

Sentencia T-467/04

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suspensión de tratamiento médico necesario para controlar desarrollo de enfermedad cardíaca por ESS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No práctica de exámenes incluidos en el POSS por ESS y ordenados por médico tratante

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No pueden suspenderse controles con médico especialista

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Subregla constitucional que puede ser aplicada/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Subregla constitucional que puede ser aplicada en prestación de servicios médicos excluidos del POSS que se requieren para el seguimiento de enfermedad cardíaca

Es violatorio del derecho fundamental a la salud de un menor que una ESS, EPS o ARS le suspenda el suministro de un tratamiento médico que requiera, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador. Si tales servicios (i) se encuentran fuera del POSS, (ii) venían siendo prestados por la ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor, (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, será la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado, la entidad encargada de continuar con su suministro, con cargo a recursos del Fosyga, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud no asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del POSS, la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor, tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del POSS, (ii) venían siendo prestados por la ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, inscrito a esta entidad, será la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado, la entidad encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.

Referencia: expediente T-846035

Acción de tutela instaurada por Lucinda Sena Pico, en representación de su hijo Alexander Rodríguez Sena contra el municipio de Montería, la Secretaría de Salud Municipal de Montería y Mutual Ser (Empresa Solidaria de Salud).

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería dentro de la acción de tutela iniciada por Lucinda Sena Pico, en representación de su hijo Alexander Rodríguez Sena, contra el municipio de Montería, la Secretaría de Salud Municipal de Montería y Mutual Ser (Empresa Solidaria de Salud)

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto de febrero 13 de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Dos.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Lucinda Sena Pico, en representación de su hijo menor de edad Alexander Rodríguez Sena, interpuso una acción de tutela contra el municipio de Montería, la Secretaría de Salud Municipal de Montería y la empresa solidaria de salud (ESS) Mutual Ser, por considerar que la negativa de esta ESS de practicarle los exámenes de laboratorio y el ecocardiograma doppler color, ordenados por su médico tratante, y la negativa de autorizarlo para continuar accediendo a consultas trimestrales de control con su médico especialista tratante, vulnera sus derechos a la vida (Arts. 11 y 44), a la seguridad social (Arts. 44 y 48) y a la salud (Arts.

44 y 49). Los hechos que sirven al amparo solicitado fueron los siguientes:

1.1. Alexander Rodríguez Sena tiene 15 años y padece desde hace unos años de una afección cardíaca denominada “válvulopatía reumática con insuficiencia mitral”. Desde hace cuatro años¹, la ESS Mutual Ser le ha venido brindando atención especializada² [consultas trimestrales con un cardiólogo infantil, práctica trimestral de exámenes de laboratorio y práctica anual de exámenes especializados (ecocardiograma doppler color)].

1.2. Sin embargo, en septiembre del año 2003, la mencionada ESS cambió su postura, y no le autorizó al menor, la práctica de los exámenes de laboratorio que su médico tratante le ha venido ordenando trimestralmente³, ni la práctica del ecocardiograma doppler color⁴, que le realizan anualmente, ni le autorizó en lo sucesivo, consultas de control con el cardiólogo que lo ha venido tratando⁵.

1.3. En el texto de la demanda, la señora Lucinda afirma que la citada ESS esgrimió argumentos presupuestales para negarle los servicios requeridos por su hijo⁶. Sin embargo, la ESS Mutual Ser niega haber presentado tal tipo de argumentos⁷. Sostiene que los servicios médicos solicitados no están incluidos en el POSS y que por tal razón, su prestación está a cargo de la entidad departamental de salud⁸.

1.5. Frente a la urgencia de los exámenes y de la consulta médica solicitada, la señora Lucinda afirma en el texto de la demanda lo siguiente: “está en juego la vida de mi hijo”¹⁰, “los exámenes formulados son de carácter urgente, de cual se estaría corriendo un grave riesgo en la salud de mi hijo”¹¹.

En la ampliación de los hechos, sostuvo lo siguiente:

“lo único que tengo que decir es que el niño necesita que lo vea un cardiólogo, que el niño necesita de la ayuda del cardiólogo, que cuando no necesite de esa ayuda él lo pasa para un cardiólogo de adultos, que tiene que hacerle al niño un eco por año, que en el año le hacía tres eco, ahora debe ser anual. Que el niño le da mucha fatiga, cuando él dice que necesita unos exámenes, él lo ordena por el estado malo de salud de mi hijo”¹².

2. Demanda y solicitud

2.1. Fundándose en los hechos narrados en el aparte primero de esta sentencia, Lucinda

Sena Pico, en representación de su hijo menor de edad Alexander Rodríguez Sena, interpuso el 9 de octubre de 2003, una acción de tutela, contra el municipio de Montería, la Secretaría de Salud Municipal de Montería y la empresa solidaria de salud (ESS) Mutua Ser, por considerar que la negativa de esta ESS de practicarle los exámenes de laboratorio y el ecocardiograma doppler color, ordenados por su médico tratante, y la negativa de autorizarlo para continuar accediendo a consultas trimestrales de control con su médico especialista tratante, vulnera sus derechos a la vida (Arts. 11 y 44), a la seguridad social (Arts. 44 y 48) y a la salud (Arts. 44 y 49).

