

T-613-14

Sentencia T-613/14

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Caso en que EPS se niega a autorizar un examen diagnóstico bajo el argumento de no contar con la tecnología dentro del territorio nacional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Procedencia de tutela

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y DEBER DE LAS EPS DE PRESTAR EL SERVICIO DE SALUD SIN DILACIONES/DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

El principio de integralidad, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”.

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a EPS programar y fijar fecha para práctica de examen diagnóstico ordenado por médico tratante

Referencia: expediente T-4312572

Alexander Ariza Marín contra Compensar EPS; y como vinculados el Ministerio de Salud de la Protección Social y el Instituto Roosevelt.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge

Iván Palacio Palacio, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES.

El señor Alexander Ariza Marín, interpone acción de tutela contra Compensar EPS, por considerar que esa entidad le está vulnerando los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social, al negarse a autorizar la realización de un examen diagnóstico con el cual pueda determinar qué enfermedad padece, qué tratamiento debe seguir para una recuperación adecuada, así como la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez. Para fundamentar su solicitud de tutela el peticionario relata los siguientes:

#### 1. Hechos

1.1. Manifiesta que está afiliado al régimen contributivo de salud con la EPS Compensar como cotizante dependiente de la empresa Offser Gráfico S.A. de la que era trabajador.

1.2. Indica que en la actualidad tiene 34 años de edad y que fue diagnosticado con "G710 DISTROFIA MUSCULAR ESPINAL- ATROFIA MUSCULAR ESPINAL- SIN OTRA ESPECIFICACION" por lo que ha sido sometido en múltiples ocasiones a controles con especialistas, exámenes y tratamientos con medicamentos. No obstante, su salud se encuentra muy deteriorada debido a que no le han podido dar un tratamiento adecuado por no tener el diagnóstico final.

1.3. Relata que el pasado 28 de enero del año en curso, la Dra. Johanna Carolina Acosta Guio, genetista adscrita a la EPS, le ordenó el examen "CODIGO 908412 DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2", con el objeto de determinar qué enfermedad padece y poder iniciar un

tratamiento acorde con su enfermedad.

1.4. No obstante, al solicitar información sobre el procedimiento, le informaron en la EPS que ese examen diagnóstico no estaba incluido en el POS y por tal razón, debía elevar la solicitud de medicamentos y procedimientos NO POS.

1.5. Comenta que radicó los formularios correspondientes ante la la EPS Compensar, quien mediante oficio del 3 de febrero de 2014, dio contestación a la solicitud, negando la autorización del examen y aduciendo que se trataba de una tecnología no disponible en el territorio nacional.

1.6. Con fundamento en lo anterior, el señor Alexander Ariza Marín acude mediante acción de tutela con el objeto de solicitar la autorización inmediata, oportuna y sin dilaciones del examen denominado "CODIGO 908412 DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2" ordenado por la especialista tratante adscrita a la EPS, así como el tratamiento integral de la enfermedad degenerativa que padece.

Lo anterior con el objeto no solo de recibir un tratamiento adecuado a su padecimiento, sino además de mejorar su calidad de vida, recuperar en lo posible su salud y acceder a una posible pensión de invalidez, toda vez que en la actualidad está en trámite un proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral y el diagnóstico es importante para determinar si tiene derecho o no a esta prerrogativa.

Finalmente, pone de presente que no está devengando ningún salario porque se encuentra desempleado e incapacitado hace ya más de 6 meses.

2. Respuesta de la entidad accionada Compensar EPS

Mediante oficio recibido por el juez de instancia el 13 de febrero de 2014, el apoderado de Compensar EPS manifestó que no está vulnerando los derechos fundamentales del peticionario y que por el contrario, ha hecho entrega de los medicamentos y autorizaciones POS y NO POS requeridos.

En lo referente a la solicitud del examen diagnóstico, aduce que no está obligado a realizarlo de acuerdo a lo contemplado en la Resolución núm. 5521 de 2013. Argumenta

que de acuerdo a las exclusiones previstas en su articulado, en aquellos eventos en los que no se cuenta con la tecnología adecuada para llevar a cabo un procedimiento o examen diagnóstico en el territorio nacional, no es obligación de la EPS asumir el tratamiento. Situación que se presenta en este caso.

