 63 años, promovió acción de tutela contra SOLSALUD E.P.S.S. por considerar vulnerados sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

1.2. Argumenta que se encuentra afiliada en el régimen subsidiado con SOLSALUD E.P.S.S.. Que le diagnosticaron neurosensorial y otoesclerosis bilateral, enfermedad que produce la pérdida de audición progresiva y la aparición de zumbidos esporádicos, afectando su calidad de vida y su desenvolvimiento en el entorno social.

1.3. Que a pesar del procedimiento ordenado por el galeno tratante, no ha tenido mejoría respecto a su problema auditivo, motivo por el cual elevó una petición ante SOLSALUD E.P.S.S., con el objeto de que le autorizaran el procedimiento quirúrgico estapedectomía bilateral, que le fue sugerido por un médico particular. Esta solicitud fue negada por dicha entidad, aduciendo que la referida cirugía no se encontraba estipulada en el POSS.

1.4. Indica finalmente que no cuenta con los medios económicos para costear la referida cirugía, por lo que solicitó que se ordenara a SOLSALUD E.P.S.S. autorizar el procedimiento de estapedectomía bilateral, así como suministrarle el tratamiento integral correspondiente a su dolencia.

### 2. Contestación de la demanda.

2.1. La Secretaría Distrital de Salud indica que según la base de datos, la señora Beltrán Martín está afiliada al régimen subsidiado a través de SOLSALUD E.P.S.S., en el nivel 3 del SISBEN. Con relación al procedimiento quirúrgico dijo que es no POS, por lo que la entidad accionada estaba en la obligación de remitir la paciente a la red de la Secretaría Distrital de Salud, para que a través del Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS tratante, se practicara la cirugía de estapedectomía bilateral. Agregó que en el evento de que la actora requiriera servicios estipulados en el POSS, éstos debían ser asumidos por la entidad promotora de salud.

Por último, aseveró que la acción impetrada es improcedente debido a que "...es responsabilidad de la EPSS SOLSALUD garantizarle en forma oportuna la atención en salud contemplada en el POS a su afiliada y direccionarla a nuestra red para que se le brinden los servicios NO POS SUBSIDIADOS y los excluidos del POS".1

2.2. SOLSALUD E.P.S.S. manifestó que la enfermedad padecida por la actora no se encuentra cubierta por el POSS, motivo por el cual ha sido atendida por la Secretaría Distrital de Salud. Agregó que el médico otorrinolaringólogo - otólogo, tratante de la señora Beltrán Martín, la valoró el 24 de marzo de 2011 y estableció que conforme a los exámenes practicados, la paciente no requería de dicha cirugía, por lo que no es cierto que el procedimiento solicitado por la petente haya sido negado bajo el pretexto de que no se encuentra incluido en el POSS.

Adujo que esa entidad no le ha negado ningún tipo de servicio y que a la fecha no existe orden pendiente por autorizar. Aclaró que solo el especialista es quien debe expedir la orden de cirugía, independientemente de si el procedimiento está incluido en el POS y en el caso de no estar contemplado en el Plan Obligatorio de Salud debe asumirlo la Secretaría Distrital de Salud. Por lo expuesto, solicitó la improcedencia del amparo, toda vez que no se presentó la vulneración de ningún derecho fundamental.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2011, decidió negar la acción de tutela argumentando que conforme a las pruebas que obran en el expediente se tiene que el procedimiento quirúrgico solicitado por la accionante fue recomendado por un profesional que no hace parte de la red de prestadores de SOLSALUD E.P.S.S. o adscrito a alguna IPS de la Secretaría Distrital de Salud.

### 2. Impugnación.

La señora Beltrán Martín impugnó el fallo de primera instancia, indicando que si bien es cierto que no existe orden de intervención quirúrgica del médico tratante, la entidad

accionada no ha descartado la necesidad de la misma. Agregó que el dictamen del médico particular estableció que requería el referido procedimiento. Finalmente, expone que aporta copia del examen de audiometría realizado por la E.P.S.S., para que no se adopte una decisión negativa a su petición, sino por el contrario para que se determine la pertinencia de la práctica de la cirugía en mención.