2.2. En su demanda, la accionante, en representación de su hijo menor de edad, solicita al juez de tutela que: “se obligue al municipio de Montería, Secretaría de Salud o ERS Mutua Ser, según corresponda, se le expida la orden de los exámenes formulados por el médico tratante de mi menor hijo, al igual que en lo sucesivo, así como la orden para la cita médica con el doctor Adalberto Morales Diz, médico cardiólogo pediatra cada vez que la salud del paciente lo requiera”.

Se puede observar entonces que las pretensiones de la accionante versan sobre la práctica de los exámenes y la realización de la consulta médica, que hacen parte del control clínico pendiente, desde el mes de septiembre del año 2003. Pero de igual forma, sus pretensiones incluyen los controles clínicos posteriores que requiera el menor, que según las órdenes médicas que reposan en el expediente, deben realizarse cada tres meses¹³.

2.3. El Juez Tercero (3) Civil Municipal de Montería, a quien le correspondió conocer de la tutela de referencia, notificó a los demandados sobre la admisión de la acción de tutela, “para su conocimiento y fines pertinentes”¹⁴, sin incluir en tal comunicación, pregunta alguna relacionada con los hechos del caso. De igual manera, le informó al coordinador del Sisben de Montería sobre la admisión de la acción de tutela de referencia, “en razón a que eventualmente dicho organismo puede verse afectado por el fallo a proferir”¹⁵.

2.4. La asesora del despacho del alcalde de Montería, obrando con expresa delegación, contestó la acción de tutela. En su escrito solicita que se absuelva “de responsabilidad a la administración Municipal y en caso de que se amparen los derechos impetrados por los accionantes esto recaiga con el llamado a responder que es la gobernación de Córdoba a

través de la dirección seccional de salud DASALUD”16.

Apoya su solicitud en los artículos 49 y 51 de la Ley 715 de 2001 [“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 228, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud entre otros”] y en el artículo 4 del Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (“por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”), referente a la complementación de los servicios incluidos en el POSS.

De la interpretación que le da a estas normas, concluye que los servicios solicitados por la accionante deben ser cubiertos con recursos provenientes del subsidio de la oferta, los cuales son girados y administrados por el departamento de Córdoba y no por los municipios. Esta conclusión la enuncia de la siguiente manera:

“El municipio de Montería es CENTRALIZADO, por lo tanto no le giran recursos por sistema general de participaciones, los cuales por ley, son girados directamente al departamento de Córdoba, por lo tanto la responsabilidad recae en forma directa sobre la dirección seccional de salud del departamento DASALUD”17

2.5. En el mismo sentido que el municipio de Montería, la ESS Mutual Ser sostiene en su contestación, que la acción de tutela en cuestión no procede en su contra, y que el departamento de Córdoba, a través de su Dirección Seccional de Salud, es el responsable patrimonialmente de los servicios médicos solicitados por la accionante, por tratarse de servicios médicos no incluidos en el POSS.

Desarrolla su argumentación alrededor de estas dos cuestiones: (i) los servicios médicos solicitados por la accionante no están incluidos en el POSS y (ii) tales servicios están a cargo del departamento (como entidad territorial) y no de la ESS.

2.5.1. Frente al primer tema, sostiene que los controles médicos por especialista y la práctica de algunos exámenes paraclínicos, dentro de un tratamiento no quirúrgico, para una afección cardíaca, no están incluidos en el POSS.

Afirma que si bien el POSS contempla algunos servicios ambulatorios o intrahospitalarios

relacionados con “patologías cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales” (Art. 1, num. 5.1 del Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud), éstos se refieren únicamente a tratamientos quirúrgicos, y el caso del menor Alexander Rodríguez no corresponde a un tratamiento de tal tipo. Al respecto afirma:

“(…) se entiende que los servicios ambulatorios o intrahospitalarios cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, en los casos de afecciones cardiovasculares son los relacionados únicamente con el tratamiento quirúrgico, incluyendo los requeridos en los periodos pre y postoperatorio. El POSS no cubre la atención especializada de los casos no quirúrgicos de afecciones cardiovasculares diferente a la atención de cuidados intensivos. Es así que para el presente caso el cual el afiliado viene padeciendo de valvulopatía reumática con insuficiencia mitral, afección sin indicaciones quirúrgicas para el afiliado (según criterio del especialista tratante, pues viene siendo manejado de forma médica). Por lo tanto el control médico y ayudas diagnósticas complementarias, no están cubiertas por el subsidio a la demanda (Plan obligatorio de salud subsidiado-POS-S) (...)” 18.

La demandada anexa a su contestación, una respuesta dada por la Dirección General de Aseguramiento del Ministerio de Salud¹⁹, a una consulta presentada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá²⁰. En la mencionada respuesta, la Dirección General de Aseguramiento del Ministerio de Salud afirma que los servicios ambulatorios o intrahospitalarios, para afecciones de corazón y estructuras vasculares, cubiertos por el POSS, son sólo los de carácter quirúrgico²¹.

2.5.2. Frente al segundo tema desarrollado en su contestación (responsabilidad patrimonial del departamento de Córdoba en la prestación de los servicios médicos solicitados por la accionante), la ESS demandada se apoya en algunos artículos de la Ley 715 de 2001, referentes a las obligaciones de los departamentos frente a la prestación de servicios de salud a la población pobre, en lo no cubierto por subsidios a la demanda (Arts. 43.2.1, 43.2.2, 47.2, 49) y en el artículo 4 del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, referente a la complementación de los servicios del POSS, con cargo de los recursos del subsidio a la oferta.