Afirma, que el examen diagnóstico solicitado no tiene otro fin más que comunicarle al paciente el resultado y en consecuencia no es ni un servicio de salud ni un medicamento. Por tanto, a juicio de la EPS no ocasiona un perjuicio irremediable.

Indica que el señor "Gutiérrez" tiene un IBC de \$1.134.000, que "no depende de sus padres", y que, en este caso no es procedente que la EPS asuma el costo del examen toda vez que, según el IBC reportado, el peticionario tiene capacidad de pago para asumirlo.

Advierte que en el evento en el que se determine que hay lugar a la protección, lo procedente no es ordenar que se realice el examen sino que se lleve a cabo una nueva valoración, con el objeto de determinar si existe un examen opcional que reemplace el ordenado.

Finalmente el representante legal expone las siguientes pretensiones:

"Se sirva decretar la improcedencia de la tutela ya que no existe ninguna conducta por parte de Compensar EPS que pueda considerarse como violatoria de los derechos fundamentales, pues el procedimiento solicitado se encuentra que está expresamente excluido del POS, no está disponible en Colombia, en todo caso queda igualmente probado el ámbito prestacional del derecho a la salud.

Solicito al respetado despacho que no se tutelen derechos fundamentales sobre procedimientos o medicamentos futuros, es decir sobre aquellos imaginarios, no ordenados actualmente por médicos de la red de prestadores de la EPS, como quiera que al no existir negativa por parte de COMPENSAR respecto de los mismos.

En subsidio de lo anterior y si el Despacho considera que COMPENSAR EPS debe asumir el costo del examen asistido atrofia muscular espinal tipo III Gen SMN I y SMN II no cubiertos por el POS al igual que exámenes, elementos y en general procedimientos, exoneración de cuotas moderadoras, no incluidos dentro del plan obligatorio de salud, le solicito ordenar de

forma expresa al fondo de solidaridad y garantía y/o al Ministerio de la Protección Social el reembolso del 100% del mismo y demás dineros que por coberturas fuera del plan obligatorio de salud y eventual tratamiento integral deba asumir mi representada, en cumplimiento del fallo, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro, tal como se ha establecido por la H. Corte Constitucional en varias sentencias y en especial en la SU -480 de 1997.”

### 3.1. Instituto Roosevelt de la ciudad de Bogotá.

El 13 de febrero de 2014, una especialista en genética médica, actuando como médico tratante del peticionario y como galena adscrita al Instituto Roosevelt informa al juez de primera instancia que es indispensable realizar el examen ordenado para poder determinar qué enfermedad padece el peticionario y cuál debe ser el tratamiento a seguir. Los apartes más importantes se transcriben a continuación:

“Alexander Ariza Marín tiene diagnóstico de enfermedad neuromuscular en estudio y viene siendo atendido en esta institución por los servicios de genética, terapia física, ortopedia, columna, medicina física y rehabilitación.

El día 28 de enero de 2014 asiste a control por genética y en dicha consulta se evalúan reporte de estudio electrofisiológico de velocidades de neuroconducción y electromiografía realizadas en el instituto Roosevelt por el Dr. Fernando Ortiz quien reporta unidades motoras con aumento de giros y amplitud disminuida, estudio compatible con diagnóstico de atrofia muscular espinal. Por clínica del paciente se considera atrofia muscular espinal tipo III, pero la única manera de lograr la confirmación de dicha enfermedad es con el estudio molecular para los genes SMN 1 y SMN2, por lo cual es indispensable la realización de dicho estudio para lograr confirmación diagnóstica, establecer plan de tratamiento individualizado y definir pronóstico a mediano y largo plazo.”[1]

### 3.2. Respuesta de la entidad vinculada Ministerio de Salud y Protección Social.

Mediante escrito radicado el 14 de febrero de 2014, el representante legal del Ministerio indica que el procedimiento solicitado por el peticionario se encuentra contemplado dentro de la Resolución 005521 del 27 de diciembre de 2013, en el anexo 2, con el código núm. 908412, bajo el nombre diagnóstico molecular de enfermedades.

Así mismo, indica que conforme al artículo núm. 9 de la misma resolución, cuando los procedimientos se encuentran incluidos dentro de estos anexos, corresponde su prestación únicamente a la EPS y no le asiste derecho alguno a ejercer recobro ante el FOSYGA.