### 3. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Noveno Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá confirmó la decisión del a quo manifestando que la accionante no reunía los requisitos jurisprudenciales para ordenar por tutela el suministro de medicamentos, servicios y procedimientos no POS, teniendo en cuenta que no se evidenciaba una amenaza a sus derechos fundamentales, toda vez que el servicio prestado por la entidad accionada ha sido continuo y se le han garantizado sus controles de manera permanente. Indicó que no hay prueba que establezca que el procedimiento solicitado haya sido ordenado o requerido por el médico tratante, máxime cuando la propia actora en declaración ante el juzgado de primera instancia, aceptó la ausencia de una orden para el tratamiento, reconociendo que quien se lo recomendó fue un médico amigo de una hermana suya.

### III. PRUEBAS.

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (folio 9).
- Copia del carné de la E.P.S.S. SOLSALUD (folio 8).
- Copia de la historia clínica (folios 15 a 21).
- Copia del concepto del Dr. Augusto Peñaranda Sanjuán, médico particular (folio 14).

### IV. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN.

Mediante auto del 17 de abril del año en curso, el despacho decretó la práctica de pruebas con el objeto de contar con mayores elementos de juicio sobre los hechos en que la demandada sustentó la pretensión, por lo que resolvió:

i. Que medicina legal le practicara a la señora Beltrán Martín una evaluación sobre su estado de salud auditiva y estableciera si requería el procedimiento denominado estapedectomía bilateral.

i. Que SOLSALUD E.P.S.S. le realizara a la actora un examen exhaustivo y determinara su actual condición de salud auditiva, así como estableciera si necesita el respectivo procedimiento quirúrgico.

i. Que la Secretaría Distrital de Salud y SOLSALUD E.P.S.S. remitieran un resumen acerca de los exámenes, tratamientos y controles practicados a la accionante. Igualmente, indicarán las medidas que se han venido adoptando para el tratamiento de su enfermedad.

i. Que el Dr. Juan Pablo Navarro (médico tratante) enviara los exámenes, tratamientos y controles realizados a la petente e informará los motivos por los cuales la señora Beltrán Martín no requería de dicha cirugía.

1. En respuesta, el 20 de abril el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá informó que “la otosclerosis es una enfermedad hereditaria del hueso que forma el oído interno, en esta enfermedad se combinan zonas de reblandecimiento del hueso con zonas de nueva formación del mismo, la cual se puede extender hacia otros sitios, como la cóclea o caracol y hacia los huesecillos del oído medio, más frecuentemente el estribo, lo que impide su libre movimiento y así la transmisión de sonido desde el exterior hasta la cóclea, lo que se traduce en sordera”.<sup>2</sup>

Respecto de la cirugía del estribo o la estapedectomía manifiesta que “no cura la enfermedad, el objetivo de la cirugía es restablecer el mecanismo de transmisión del sonido del exterior hacia el oído interno, para hacer esto, se retira el estribo fijo por la enfermedad y se reemplaza por una pequeña prótesis, que unida al hueso yunque realizará la misma

función al imitar el movimiento del estribo”.<sup>3</sup>

Finalmente, no se practicó el examen por medicina legal bajo el argumento que carecía del personal técnico científicamente idóneo y de los medios especializados para calificar la pérdida de capacidad auditiva, su etiología y alternativa de tratamiento.

2. La Secretaría Distrital de Salud manifiesta que se comunicó vía telefónica con la E.P.S.S. SOLSALUD, para que le indicara si:

“1. El día 04 de enero de 2012 se emitió orden de interconsulta por otorrinolaringología en SERVIMED IPS.

2. El día 31 de enero de 2012 se ordenó PSICOTERAPIA POR SIQUIATRÍA en la FUNDACIÓN CLÍNICA IPS CONSTRUIR.

3. El día 31 de enero de 2012 se hizo entrega de ACIDO VALPRÓICO 250 mg.”<sup>4</sup>

Informa que la respuesta por parte de dicha entidad fue que “la usuaria no ha radicado nuevas órdenes”. Agrega que es deber de los usuarios acudir a esa entidad, valga decir a la Secretaría Distrital de Salud, con el objeto de informarles respecto de los servicios que prestan las IPS y así puedan hacer seguimientos a las órdenes y requerimientos realizados por los médicos tratantes. Por ello, solicita que se inste a la accionada a acudir a dicho organismo cuando presente alguna anomalía o necesite algún servicio de salud con el fin de desplegar el accionar administrativo para emitir las autorizaciones respectivas.

3. El Dr. Juan Pablo Navarro (médico tratante autorizado por la Secretaría Distrital de Salud) expuso en su informe que la accionante es una paciente de 60 años, que fue valorada desde el 2009 por otorrinolaringología dado que padece de hipoacusia bilateral. Anota que se le han practicado exámenes de “audiometría y logaudiometria en la cual se evidencia hipoacusia mixta moderada bilateral”. Indica que el último estudio de “audiometría fue el 6 de julio de 2011 con PTA 55DB bilateral y una discriminación a 70DB del 100% de manera bilateral, tac de oídos: Otoesclerosis”<sup>5</sup>.