De la lectura del artículo 4 del Acuerdo 72 de 1997, la demandada concluye que el hecho que

unos servicios médicos no estén incluidos en el POSS no implica que el paciente no tenga derecho a recibirlos. Al respecto sostiene:

“(…) para tal fin las normas anteriormente descritas contemplan que los servicios no cubiertos por el Plan obligatorio de salud subsidiado deberán ser cubiertos con cargo a los recursos de subsidio a la oferta que reciben los entes territoriales (Municipios y Departamentos) según lo establece la Ley 715 de 2001”²².

Concluye entonces que “(…) la legislación vigente del sector salud establece los recursos y las responsabilidades del Departamento, en cabeza de la Secretaría de Desarrollo de la Salud de Córdoba, para la financiación de las atenciones en salud de las personas pobres no cubiertas por el subsidio a la demanda (Régimen subsidiado), es decir, todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y de suministro de medicamentos que no cubre el carné del régimen subsidiado”²³.

Frente al caso particular de los servicios solicitados por la accionante para su hijo sostiene:

“(…)por lo tanto, el control médico y los exámenes solicitados por la tutelante deben ser responsabilidad del Departamento (Secretaría de Desarrollo de la Salud de Córdoba) a través de la red pública o privada que tenga contratada”²⁴.

Finalmente la ESS Mutual Ser afirma que orientó a la madre del menor en el trámite que debía seguir para tener acceso a los servicios médicos solicitados a través de red pública de salud²⁵.

3. Sentencia objeto de revisión

3.1. Correspondió al Juzgado Tercero (3) Civil Municipal de Montería conocer de la tutela de referencia. En fallo proferido el 28 de octubre de 2003, el juez resolvió negar la acción de tutela porque la accionante no demandó a la entidad departamental, que según los hechos particulares de este caso (régimen subsidiado y servicios excluidos del POSS), era la encargada de prestar los servicios solicitados.

El juez concluye que, bajo las circunstancias específicas del caso en cuestión, las entidades demandadas (el municipio de Montería, la Secretaría de Salud Municipal de Montería y la ESS Mutual Ser) no estaban encargadas de prestar los servicios de salud solicitados. Por tal

razón, su negativa de prestar tales servicios, no constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social del menor.

Al respecto sostuvo:

“(…) las entidades accionadas (…) no son las entidades pertinentes a las cuales debía ir dirigida la presente acción, ya que la patología que padece el menor ALEXANDER RODRÍGUEZ SENA (Afección cardiaca-Valvulopatía reumática con insuficiencia mitral), el cual está afiliado al Régimen Subsidiado en Salud no está contemplada en el POSS (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado), y por consiguiente dicha tutela debía haberse dirigido en forma directa sobre el ente territorial que en este caso sería la DIRECCION SECCIONAL DE SALUD DEL DEPARTAMENTO (DASALUD), por cuanto es el ente competente que maneja los recursos del Sistema General de Participación, Renglón Subsidio a la Oferta, el sendero legal en este caso particular era haber dirigido la presente acción contra dicho ente anteriormente mencionado para la cual el JUZGADO COMPETENTE ES EL CIVIL DEL CIRCUITO DE MONTERIA QUIEN HUBIESE ESTUDIADO EL CASO.

En este orden de ideas manifiesta el Juez de conocimiento que no es ajeno a la situación que presenta el menor ALEXANDER RODRIGUEZ SENA, pero mal podría el Juzgado tutelar los derechos constitucionales fundamentales invocados por el actor contra dichas entidades las cuales no se encuentran VULNERANDO DERECHO ALGUNO”²⁶.

Guardando coherencia con la parte motiva de la sentencia, el juez de tutela, en el numeral 1 de la parte resolutive, niega la acción de tutela y establece lo siguiente:

“las entidades mencionadas no han vulnerado derecho constitucional fundamental alguno (la presente acción debía haber sido dirigida contra la DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD DEL DEPARTAMENTO-DASALUD)”²⁷.

3.2. En la parte motiva de la sentencia, el juez de instancia no ahonda en el cubrimiento del POSS frente a la afecciones cardíacas, no tiene en cuenta el principio de continuidad del servicio de salud, y no analiza si, bajo los supuestos de hecho del caso, son aplicables las subreglas constitucionales referente a la prestación de servicios de salud, excluidos del

POSS, a menores que padecen de una enfermedad grave.

3.3. En cuanto a protección de los derechos del menor, el juez de instancia, además de afirmar que no es ajeno a la situación que afronta, sostiene lo siguiente: “En conclusión, el control médico y los exámenes solicitados por el peticionario eventualmente se pueden dirigir a la (Secretaría de Desarrollo de la Salud de Córdoba), a través de la Red Pública o privada que tenga contratada”.

4.1 En aras de aclarar el cubrimiento del POSS en el área de enfermedades cardíacas, esta Sala de Revisión solicitó al Viceministro de Salud y Bienestar, que informara si están incluidos dentro del POSS, las consultas de control con un especialista, la práctica de exámenes de laboratorio y de exámenes especializados (específicamente un ecocardiograma doppler color), para un menor que padece de valvulopatía reumática con insuficiencia mitral.

4.1.1. Al respecto, Claudia Janeth Wilches Rojas, jefe de la oficina jurídica y apoyo legislativo del Ministerio de la Protección Social, sostuvo lo siguiente:

“Los exámenes requeridos por la accionante se encuentran contenidos en el POSS en el Acuerdo 72 de 1997, artículo 1 Literal C, numeral 228(...)