Precisa que en este caso lo fundamental es que el juez de tutela proteja los derechos a la vida y a la salud del afiliado.

#### 4. Decisión judicial objeto de revisión

En única instancia el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá mediante proveído del 18 de febrero de 2014, niega el amparo solicitado, argumentando que Compensar EPS no ha vulnerado ningún derecho.

Asegura que (i) no existe evidencia de la negativa en los servicios o medicamentos, (ii) que el peticionario no es un sujeto de especial protección constitucional, (iii) que no se probó la incapacidad económica para sufragar el examen requerido por parte del peticionario; (iv) que la enfermedad padecida no tiene el carácter de catastrófica y, (v) que la EPS cumplió con todo el procedimiento de negativa del examen en debida forma, de acuerdo a lo previsto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

#### 5. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Alexander Ariza Marín.[2]
- Copia del carné de afiliación a la EPS Compensar del señor Alexander Ariza Marín.[3]
- Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por la EPS Compensar en el que el médico auditor Luis Arturo Torres Monguí negó al señor Alexander Ariza Marín la realización del examen diagnóstico para atrofia muscular espinal gen SMN 1. El aparte de justificación indica lo siguiente:

“Justificación: el Comité Técnico Científico de Compensar no autoriza el servicio solicitado, porque la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en la resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Protección Social, en su Artículo 130 numeral 42 toda vez que se trata de una tecnología no disponible en el territorio nacional”

· Anexo técnico adjunto a la solicitud de autorización de procedimientos NO POS en el que una genetista adscrita al Instituto Técnico de Ortopedia Infantil Roosevelt indica que es necesario practicar al peticionario el examen denominado diagnóstico molecular de enfermedades para atrofia muscular espinal tipo III gen SMN 1 y SMN 2 con el objeto de determinar la enfermedad padecida y el tratamiento a seguir. La IPS Instituto Técnico de Ortopedia Infantil Roosevelt se encuentra adscrita a la red prestadora de servicios de la EPS Compensar y es la que se ha encargado de prestar todos los servicios requeridos por el señor Alexander Ariza Marín.

· Copia de la epicrisis de la historia clínica del señor Alexander Ariza Marín en la que se indica que es urgente descartar posible proceso neoplásico (linfoma).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

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

### 2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

A partir de los antecedentes referidos, la Sala Quinta de Revisión observa que en el presente caso se solicita la autorización de un examen diagnóstico necesario, según el médico tratante, para determinar el tipo de enfermedad que padece el peticionario y el tratamiento médico a seguir, no obstante haber sido negada su práctica por la EPS del régimen contributivo, bajo el argumento de que es un examen no disponible en el territorio nacional.

Durante el trámite de tutela correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá quien vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Roosevelt.

Al intervenir el Ministerio de Salud, en su concepto técnico manifestó que el procedimiento demandado por el peticionario sí hace parte del POS y que se encuentra identificado con el código 908412 en el anexo 2 de la Resolución núm. 005521 de 2013.

No obstante, en única instancia el juez de tutela negó el amparo solicitado, argumentando que en este caso la EPS actuó conforme a derecho, en la medida en que negó la práctica del examen solicitado, respetando el debido proceso al paciente y ciñéndose a las obligaciones que como entidad prestadora del servicio de salud le asisten a Compensar EPS.

Con fundamento en lo anterior, procede esta Sala a resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿Una EPS del régimen contributivo desconoce el derecho fundamental a la salud y a la vida digna de un paciente cuando se niega a autorizar un examen diagnóstico ordenado por un médico tratante adscrito a la EPS, argumentando que no es posible realizarlo porque no cuenta con esa tecnología dentro del territorio nacional, cuando el Ministerio de Salud y Protección Social ha manifestado que se encuentra dentro del POS?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) procedencia de la acción de tutela cuando lo que se busca es proteger el derecho fundamental a la salud; (ii) deber de las EPS de prestación del servicio de salud sin dilaciones conforme al principio de integralidad; y, (iii) análisis del caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela cuando lo que se busca proteger es el derecho fundamental a la salud[4]. Reiteración de jurisprudencia.[5]

3.1 La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley[6].

3.2 Inicialmente la Corte diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal manera que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela, debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

3.3 En la sentencia T-858 de 2003 la Corte Constitucional precisó las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual sostuvo lo siguiente:

“En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido -que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos(...)”. (Negrillas fuera del texto original).