Señaló en el examen físico presentó “Otoscoopia con tímpanos normales, weber central, rinne positivo bilateral A 512 y 1024 HZ confirmado varias veces en todas las consultas. Antecedentes personales. Patológicos: trastorno afectivo bipolar.”<sup>6</sup>

Diagnosticó que la paciente sufre de otoesclerosis bilateral, que se encuentra en evolución y que no es candidata por el momento para un tratamiento quirúrgico, ya que en el examen clínico “el diapason de 512 en la prueba de RINE resultó (sic) positivo y lo ideal para llevar a cabo la (sic) cirugía y realizar la estapedotomía en cuanto el diapason de 512 en la prueba de RINE sea negativo”. Igualmente, señaló que si la operaba el riesgo de complicación de la cirugía es muy alta, corriendo el riesgo de tener “una platina flotante y también una pérdida total de la audición”.

Finalmente, sugirió continuar con los controles periódicos por otología los cuales se están realizando y conforme con la evolución decidir sobre el manejo quirúrgico.<sup>7</sup>

4. SOLSALUD E.P.S.S. envió un escrito indicando que la actora fue valorada “por Otorrinología el 4/01/2012 coo 629940 con vigencia hasta el 24 de abril de 2012 en served, psicoterapia con psiquiatría 31/01/2012 coo 652285 vigencia hasta marzo 31 del 2012 para fundación clínica Ips construir, medicamento ácido valproico 31/01/2012 coo 652883 para suministro y dotaciones vigencia hasta marzo 1 de 2012”.<sup>8</sup>

Además señaló que hasta la fecha la paciente no ha vuelto a radicar fórmulas médicas, ni solicitudes para citas de control. Manifestó que esa entidad en ningún momento ha negado la prestación de los servicios de salud POSS que cubre la red contratada.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico.

En el presente asunto, la señora Clara Cecilia Beltrán Martín interpuso el amparo constitucional contra SOLSALUD E.P.S.S. y la Secretaría Distrital de Salud por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, al no habersele autorizado un procedimiento quirúrgico denominado estapedectomía bilateral, el cual le fue recomendado por un médico no adscrito a la E.P.S.S.<sup>9</sup>

La Secretaría de Salud expuso respecto del procedimiento quirúrgico solicitado, que estando excluido del POS, en caso de autorizarlo el médico tratante, la entidad accionada debe remitir la paciente a la red de la Secretaría Distrital de Salud para que a través del Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS tratante, decida sobre la aplicación de dicho procedimiento.

Por su parte, el galeno tratante autorizado por la Secretaría Distrital de Salud señaló que no es candidata por el momento para un tratamiento quirúrgico, ya que en el examen clínico “el diapason de 512 en la prueba de RINE resultó positivo y lo ideal para llevar a cabo la (sic) cirugía y realizar la estapedotomía en cuanto el diapason de 512 en la prueba de RINE sea negativo”. Igualmente, indicó que si la operaba el riesgo de complicación de la cirugía es muy alta, corriendo el peligro de tener “una platina flotante y también una pérdida total de la audición”.

Sobre la base de los hechos planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la accionante necesita o no la práctica de dicha cirugía. Por ello esta Sala empezará por reiterar su jurisprudencia constitucional respecto a: (i) la salud como derecho fundamental, (ii) las Entidades Promotoras de Servicios de Salud del Régimen Subsidiado en la prestación de los servicios que no se encuentran incluidos en el POSS, (iii) las reglas para inaplicar los preceptos del POS o POSS, (iv) los procedimientos a observar en eventos en que la orden de servicios de salud ha sido expedida por un médico especialista que no está adscrito a la E.P.S.S., y (v) por último, se resolverá el caso concreto.

### 3. La salud como derecho fundamental.

La Constitución Política en su artículo 48 establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente, en su artículo 49 preceptúa que “la atención en salud y 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”.

La Corte en reiterada jurisprudencia<sup>10</sup> ha precisado que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende todo un conjunto de bienes y servicios que hacen posible, conforme con el mandato estipulado en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible<sup>11</sup>. En igual sentido, en sentencia C-252 de 2010 indicó:

“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”.

Por otra parte, la Observación General número 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipuló que “la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’”.