En consecuencia de lo anteriormente señalado, solicito ordenar que los exámenes incluidos en el POSS se suministren a través de la aseguradora a la cual se encuentra afiliado el accionante y por tanto, debe excluirse al Ministerio de la Protección Social-FOSYGA de las responsabilidades que se le endilgan en la presente acción de tutela”²⁹.

4.1.2. En su escrito, la jefe de la oficina jurídica y apoyo legislativo del Ministerio de la Protección Social no respondió si las consultas de control con un especialista, específicamente un cardiólogo infantil, para un menor que padece de valvulopatía reumática con insuficiencia mitral, están incluidas en el POSS.

4.2. Con el objetivo de precisar, al momento de decidir la presente tutela, la evolución de la enfermedad y el grado de afectación de los derechos a la vida, la integridad y la salud del menor accionante, por la ausencia de controles médicos y por la no práctica de los exámenes que le fueron ordenados (exámenes de laboratorio y ecocardiograma doppler color), esta

Sala de Revisión solicitó al médico tratante informar (i) en qué consiste la enfermedad que padece el menor, (ii) de qué manera se ven afectados sus derechos a la vida y a la salud, por la no realización de los exámenes ordenados y (iii) cuáles son los riesgos que se le generan al menor, por no acceder a las consultas trimestrales de control con su médico especialista tratante.

Sin embargo, el cardiólogo infantil Adalberto Morales Diz, médico tratante del menor, no contestó el requerimiento de esta Sala de Revisión.

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

De acuerdo con los hechos narrados por las partes y con las pruebas aportadas en este proceso, se puede concluir que el presente caso versa sobre la suspensión de un tratamiento médico, necesario para controlar el desarrollo de una enfermedad cardíaca que padece un menor.

En aras de facilitar el estudio del caso y de aplicar subreglas constitucionales precisas, el tratamiento médico que requiere el menor será analizado dividiendo cada uno de los servicios que lo componen: de un lado la práctica de los exámenes, y de otro lado el control con un médico especialista.

Teniendo en cuenta tal salvedad, los problemas jurídicos que se deben resolver son los siguientes:

¿viola una ESS el derecho a la salud de un menor afiliado, al no practicarle unos exámenes de laboratorio y un examen especializado que requiere, que están incluidos en el POSS y fueron ordenados por su médico tratante, perteneciente a esta entidad?

¿viola una ESS el derecho a la salud de un menor de edad, afiliado a esta entidad, al suspenderle las consultas de control con un médico especialista, que se encuentran fuera del POSS y que requiere para el adecuado seguimiento de una enfermedad cardíaca que padece?

Estos problemas jurídicos ya han sido estudiados por la Corte Constitucional con anterioridad, por tal razón, en esta sentencia se reiterarán los precedentes constitucionales relativos a la violación del derecho a la salud de un menor, causada por (i) el no suministro de servicios médicos incluidos en el POSS, requeridos por un paciente, y ordenados por su médico tratante, y por (ii) la suspensión de un servicio médico requerido y que venía siendo suministrando (quebrantamiento del principio de continuidad del servicio de salud).

De igual manera se reiterarán el precedente constitucional relativo a la violación del derecho a la salud de un menor que padece de una patología grave y que se le niega el suministro de servicios médicos excluidos del POSS que requiere y que fueron ordenados por su médico tratante.

2.1. La no práctica de exámenes incluidos en el POSS, requeridos por un menor y ordenados por el médico tratante, constituyen una violación de su derecho a la salud.

Esta Sala de Revisión estudiará si la ESS Mutual Ser vulneró el derecho fundamental a la salud, del menor Alexander Rodríguez, al no practicarle los exámenes de laboratorio³⁰ y el ecocardiograma doppler color, incluidos dentro del POSS, ordenados por su médico tratante, necesarios para realizarle un adecuado control a la afección cardíaca que padece.

En este caso, la vulneración de los mencionados derechos es evidente. Los exámenes fueron ordenados por el médico tratante del menor, adscrito a la ESS, por considerarlos necesarios para el adecuado control médico al que debe someterse, por padecer de la enfermedad cardíaca “valvulopatía reumática con insuficiencia mitral”.

Frente a la inclusión en el POSS de los exámenes solicitados, esta Sala de Revisión acogerá el concepto afirmativo que al respecto rindió la oficina jurídica y de apoyo legislativo del Ministerio de la Protección Social, durante el trámite de esta acción de tutela³¹.

Sin embargo, es pertinente aclarar que si bien la respuesta dada por la mencionada oficina

del Ministerio de la Protección Social está debidamente fundamentada en el Acuerdo 72 del CNSS, ésta no absuelve de manera absoluta los contrargumentos presentados la ESS Mutual Ser, a los que se hará referencia más adelante. En todo caso, por tener una fundamentación razonable y en aras de proteger los derechos fundamentales del menor, esta Sala de Revisión acogerá el concepto entregado por el Ministerio de Protección Social, al que se ha hecho referencia.

Habiendo constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos para la práctica oportuna de los exámenes mencionados, se concluye que no existe justificación constitucionalmente válida para haberle negado su práctica. Tal omisión constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud del menor Alexander Rodríguez.