3.4. Desde entonces, la Corte ha reconocido que el derecho a la salud posee una doble connotación: (i) como un derecho fundamental y (ii) como un servicio público. En tal razón ha considerado que:

“En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad

social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con las obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”[7].

3.5. Ello quiere decir que procede el amparo en sede de tutela cuando resulta imperioso velar por los intereses de cualquier persona que así lo requiera[8]. En tal sentido, la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad,[9] que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su paralización sin la debida justificación constitucional.[10]

3.6. Lo anterior, por cuanto la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana[11].

4. Las EPS tienen el deber de prestar el servicio de salud sin dilaciones y de acuerdo con el principio de integralidad.[12]

4.1. Como se explicó en el acápite precedente, en la actualidad el derecho a la salud es considerado como fundamental de manera autónoma y se vincula directamente con el principio de dignidad humana, en la medida en que responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones mínimas. No solo porque dicha salvaguarda protege la mera existencia física de la persona, sino porque, además, se extiende a la parte psíquica y

afectiva del ser humano.[13]

4.2. De acuerdo con los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153[14] y 156[15] de la Ley 100 de 1993, el servicio a la salud debe ser prestado conforme con los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad e integralidad, lo que implica que tanto el Estado como las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la obligación de garantizarlo y materializarlo sin que existan barreras o pretextos para ello. Al respecto esta corporación, en la sentencia T-576 de 2008, precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente[16]. (subrayado fuera de texto).

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento[17].” (Subrayado fuera del texto original).

4.3. En esta sentencia también se definieron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la

salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.[18] La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

4.4. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”[19]. De igual modo, se dice que la prestación del servicio en salud debe ser:

- Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.[20]

- Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.[21]

- De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes.[22]

4.5. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio se realice de manera oportuna, eficiente y con calidad; de lo contrario se vulneran los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud[23].

## 5. Caso Concreto

5.1. ¿Desconoció Compensar EPS los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Alexander Ariza Marín, al negar la autorización del examen denominado “DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2” argumentando que no se encuentra dentro del POS, ni cuenta con la tecnología adecuada para realizarlo dentro del territorio nacional?

Al respecto, la Sala debe advertir que contrario a lo indicado por la EPS accionada, el procedimiento denominado “DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2” sí se encuentra incluido dentro del POS y por tanto, no se entiende por qué razón la entidad accionada ha actuado con negligencia y mala fe, al negar la realización del examen diagnóstico, vulnerando así los derechos fundamentales invocados por el señor Alexander Ariza Marín.

5.2. Situaciones que se encuentran probadas dentro del expediente

De acuerdo al concepto radicado núm. 201411300192831 emitido por el Director Jurídico del Ministerio de Salud obrante a folios 58 a 63 del cuaderno de instancia, se verifica que el procedimiento ordenado por la genetista tratante adscrita a la EPS se encuentra incluido dentro del POS. Así lo advierte el citado Ministerio en su escrito:

“El procedimiento denominado DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2, solicitado por el accionante, se encuentra prescrito en la Resolución núm. 005521 del 27 de diciembre de 2013 “Por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud (POS)” en su anexo 2 lo contempla de la siguiente manera : código 908412 DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES.

### EN CUANTO A LAS OBLIGACIONES DE LA EPS

El artículo 9 de la mencionada Resolución, señala las obligaciones que tienen las EPS respecto a la prestación de los servicios en salud, cuando las tecnologías se encuentran incluidas en los Anexos 1, 2 y 3 de la norma precitada, así:

**ARTÍCULO 9 GARANTÍA DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD.** Las entidades promotoras

de salud deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud incluidas en el presente acto administrativo, a través de su red de prestadores de servicio de salud.

En caso de atención inicial de urgencias, las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizarla también por fuera de su red, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de este acto administrativo.

Como quiera que la obligación en la prestación del servicio recaerá exclusivamente sobre la EPS no le asiste derecho alguno a ejercer RECOBRO ante el FOSYGA.

Bajo ese orden de ideas, se advierte que en este caso la EPS Compensar se encuentra en la obligación legal de brindar el servicio solicitado, en la medida en que fue ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS y ya está financiado por el Estado en la unidad de pago por capitación del régimen contributivo (UPC) que es entregada para la atención de la población asegurada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993:

“Artículo 156, literal f): “Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud”.