Por lo expuesto, la Corte reconoce la salud como un derecho fundamental autónomo del cual emanan dos clases de obligaciones: “(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho”.<sup>12</sup>

Además, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud en principio cuando: (i) “esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falla de capacidad económica para hacer valer su derecho”.<sup>13</sup>

De lo anterior, se concluye, que la acción de tutela como medio constitucional de protección de los derechos fundamentales ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”.<sup>14</sup>

4. Entidades Promotoras de Servicios de Salud del régimen subsidiado en la prestación de los servicios que no se encuentran incluidos en el POSS.

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Carta Política se implementaron normas como la Ley 100 de 1993 que dio origen al Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>15</sup>. Dicha norma estipuló que la afiliación al referido sistema es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, y se realiza a través de dos regímenes: el contributivo y el subsidiado. El primero de ellos “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”<sup>16</sup>. Y el segundo “es 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”<sup>17</sup>.

Igualmente, esta ley determinó que el servicio público se prestaría con base en los principios de “eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”<sup>18</sup>. Con dichos preceptos, se instituyó el régimen subsidiado con el objeto de asegurar a la población más pobre y vulnerable al sistema de salud, a través del pago por parte de la Nación “de una cotización subsidiada, total o parcial, con recursos fiscales o de solidaridad...”<sup>19</sup>.

En virtud de lo anterior, es obligación de todas las entidades permitir el acceso a los servicios de salud de las personas de escasos recursos, así como lo consagró el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, que establece como una de las competencias de los departamentos, entre otras: “Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.”

Por ello, este Tribunal ha indicado que la obligación del Estado en relación con la atención de los servicios médicos asistenciales que requieran las personas con el objeto de proteger la existencia misma y su derecho a vivir dignamente, máxime cuando se trata de personas que no cuentan con los medios suficientes para costearla, “no está sujeta a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios. Por tal razón, si una persona bajo estas circunstancias

demanda la atención idónea y oportuna, o requiere de un tratamiento, procedimiento, cirugía o medicamento, excluidos del Plan Obligatorio que rige su vinculación, debe ser atendido por la entidad que le preste el servicio, la cual puede exigir el reintegro de los gastos en que incurra en cumplimiento de lo anterior<sup>20</sup>.”<sup>21</sup>

Igualmente, esta Corporación ha señalado que la responsabilidad de la EPS es de mayor importancia cuando se trata de un individuo afiliado al régimen subsidiado, ya que “por su misma condición de debilidad manifiesta se encuentran en desventaja respecto de aquellas que pertenecen al régimen contributivo, quienes tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del P.O.S.”<sup>22</sup>

Además, tanto la jurisprudencia constitucional<sup>23</sup> como el artículo 4º del Acuerdo número 7224 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en concordancia con el artículo 31 del Decreto ley 806 de 1998<sup>25</sup> exponen que el afiliado del régimen subsidiado que requiera la prestación de un servicio no cubierto por el POS y no cuenta con la capacidad de pago para asumirlo podrá: “acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”.

Aunque en principio las entidades prestadoras del servicio de salud, tienen la responsabilidad de garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, los servicios que no se encuentran incluidos en aquél no le son exigibles y, por ende, no son responsables de su práctica ni financiamiento. Por ello a falta de tal cubrimiento les corresponde, directamente a los municipios, a los departamentos, o a los distritos especiales hacerlo a través de entidades públicas o privadas con las que celebren contratos para prestar los servicios que requieren los usuarios del régimen subsidiado sin capacidad económica para asumirlos<sup>26</sup>.

##### 5. Reglas para inaplicar los preceptos del POS o POSS.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente que so pretexto de aplicar las normas atinentes al Plan Obligatorio de Salud o al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, no se le pueden desconocer a un usuario sus derechos fundamentales. Tal situación sucede cuando una entidad prestadora de servicio interpreta de manera restrictiva la reglamentación,

excluyendo del servicio la prestación de procedimientos, tratamientos o intervenciones quirúrgicas o el suministro de medicamentos, sin los cuales puede afectarse la vida o dignidad del usuario, con el fundamento de que se encuentra excluidos del POS o POSS<sup>27</sup>.