Según lo establecido por el Ministerio de la Protección Social, en la respuesta enviada a esta Sala de Revisión, los exámenes de laboratorio y el ecocardiograma doppler color ordenados a Alexander, corresponden a servicios médicos incluidos en la atención hospitalaria de menor complejidad (Art. 1, lit. c, num 2 del Acuerdo 72 del CNSSS), y no a servicios médicos pertenecientes a la atención de enfermedades de alto costo (Art. 1, lit. c, num 5 del Acuerdo 72 del CNSSS).

A estos últimos servicios fue a los que hizo referencia la ESS Mutual Ser en su contestación a la demanda. Esta ESS sostuvo que los exámenes que requiere el menor corresponden atenciones de enfermedades de alto costo, y que si bien el POSS incluye algunos servicios en el área de enfermedades de alto costo, los exámenes solicitados no se encuentran contemplados, por no hacer parte de un tratamiento quirúrgico.

Esta Sala de Revisión, al haber constatado la vulneración del derecho fundamental a la salud del menor Alexander Rodríguez, procederá a ordenarle a la ESS Mutual Ser, que en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a practicarle los exámenes de laboratorio y el ecocardiograma doppler color, ordenados por su médico tratante.

De igual manera se le ordenará a esta ESS, que en lo sucesivo, continúe practicándole a Alexander los citados exámenes de control, con la periodicidad que señale su médico tratante. A la fecha de esta sentencia, tal periodicidad ha sido establecida por su médico de la siguiente manera: anual para el ecocardiograma doppler color y trimestral para los exámenes de laboratorio (hemograma completo aso, glicemia, colesterol, triglicéridos,

nitrógeno ureico, creatinina y orina completo).

Es importante señalar que con anterioridad, la ESS Mutual Ser sí le había practicado los referidos exámenes a Alexander, como parte del control clínico que requiere su patología cardíaca. La negativa de continuar suministrándoselos, además de constituir un incumplimiento grave las obligaciones legales y constitucionales de esta ESS, pone en peligro los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, y constituye un quebrantamiento injustificado del principio de continuidad de la prestación del servicio de salud, al que se hará referencia en el siguiente aparte.

A continuación se procederá a analizar la violación del derecho a la salud del menor por el no suministro del segundo componente del tratamiento que requiere: las consultas de control con su médico especialista.

2.2. Es violatorio del derecho a la salud de un menor, con una afección cardíaca, suspenderle los controles que requiere con un médico especialista, por encontrarse fuera del POSS. Bajo las circunstancias específicas del caso en cuestión, los controles con su médico especialista deben continuar siendo suministrados por la ESS a la que se encuentra afiliado y serán financiados con recursos del Fosyga.

2.2.1. Definición de la subregla aplicable

El segundo componente del tratamiento médico requerido por el menor Alexander Rodríguez, necesario para salvaguardar su derecho a la salud y cuyo suministro fue suspendido por la ESS Mutual Ser, en contravía de lo dispuesto por su médico tratante, son las consultas trimestrales con su médico especialista.

A diferencia de los exámenes que le fueron ordenados, las referidas consultas médicas no están incluidas dentro del POSS. Este hecho agrega un elemento adicional a tener en consideración en el análisis del problema jurídico, que a su vez, va a ser relevante para determinar la entidad encargada de prestar este componente del tratamiento médico requerido y el ente encargado de financiarlo.

De esta manera, el problema jurídico que debe estudiar esta Sala de Revisión frente a la

consulta médica especializada requerida es el siguiente:

¿viola una ESS el derecho a la salud de un menor de edad, afiliado a esta entidad, al suspenderle las consultas de control con un médico especialista, que se encuentran fuera del POSS y que requiere para el adecuado seguimiento de una grave patología cardíaca que padece?

Existen dos subreglas constitucionales que podrían ser aplicadas. Una es la relativa al principio de continuidad de los servicios de salud y la otra hace referencia a la prestación de servicios médicos excluidos del POSS a menores que sufran de patologías graves.

Sin embargo, ninguna de las dos subreglas contempla todos los elementos que componen el problema jurídico señalado. Por tal razón, esta Sala de Revisión lo estudiará a la luz de cada una de las subreglas constitucionales aplicables, en aras de no excluir ninguno de los elementos relevantes para el análisis.

2.2.2 Subregla No 1: Es violatorio del derecho a la salud de un menor, que padece de una afección cardíaca, suspenderle el suministro que requiere, de controles con su médico especialista y que fueron ordenados por éste.

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha establecido que el servicio de salud debe regirse, entre otros principios, por el de continuidad³². Esto implica que el suministro de un servicio de salud (v.gr. medicamentos, exámenes, consultas, intervenciones), no puede ser suspendido, cuando habiendo sido iniciado, continúa siendo necesario para salvaguardar la vida, la integridad y la salud del paciente, según el criterio de su médico tratante³³.

Para la aplicación de esta subregla no se tiene en cuenta la edad del paciente, ni la gravedad de la patología ni si el tratamiento está contenido en el POSS. Los elementos que son relevantes para su aplicación son (i) la iniciación previa del tratamiento, (ii) que éste sea necesario para tratar una enfermedad y (iii) que haya sido ordenado por el médico tratante.

En el caso objeto de estudio, durante cuatro años continuos, la ESS Mutual Ser le había venido suministrando al menor Alexander Rodríguez, acceso a consultas con un médico especialista, tal como su enfermedad cardíaca lo requiere.

Sin embargo, de un momento a otro, y en contravía de lo dispuesto por el médico tratante³⁴, la ESS Mutual Ser decidió suspenderle a Alexander los controles con el cardiólogo infantil, vulnerando con esto su derecho a la salud.

Esta suspensión en el control médico, viola el principio de continuidad que rige al servicio de salud y vulnera el derecho fundamental a la salud del menor.

Habiendo establecido que se cumplen los requisitos contenidos en la subregla constitucional en cuestión, sería procedente ordenarle a la ESS Mutual Ser que reanude de manera inmediata el control médico que requiere Alexander con el médico especialista que lo ha venido tratando, cumpliendo con la periodicidad que el profesional de la salud indique.

De acuerdo con esta subregla constitucional, el costo de esta atención médica deberá ser asumido por la ESS Mutual Ser, por ser la entidad a la que encuentra afiliado el menor y la que le ha venido suministrando el servicio.

2.2.3. Subregla No 2: Es violatorio del derecho a la salud de un menor, que padece de una afección cardíaca, no suministrarle citas de control con su médico especialista, que se encuentran excluidos del POSS, que son necesarios para el tratamiento de una patología grave que padece y que han sido ordenados por su médico tratante.

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha establecido que cuando un menor afiliado al régimen subsidiado de salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POSS, ordenado por los médicos competentes, tendrá derecho a que se le preste el servicio requerido³⁵.

Esta subregla señala que por tratarse de un servicio médico excluido del POSS, la primera llamada a suministrárselo será la entidad territorial donde resida el paciente, a través de las entidades públicas o privadas con las que tenga contrato, con cargo a los recursos de subsidio de la oferta.

Sin embargo, en aras de garantizar el efectivo suministro del servicio requerido, la Corte Constitucional ha establecido que en el evento en el que la ARS a la que se encuentre afiliado el menor, tenga mayor capacidad de respuesta que la entidad territorial, ésta será la

encargada de suministrarle el servicio, quedando facultada para repetir contra el Fosyga.

El caso objeto de revisión cumple con todos los requisitos señalados por la citada subregla constitucional³⁶ y por tal razón, es procedente ordenarle al departamento de Córdoba o a la ESS Mutual Ser, que le suministre al menor Alexander Rodríguez, las consultas de control que requiere con el cardiólogo infantil, en la periodicidad que éste señale.

2.2.4. Conclusión de la aplicación de las dos subreglas analizadas, a la negativa de la ESS de suministrarle al menor, los controles que requiere con su médico especialista y que fueron ordenados por éste.

La aplicación de las dos subreglas señaladas coinciden en su conclusión: es necesario que se reanude de manera inmediata, el acceso del menor Alexander Rodríguez a las consultas de control con el cardiólogo infantil que lo ha venido tratando, por ser éste un servicio médico necesario para el debido tratamiento de una patología cardíaca que padece.

El análisis de todos los elementos relevantes del problema jurídico planteado, mediante la aplicación de las dos subreglas señaladas y no de una sola, permite establecer que bajo los supuestos particulares del caso en cuestión, la entidad responsable de prestar las consultas con el médico especialista es la ESS Mutual Ser, pero con cargo a los recursos del Fosyga.

A esta conclusión se llega al revisar que ésta es la entidad que ha venido prestando el mencionado servicio, y que en esta medida, goza de mayor capacidad de respuesta que el departamento de Córdoba para prestarlo de manera inmediata³⁷, dada la gravedad de la afección. Adicionalmente, en virtud del principio de continuidad del servicio de salud, ésta sería la entidad llamada a mantenerlo.

Sin embargo, por estar excluidas del POSS, las citas de control médico con el cardiólogo infantil, la ESS Mutual Ser no está llamada a financiarlas con recursos propios, sino con recursos públicos. Por tal razón, se le facultará para que repita contra el Fosyga, por los costos de los controles médicos especializados que le preste al menor.

Es importante aclarar que dentro de la dinámica del sistema de seguridad social puede ocurrir que de un momento a otro, la entidad encargada de prestar un servicio de salud deje de serlo y que se le asigne a otra entidad la obligación de prestarlo. Esto puede ocurrir por

cambios en la normatividad, porque los servicios fueron incluidos o excluidos de los listados del POS o del POSS, porque la entidad prestadora del servicio se dio cuenta que había asumido equivocadamente su prestación y que legalmente no le correspondía su suministro, entre otros eventos.

En todo caso, en virtud del principio de continuidad del servicio de salud, durante la transición de una entidad a otra, se debe garantizar el oportuno suministro del servicio médico requerido por el paciente³⁸.

En conclusión, es violatorio del derecho fundamental a la salud de un menor que una ESS, EPS o ARS le suspenda el suministro de un tratamiento médico que requiera, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador.

Si tales servicios (i) se encuentran fuera del POSS, (ii) venían siendo prestados por la ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor, (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, será la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado, la entidad encargada de continuar con su suministro, con cargo a recursos del Fosyga, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud no asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del POSS, la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor, tendrá derecho a repetir contra este fondo.

De otro lado, si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del POSS, (ii) venían siendo prestados por la ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, inscrito a esta entidad, será la ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado, la entidad encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por Juzgado 3 Civil Municipal de Montería en el proceso

T-846.035, mediante sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil tres (2003).

Segundo.- ORDENAR a la ESS Mutual Ser que en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a practicarle al menor Alexander Rodríguez los exámenes de laboratorio (hemograma completo asto, glicemia, colesterol, triglicéridos, nitrógeno ureico, creatinina y orina completo) y el ecocardiograma doppler color, ordenados por su médico tratante, dentro del control médico que requiere por padecer de una valvulopatía reumática con insuficiencia mitral.

Tercero.- ORDENAR a la ESS Mutual Ser que en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a autorizarle al menor Alexander Rodríguez una cita con el cardiólogo infantil que lo ha venido tratando, que deberá llevarse a cabo dentro de la semana siguiente a la notificación de este fallo.

Cuarto.- ORDENAR a la ESS Mutual Ser que en lo sucesivo, continúe suministrándole a Alexander Rodríguez el control clínico que requiere por su enfermedad cardiaca, con la periodicidad que señale su médico tratante.

El control clínico consiste en la actualidad, en (i) la práctica de un ecocardiograma doppler color, (ii) de unos exámenes de laboratorio que señale su médico tratante, y (iii) en el suministro de citas de control con su cardiólogo infantil.

A la fecha de esta sentencia, la periodicidad del control clínico ha sido establecida por su médico tratante de la siguiente manera: anual para el ecocardiograma doppler color y trimestral para los exámenes de laboratorio (hemograma completo asto, glicemia, colesterol, triglicéridos, nitrógeno ureico, creatinina y orina completo) y para las citas con su cardiólogo infantil.

Quinto.- AUTORIZAR a la ESS Mutual Ser para que repita contra el FOSYGA, por el costo de las consultas de control clínico de Alexander Rodríguez con su cardiólogo infantil tratante, que esta ESS le deberá suministrar según lo establecido en esta sentencia.

El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará. En todo caso, el término para el pago de la obligación reconocida no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir de la presentación de la petición.

Sexto.- Líbrese por Secretaria General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, además de remitir copia de la sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Folio 36 del expediente.

2 En el numeral 5 del texto de la demanda, la señora Lucinda afirma que cada tres meses, el médico tratante le ha venido ordenando a su hijo los exámenes en cuestión, y que la ESS. Mutual Ser se los había venido practicando.

3 En la fórmula médica de septiembre 15 de 2003 que reposa en el expediente (folio 5), el médico tratante del menor le ordena los siguientes exámenes: (1) hemograma completo asto, (2) glicemia, (3) colesterol, (4) triglicéridos, (5) nitrógeno ureico, (6) creatinina y (7) orina completo.

En el numeral 5 de la demanda, la señora Lucinda lista los exámenes ordenados a su hijo y frente a la periodicidad de los mismos afirma lo siguiente: “(...) me acerqué a las dependencias de MUTUAL SER para la correspondiente orden para los exámenes (...), como

de costumbre, ya que el médico se los manda cada tres meses”.

4 La orden del médico tratante para la práctica del mencionado examen es del 15 de septiembre de 2003 (Folio 6 del expediente). En un concepto dado por el médico tratante el 22 de septiembre de 2003, que reposa en el expediente (folio 3), afirma que el paciente “requiere de control clínico cada 3 meses y ecocardiograma doppler color mínimo anual para evitar las complicaciones que se puedan presentar”.

5 En el folio 33 del expediente reposa una comunicación del 17 de octubre de 2003 del médico tratante, dirigida a la ESS. Mutual Ser, en la que aclara que el control que le realiza al menor accionante es un control clínico, no un control quirúrgico.

6 En el numeral 5 de la demanda, la accionante afirma que cuando solicitó a la ESS Mutual Ser la autorización para la práctica de los exámenes que le fueron ordenados a su hijo por el médico tratante, esta ESS le informó que no le podían seguir prestando este servicio, que con anterioridad sí le había suministrado, “porque el municipio no les giraría plata por ahora y que le era imposible practicarle los exámenes formulados, al igual que no le podían seguir autorizando los controles con el cardiólogo pediatra(..)”. (folio 1 del expediente).

De igual manera en la diligencia de ampliación de los hechos, la señora Lucinda afirma lo siguiente: “(...) fui a sacar la consulta para el mes de septiembre y me dijeron que él no tenía derecho a ningún servicio porque ya lo habían quitado, únicamente a consulta, porque esos privilegios los habían quitado, no tengo recurso (sic) y en el hospital me dijeron que eso no lo hacían, no tengo recursos para estos ecos (...)”. (folio 36 del expediente).

7 Folio 31 del expediente.

8 En la contestación del 16 de octubre de 2003 a la acción de tutela, la ESS Mutual Ser afirma lo siguiente: “En efecto, la señora Lucinda Sena Pico refiérase en su acción extraordinaria a los controles médicos por especialista y práctica de algunos exámenes paraclínicos que según el tratamiento no quirúrgico y patología (Valvulopatía Reumática) de su hijo Alexander Rodríguez Sena no son contemplados en el POSS (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado), por lo que tal responsabilidad patrimonial recae en forma directa sobre el ente territorial. En este caso la Dirección Seccional de Salud del Departamento, por cuanto es el ente que maneja los recursos del Sistema General de Participación, Renglón Subsidio a la

Oferta (...)” (folio 24 del expediente).

9 En el folio 8 del expediente, reposa copia del carné de afiliación de Alexander Rodríguez al régimen subsidiado de salud.

10 Folio 1 del expediente, numeral 7 de la demanda.

11 Folio 1 del expediente, numeral 8 de la demanda.

12 Folios 36 y 37 del expediente.

13 Folio 3 del expediente. Se debe hacer la salvedad, que si bien los controles clínicos han sido ordenados por el médico tratante con una periodicidad de tres meses, la práctica del ecocardiograma doppler color ha sido ordenada con una periodicidad anual.