(...)

Artículo 182: “De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.”

Así lo indicó esta corporación en la sentencia C-655 de 2003 en donde precisó que “la UPC es la cuota de valor anual que reciben las EPS por cada una de las personas afiliadas, cotizantes o beneficiarias, para garantizar la adecuada prestación de los servicios que ofrece el POS durante ese período de tiempo”. Por tanto, los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios médicos incluidos en el POS, sin que deba mediar demanda de tutela alguna.

Adicional al concepto del Ministerio de Salud y Protección Social y a lo previsto en la Ley 100 de 1993, se verifica en este caso que la toma de muestras del examen diagnóstico solicitado por el peticionario, sí se realiza en el territorio nacional.

Para la Sala es evidente que el actuar de Compensar EPS ha dilatado la continuidad del tratamiento de una enfermedad degenerativa como la que posiblemente padece el peticionario, y al presentar el examen diagnóstico como un procedimiento NO POS realizable únicamente fuera del territorio Nacional.[24]

Situación que no sólo hubiese podido ocasionar consecuencias de índole económico en el erario público en el evento en el que se hubiese ordenado vía tutela con su recobro ante el FOSYGA, sino que, en la actualidad, está ocasionando una grave vulneración de los derechos fundamentales del señor Alexander Ariza Marín, quien además de llevar varios meses sin tener un diagnóstico acertado sobre su enfermedad, ha visto cercenadas las posibilidades de acceder (i) a un tratamiento adecuado y (ii) a una posible pensión de invalidez con la cual pueda sobrellevar una vida en condiciones dignas.

En ese orden de ideas, será necesario en este caso, no solo ordenar la protección, sino tomar medidas contundentes encaminadas a evitar que a futuro esta entidad siga incurriendo en prácticas como la ahora identificada.

Por las razones expuestas, la Sala procederá a revocar la sentencia de instancia que negó la protección de los derechos invocados por el peticionario, para en su lugar, ordenar a Compensar EPS, que de inmediato realice el examen diagnóstico denegado.

Así mismo, para evitar mayores traumatismos en el proceso de calificación de invalidez del peticionario, se ordenará a la EPS accionada que una vez obtenga el diagnóstico solicitado, realice de manera concertada con el peticionario la remisión inmediata de los documentos

requeridos por el organismo encargado de la calificación de invalidez, con el objeto de agilizar al máximo este proceso.

Lo anterior bajo la vigilancia y acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Personería Distrital.

De igual modo, con el objeto de evitar que Compensar EPS siga incurriendo en prácticas como las advertidas en este caso, en las que niega servicios que están en el POS, se remitirá copia del expediente por intermedio de la Secretaría de esta corporación, tanto al Ministerio de Salud y Protección Social como a la Superintendencia de Salud, para que si a bien lo tienen y dentro de la órbita de sus competencias constitucionales y legales, tomen las medidas que consideren necesarias contra la EPS accionada, teniendo en cuenta las particularidades del caso.

### III. DECISIÓN

#### RESUELVE

Primero: REVOCAR la Sentencia proferida el 18 de febrero de 2014 por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá mediante el cual se negó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Alexander Ariza Marín. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social.

Segundo: ORDENAR al representante legal de la EPS Compensar o a quien haga sus veces, que dentro de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia programe y fije fecha para la práctica del examen diagnóstico denominado “DIAGNÓSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO III GEN SMN 1 Y SMN 2” del señor Alexander Ariza Marín, quien deberá contar con una atención integral, oportuna, eficaz y de calidad, en lo que le sea prescrito por el médico tratante, con el fin de lograr el éxito de diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.

En todo caso, se advierte que salvo prescripción médica, este proceso no podrá superar el término de treinta días calendario.

Tercero: ORDENAR al representante legal de la EPS Compensar o a quien haga sus veces,

que una vez reciba el diagnóstico de la enfermedad padecida por el señor Alexander Ariza Marín, de manera concertada con este, deberá remitir dicho documento y todos los que sean solicitados, al organismo encargado de realizar el proceso de calificación de invalidez, con el objeto de evitar mayores dilaciones en el acceso a una posible prerrogativa pensional.