Por ello la Corte ha inaplicado la norma que excluye el suministro de tratamiento, intervención, medicamento o diagnóstico, con el fin de evitar de ese modo que la existencia de un precepto legal o una decisión administrativa imposibilite el goce efectivo de los derechos a la salud, a la vida, a la integridad, y a la seguridad social<sup>28</sup>. Al efecto, y para que resulte viable la aplicación de esta doctrina la Corte ha señalado el deber de probar los siguientes elementos:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”<sup>29</sup>

Dependiendo del caso el juez de tutela deberá comprobar que se cumplan estos lineamientos y una vez verificados podrá ordenar a las entidades prestadoras de servicio de salud el suministro de los tratamientos y medicamentos necesarios para que se practique el procedimiento solicitado. Al respecto, la sentencia T-760 de 2008, expuso:

“Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante

solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud (ver apartado 4.4.4.). 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. Para la Corte 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio."

"5.1.3.4. Es claro entonces que Colmédica EPS irrespetó el derecho a la salud de la accionante, por cuanto no se le garantizó el acceso a un servicio que requería y no estaba incluido dentro del plan obligatorio de servicios, justificando esta negativa, en el propio incumplimiento de un trámite interno".

En suma, se deberá estudiar si el paciente cumple con las condiciones tanto jurídicas como fácticas conforme con lo estipulado por la jurisprudencia, para proteger los derechos a la salud, la vida digna y la seguridad social.<sup>30</sup>

6. Procedimientos a observar en eventos en que la orden de servicios de salud ha sido expedida por un médico especialista que no está adscrito a la E.P.S.S..

La Corte en principio ha señalado que uno de los requisitos para el reconocimiento de prestaciones en materia de salud a través de la tutela es que exista una orden por parte del médico tratante que debe estar adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud de la cual se solicita dicha prestación. Tal situación se basa en el hecho de que la prescripción debe provenir del seguimiento médico que se le adelanta al paciente dentro de la respectiva entidad, además busca prevenir que los requerimientos en materia de salud en cabeza de una persona carezcan de continuidad en relación con el desarrollo de su estado por parte de la empresa que le debe prestar la atención que necesita.<sup>31</sup>

Por ello las decisiones de los jueces constitucionales deben estar fundamentadas en la existencia de una orden médica, dado que el criterio del galeno no puede ser reemplazado por un juicio meramente jurídico, ya que sólo los profesionales de la medicina son aptos para establecer el procedimiento pertinente que se debe aplicar al paciente con el fin de

preservarle la salud y aún la vida.

Por esto la norma general “es que si se reclama un determinado servicio de una empresa prestadora de salud, éste debe estar previamente contenido en una orden emitida por un médico adscrito a la Entidad; pues, se asume que dicha orden es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, producto del análisis médico que se le ha adelantado al usuario dentro de la respectiva Institución”<sup>32</sup>.

Sin embargo vale la pena advertir que en especiales circunstancias las entidades prestadoras de servicios no se percatan de situaciones particulares de sus afiliados, ni garantizan de manera oportuna todas las necesidades que estos requieren, lo que trae como consecuencia que las personas: “(i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a varias opiniones médicas en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la Entidad. Dentro de este contexto, se ven obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como por la misma jurisprudencia en materia de salud”<sup>33</sup>.

Esta Corporación ha expuesto que el hecho de que el galeno no se encuentre adscrito a la respectiva entidad no restringe la posibilidad que un individuo acceda a la garantía de la prestación de este servicio; por esa razón, las personas tienen el derecho a que la empresa prestadora del servicio de salud a la cual se encuentran afiliados “emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución”<sup>34</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado en relación a una orden emitida por un médico externo a la EPS, que la entidad sólo podrá negarse a prestar el servicio de salud, si desvirtúa el dictamen expedido por dicho profesional, fundamentándose en razones científicas o técnicas. Así lo señaló esta Corporación en sentencia T-049 de 2009 donde la demandante solicitaba la realización de una “Cirugía Gastric Bypass por laroscopia” cuya orden médica había provenido de un especialista no adscrito a la EPS de la afiliada indicando que:

“En el evento en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud, sus afiliados tienen derecho a que la respectiva entidad, que es en últimas la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por la condición de salud de la persona, reconocer dicha prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que dé cuenta de aquél que se originó en un médico ajeno a la empresa. La Corte Constitucional ha expresado que cuando la orden haya sido emitida por un médico no adscrito a la EPS, esta Institución sólo puede negarse a prestar el servicio de salud si desvirtúa el concepto médico expedido por dicho profesional, con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el caso concreto. En otras palabras, esta Corporación ha indicado que, corresponde a la respectiva Entidad Prestadora del Servicio de salud someter al paciente a evaluación médica, a partir de la cual puede desvirtuar el concepto del médico externo, de lo contrario debe seguir y cumplir lo prescrito por el profesional no adscrito a la institución”.

Finalmente, es importante señalar, que la sentencia T-760 de 2008 ha reiterado que se vulnera el derecho de la salud de un individuo cuando la Entidad Prestadora del Servicio de Salud “(i) desconoce el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud, (ii) sin ninguna consideración de carácter científico o técnico, (iii) sólo por el hecho de no estar adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio en cuestión, especialmente, (iv) si la entidad nunca cuestionó la validez o idoneidad del concepto médico”.

## 7. Caso concreto.

7.1. En el presente caso, la señora Clara Cecilia Beltrán Martín interpuso el amparo constitucional contra SOLSALUD E.P.S.S. y la Secretaría Distrital de Salud por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, al no habersele autorizado un procedimiento quirúrgico denominado estapedectomía bilateral, el cual le fue recomendado por un médico no adscrito a la E.P.S.S35.

Al respecto SOLSALUD E.P.S.S. manifestó que no ha negado ningún tipo de servicio y que a la fecha no existe orden pendiente para autorizar.

La Secretaría de Salud expuso respecto del procedimiento quirúrgico solicitado, que estando excluido del POS, en caso de autorizarlo el médico tratante, la entidad accionada debe

remitir la paciente a la red de la Secretaría Distrital de Salud para que a través del Comité de Farmacia y Terapéutica de la IPS tratante, se decidiera sobre la aplicación de dicho procedimiento.

Por su parte, el galeno tratante autorizado por la Secretaría Distrital de Salud señaló que no es candidata por el momento para un tratamiento quirúrgico, ya que en el examen clínico “el diapason de 512 en la prueba de RINE resultó (sic) positivo y lo ideal para llevar a cabo la (sic) cirugía y realizar la estapedotomía en cuanto el diapason de 512 en la prueba de RINE sea negativo”. Igualmente, indicó que si la operaba el riesgo de complicación de la cirugía es muy alta, corriendo el riesgo de tener “una platina flotante y también una pérdida total de la audición”.

7.2. Al analizar las pruebas documentales que obran en el expediente observa la Sala que la accionada además de aportar los controles y exámenes médicos del Hospital Santa Clara E.S.E. realizados por el doctor Juan Pablo Navarro, también allegó la prescripción médica suscrita por un especialista particular, ajeno a su E.P.S.S., quien recomendó dicha cirugía; tal situación trae como consecuencia, que en el presente asunto se estudie la posibilidad de realizar el referido procedimiento, ya que si bien la regla general es que el medicamento, insumo o tratamiento a favor de la actora, debe estar ordenado por un galeno adscrito a la correspondiente entidad por presumirse que la orden es el resultado del seguimiento de la condición de salud del paciente, y el producto del estudio médico que se le ha practicado dentro del respectivo centro hospitalario, también lo es, como se dijo antes, que existen circunstancias específicas de los afiliados que las entidades no alcanzan a satisfacer de manera pronta, lo que ocasiona que los usuarios incurran en esas eventualidades, se vean obligados a acudir a profesionales de la salud que no se encuentran adscritos a las empresas prestadoras del servicio de salud para obtener prontamente opiniones ajenas a las de los profesionales médicos que en ellas laboran<sup>36</sup>.

Por ello es importante recalcar, que en el evento en que exista una orden médica expedida por un galeno particular ajeno a la EPS, esta tiene la obligación de desvirtuar el referido dictamen con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el respectivo caso, situación que se omitió en el presente asunto.<sup>37</sup>

7.3. El médico otorrinolaringólogo - otólogo tratante de la señora Beltrán Martín la valoró el

24 de marzo de 2011, estableciendo que conforme a los exámenes practicados, la paciente no requería de dicha cirugía; además el 27 de abril del año en curso le informó a esta Corporación que la paciente sufre de “trastorno afectivo bipolar”<sup>38</sup> y de otoposclerosis bilateral, igualmente que no es candidata por el momento para un tratamiento quirúrgico, toda vez que en el examen clínico indicó que “el diapason de 512 en la prueba de RINE en positivo, y lo ideal para llevar a cirugía y realizar la estapedotomía en cuando el diapason de 512 en la prueba de RINE sea negativo”. También señaló que si la intervenía el riesgo era muy alto, y existía el temor de presentarse “una platina flotante y también una pérdida total de la audición”<sup>39</sup>.

Por su parte, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá indicó que la cirugía del estribo o la estapedectomía: “no cura la enfermedad, el objetivo de la cirugía es restablecer el mecanismo de transmisión del sonido del exterior hacia el oído interno, para hacer esto, se retira el estribo fijo por la enfermedad y se reemplaza por una pequeña prótesis, que unida al hueso yunque realizará la misma función al imitar el movimiento del estribo”.<sup>40</sup> Añadió que para determinar si un paciente es candidato o no para practicarle el procedimiento anotado debe ser valorado cuidadosamente, además de ser necesaria la realización de un estudio de audiometría para determinar el tipo de sordera.

Por otra parte aparece el diagnóstico del doctor Augusto Peñaranda Sanjuán (galeno particular), quien luego de evaluarla y revisar los exámenes “recomienda practicar estapedectomía bilateral, único procedimiento que de una manera eficiente la conectará auditivamente con el medio ambiente para lograr una adecuada relación con su ambiente auditivo y verbal y lograr evitar la pérdida del lenguaje oral, propendiendo por su bienestar físico mental y social” <sup>41</sup>

7.4. De lo expuesto, se observa que las entidades accionadas no manifestaron razones de fondo suficientes para controvertir de manera técnica o científica el concepto dado por el galeno particular. De igual manera, este último tampoco ofreció explicaciones al respecto que llevaran a la convicción de la necesidad de practicar la cirugía, toda vez que solo hace una recomendación encaminada a realizar el procedimiento, sin explicar las razones científicas o técnicas que tuvo para hacer tal diagnóstico.

El criterio emitido por el Instituto de Medicina Legal, expresó que no valoró a la paciente por

carecer del personal técnico científicamente idóneo y de los medios especializados necesarios para calificar la pérdida de capacidad auditiva, su etiología y alternativa de tratamiento, y solo se limitó a definir la patología por la que se le indagaba y las consecuencias que acarrearía el procedimiento quirúrgico sugiriendo en últimas que la paciente debía ser valorada cuidadosamente, además de ser necesaria la realización de un estudio de audiometría para determinar el tipo de sordera con el fin de establecer si era candidata o no, para la práctica de la operación.

Lo anterior, plantea serias dudas a esta Sala para establecer si la práctica del procedimiento denominado estapedectomía bilateral a la actora resulta necesaria, toda vez que existe incertidumbre sobre su verdadero estado de salud; ya que a pesar de haberse solicitado un detallado informe tanto a las entidades accionadas como al Instituto de Medicina Legal sobre la condición actual de la paciente y un resumen acerca de los controles y tratamiento que se le habían practicado, las respuestas a estos requerimientos carecieron de profundidad y no lograron colmar las expectativas de esta Corporación.

7.5. Por otro lado, la Corte ha exigido que debido a la complejidad y riesgo que conllevan ciertos procedimientos quirúrgicos, ordenar su práctica debe satisfacer dos requisitos: “(i) la efectiva valoración técnica que debe hacerse, en cada caso particular, por un grupo interdisciplinario de médicos, la cual debe preceder a la orden de práctica de procedimiento; y (ii) el ‘consentimiento informado del paciente’, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y concreta, los efectos del procedimiento que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo”<sup>42</sup>.

Por ello y a pesar de mediar orden médica expedida por un profesional ajeno a SOLSALUD E.P.S.S., que como ya se explicó no constituye en principio impedimento para reconocer la prestación requerida, lo cierto es que en el presente asunto existen circunstancias que impiden al juez de tutela ordenar directamente la práctica del referido procedimiento. Entre ellas se encuentran: (i) que el médico particular lo recomienda, mas no lo ordena, sin ofrecer explicaciones técnicas ni científicas que demuestren la pertinencia del procedimiento quirúrgico, (ii) que las afirmaciones de la accionante corroboran lo anterior al expresar que: “la cirugía no me la ha ordenado nadie, yo soy la que sugiero que me la hagan” por recomendación del especialista particular y, lo más importante (iii) la ausencia de una

valoración técnica practicada por un grupo interdisciplinario de médicos.<sup>43</sup>

7.6. Si bien de las pruebas se infiere que las entidades accionadas no indicaron motivos de fondo para controvertir el concepto del médico particular, ni éste dio explicaciones que llevaran a la convicción de la necesidad de practicar la intervención quirúrgica, considera la Corte, que a pesar de existir duda sobre la necesidad de la cirugía, se protegerán los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora Clara Cecilia Beltrán Martín, previa valoración de una junta de especialistas en la materia que establezca la viabilidad del referido procedimiento tal como lo sugiere el dictamen del Instituto de Medicina Legal.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de segunda instancia, para en su lugar ordenar a SOLSALUD E.P.S.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo disponga la realización de una junta médica de otorrinolaringología con el fin de examinar y valorar a la paciente para determinar la necesidad del procedimiento quirúrgico denominado estapedectomía bilateral u otro que se encuentre indispensable. En caso de que la junta autorice el referido procedimiento, este deberá ser realizado en un plazo que no supere los treinta (30) días a partir de su autorización. En el evento contrario se continúe con el tratamiento y controles que recomiende la junta.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2011 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que confirmó la dictada el 28 de junio de 2011 por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, mediante la cual se negó el amparo invocado dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Clara Cecilia Beltrán Martín. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Segundo.- ORDENAR a SOLSALUD E.P.S.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación de este fallo disponga la realización de una junta de profesionales especialistas en la materia con el fin de que examine y valore a la señora Clara Cecilia Beltrán Martín con el propósito de determinar si es procedente la práctica del procedimiento quirúrgico denominado estapedectomía bilateral u otro que resulte necesario para garantizarle su salud auditiva. En caso de que la junta autorice el referido procedimiento, este deberá ser practicado dentro de un plazo que no supere treinta (30) días contados a partir de su autorización. En el evento contrario se ordena a las entidades demandadas que continúen suministrándole los tratamientos y controles que recomiende la junta.

Tercero.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación de que trata 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.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folios 37 a 48.

3 Ídem.

4 Cuaderno 2, folio 21 del expediente.

5 Ídem, folio 27.

6 Ídem.

7 Ídem.

8 Ídem, folio 30.

9 Cuaderno 1, folio 14 “Se recomienda practicar estapedectomía bilateral, único procedimiento que de una manera eficiente la conectara audictivamente con el medio ambiente para lograr una adecuada relación con su ambiente auditivo y verbal y lograr evitar la pérdida del lenguaje oral, propendiendo por su bienestar físico mental y social”.

10 Cft. Sentencias T-320 de 2011, T-499 de 2009, T-961 de 2008, y T-649 de 2008, entre otras.

11 Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

12 Sentencia T-760 de 2008.

13 Sentencias T-922 de 2009 y T-760 de 2008, entre otras.

14 Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 2008.

15 El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece dos tipos de afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud: “1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana...”

Agregó que: “A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado...”

16 Artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

17 Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

18 Ley 100 de 1993, “Artículo 2o. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”.

19 Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

20 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en el sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado. El artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. El artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo. Y el artículo 31 del Decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

21 Sentencia T-314 de 2010.

22 Sentencias T-541 de 2003 y T-314 de 2010.

23 Sentencia T-314 de 1010.

24 “Por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”.

25 “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”.

26 Sentencia T-1018 de 2008.

27 Sentencia T-1018 de 2008

28 Sentencias T-1066 de 2004, T-244 de 2008 y T- 1018 de 2008.

29 Sentencias T-709 de 2008 y T-471 de 2007.

30 Sentencia T-953 de 2010.

31 Sentencia T-049 de 2009.

32 Ídem.

33 Ídem.

34 “En este orden de ideas debe reiterarse que, las afirmaciones expuestas anteriormente encuentran fundamento, principalmente en dos razones. La primera, por cuanto resulta de gran importancia proteger el derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras de salud están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. En tal sentido, forma parte de sus deberes emitir valoraciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de la realización de procedimientos y tratamientos, o la entrega de medicamentos e insumos.

La segunda, por cuanto conceder judicialmente la prestación de servicios de salud con base en una orden proveniente de un médico ajeno a la Empresa Promotora de Salud no vulnera el verdadero alcance de la regla general a la que se ha hecho referencia, dado que, de todas formas se satisface el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que éste labore o no en una determinada empresa”. Sentencia T-049 de 2009.

35 Cuaderno 1, folio 14 “Se recomienda practicar estapedectomía bilateral, único procedimiento que de una manera eficiente la conectara auditivamente con el medio ambiente para lograr una adecuada relación con su ambiente auditivo y verbal y lograr evitar la pérdida del lenguaje oral, propendiendo por su bienestar físico mental y social”.

37 Ídem.

38 Cuaderno 2, folio 27.

39 Ídem.

40 Cuaderno 2, folio 17.

41 Cuaderno 1, folio 14.

42 Sentencia T-049 de 2009.

43 Ídem.