14 Folios 21, 22 y 23 del expediente.

15 Folio 20 del expediente.

16 Folio 39 del expediente.

17 Folio 38 del expediente.

18 Folio 29 del expediente.

19 En la copia anexada en el expediente no son completamente legibles los datos identificadores de este concepto. Parecería que se trata de la radicación No 18553 del 4 de marzo de 2002, expedida por el señor Carlos Mario Ramírez Ramírez de la Dirección General de Aseguramiento del Ministerio de Salud, dirigida al señor Hernán Darío Amillante, jefe del área de calidad de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

20 La demandada no aportó copia de la consulta formulada. Por tal razón, la respuesta dada por el Ministerio de Salud carece del contexto necesario para entender el alcance de lo que allí se afirma.

21 “(...) el concepto de esta Dirección es que los servicios, ambulatorios o intra-hospitalarios, cubiertos por el POSS en los casos de afecciones de corazón y estructuras vasculares

aludidas en el numeral 5.1. del Acuerdo 072, son los relacionados únicamente con el tratamiento quirúrgico, incluyendo los requeridos en los periodos pre y postoperatorio. El POSS no cubre la atención especializada de los casos no quirúrgicos de afecciones cardiovasculares diferentes a la atención en Cuidados Intensivos/intermedios” (folio 34 del expediente).

22 Folio 31 del expediente.

23 Folio 31 del expediente.

24 Folio 31 del expediente.

25 Folio 31 del expediente.

26 Folio 45 del expediente.

27 Folio 46 del expediente.

28 Acuerdo 72 de 1997, artículo 1, literal c, numeral 2: “Atención Hospitalaria de menor complejidad: Garantiza la atención integral de los eventos que requieran una menor complejidad para su atención con internación a nivel hospitalario según lo definido en la Resolución No. 5261 de 1994, artículos 103 y 104 y las demás normas que la adicionen o modifiquen. Incluye la atención por los profesionales, técnicos y auxiliares, el suministro de medicamentos, material medicoquirúrgico, exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas, derechos de hospitalización, cirugía y sala de partos. Para las gestantes incluye la atención del parto de bajo riesgo vaginal o por cesárea, y en planificación familiar incluye la ligadura de Trompas de Falopio. (subrayado en la contestación del Ministerio de la Protección Social, fuera del texto original).

29 Folios 62 y 63 del expediente.

30 En la fórmula médica de septiembre 15 de 2003 que reposa en el expediente (folio 5), el médico tratante del menor le ordena los siguientes exámenes: (1) hemograma completo, (2) glicemia, (3) colesterol, (4) triglicéridos, (5) nitrógeno ureico, (6) creatinina y (7) orina completo.

31 Folios 62 y 63 del expediente.

32 T-406/93 (MP: Alejandro Martínez Caballero), SU-562/99 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-319/04 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) entre otras.

33 En la sentencia T-170/02 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) se recopilaron algunas circunstancias de hecho en las que la jurisprudencia ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad de un paciente. Se citaron los siguientes casos: (i) la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) el paciente ya no esté inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; (vi) el medicamento no había sido suministrado antes pero se entiende perteneciente al tratamiento que se le venía adelantando al paciente; o (vii) la suspensión genera una grave e inmediata desmejora en las condiciones de vida digna.

35 Esta subregla fue formulada por primera vez en la sentencia T-972/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, donde se le ordenó a la ARS a la que se encontraba afiliada una menor, que con cargo a recursos del Fosyga, realizara la gestiones necesarias para que se le practicara el trasplante de hígado que estaba requiriendo. Esta subregla ha sido reiterada en varios fallos, entre los que se incluyen los siguientes: T-1087/01 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-280/02 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-911/02 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-547/03 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) y T-094/04 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

36 El paciente es un menor de edad, el servicio médico solicitado se encuentra excluido del POSS y una valvulopatía reumática con insuficiencia mitral es una patología grave.

37 Es pertinente mencionar también que en la actualidad el departamento de Córdoba afronta graves problemas en sus finanzas públicas.

38 En la sentencia C-800/03 (MP: Manuel José Cepeda) la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, referente a la obligación de las EPS de no

desafiliar a los trabajadores ni a sus beneficiarios, cuando su empleador estuviere en mora de hacer los aportes, a pesar de haberles descontado de su salario lo que corresponde. Este artículo fue declarado exequible, salvo en lo referente a un plazo cierto (6 meses) que establecía esta norma, que una vez vencido, liberaba a la EPS de su obligación de continuar suministrándole al trabajador los servicios médicos que requiriera.

La exequibilidad se declaró en el entendido que “en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio”.

En las consideraciones, la Corte se refiere a todos los supuestos fácticos en los que se puede dar un cambio en el tipo de afiliación de un trabajador al sistema de seguridad social en salud o en sus condiciones económicas o de salud (v.gr. (i) cambia de EPS, (ii) cambia del régimen contributivo al régimen subsidiado, (iii) pasa a estar vinculado, (iv) deja de requerir el servicio de salud o (v) tiene recursos suficientes para costear el tratamiento que se le venía prestando) y señala de qué manera, en la transición de un tipo de afiliación a otra o de una condición económica o de salud a otra, se debe garantizar el principio de continuidad en el servicio de salud.