Cuarto: SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Personería Distrital que dentro de sus competencias constitucionales y legales, vigilen el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia en relación el señor Alexander Ariza Marín.

Quinto: ORDENAR que por Secretaría General que remita copia del presente proceso al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia de Salud, para que dentro de sus competencias constitucionales y legales, tomen las medidas que consideren necesarias dentro del presente caso.

Sexto: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Secretaria General (E)

[2] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[3] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[4] Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 2009, al respecto se señala: “Esta Corporación en un amplio estudio contenido en la Sentencia T-760 de 2008, reiteró la abundante jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del derecho fundamental a la salud. En dicha providencia se explicó que la Corte ha protegido de tres formas este derecho: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la carta, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración de sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos[4], entre otros); (iii) argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cual sea la persona que lo requiera.”.

[5] Tomado de la Sentencia T-039 de 2013 proferida por esta Sala.

[6] El artículo 2° de la ley 100 de 1993 define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma como debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)”

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007

[8] Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde esta corporación señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

[9] Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

[10] Existen diversos instrumentos internacionales que consideran el derecho a la salud como un elemento esencial de la persona al ser inherente a la misma. A continuación se enuncian alguno de ellos: i) El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”; ii) El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud; en su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho’; iii) la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos

humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.”

(Subrayadas fuera de texto)

[11] En la sentencia T-790 de 2012 esta corporación indicó: “Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó://siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia.”

[12] Acápites tomados de la Sentencia T- 073 de 2012, proferida por esta misma Sala.

[13] Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T- 016 de 2007, T-173 de 2008, T-760 de 2008, T-820 de 2008, T-999 de 2008, T-931 de 2010, T-566 de 2010, T-022 de 2011 y T-091 de 2011.

[14] El numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993 enuncia el principio de integralidad en la prestación del servicio de la siguiente manera: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

[15] El literal c del artículo 156 de la misma ley dispone que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

[16] Consultar Sentencia T-518 de 2006.

[17] Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

[18] Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre muchas otras.

[19] Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

[20] Sobre el derecho al diagnóstico en la sentencia T-139 de 2011 se recordó la siguiente regla jurisprudencial: “Finalmente, ante la falta de exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de un servicio de salud, situación que se presenta en los expedientes T-2827008, Lilia Aurora Jiménez de Hurtado; T-2830317, Luis Jaime Palomino; T-2839905, David Amaris Correa y T-2854465; María Lía Correa Restrepo, el problema jurídico a resolver es ¿vulnera una entidad encargada de prestar servicios de salud los derechos fundamentales de un usuario, cuando le niega el acceso a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud? La respuesta a este interrogante es afirmativa. La jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud. Al respecto, es importante mencionar el apartado [4.4.2.] de la sentencia T-760 de 2008, en el cual esta Corporación sostuvo: (...) en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los

servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.”

[21] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008:” una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico[21]. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.”. Ante la ausencia de un procedimiento para que las EPS tramiten las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, cuando éstos son diferentes a un medicamento, en el apartado 6.1.3. de la sentencia T-760 de 2008 la Corte señaló que hasta tanto el legislador no expida las normas correspondientes, le compete al Comité Técnico Científico, el cual autoriza los medicamentos no incluido en el POS, autorizar también los tratamientos, procedimientos o intervenciones.

[22] Sentencia T-922 de 2009.

[23] Recientemente en Sentencia C-313 de 2014, esta corporación al analizar el proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 (Senado) y 267 de 2013 (Cámara) en sede de control abstracto de constitucionalidad, reiteró la fundamentalidad del derecho a la salud consagrada por el legislador en dicha norma.

[24] Así lo afirmó el representante legal de la EPS demandada en su escrito de contestación : “si el Despacho considera que COMPENSAR EPS debe asumir el costo del examen asistido atrofia muscular espinal tipo III Gen SMN I y SMN II no cubiertos por el POS al igual que exámenes, elementos y en general procedimientos, exoneración de cuotas moderadoras, no incluidos dentro del plan obligatorio de salud, le solicito ordenar de forma expresa al fondo de solidaridad y garantía y/o al Ministerio de la Protección Social el reembolso del 100% del mismo y demás dineros que por coberturas fuera del plan obligatorio de salud y eventual tratamiento integral deba asumir mi representada, en cumplimiento del fallo, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro”