

{p}

Sentencia T-654/10

MEDICINA ALTERNATIVA-Alcance y límites del POS

El Estado ha aceptado y regulado la prestación de tratamientos de medicina alternativa, dejándola como potestad de las entidades promotoras de salud. Igualmente la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como tal, sin embargo, no ha protegido la prestación de estos servicios en el contexto del derecho a la salud debido a la carencia de elementos que comprueben su eficacia científica.

DERECHO A LA SALUD-Vulneración cuando se desatienden los conceptos del médico tratante sin fundamento científico

Concluye la Corte que es evidente la vulneración al derecho a la salud cuando se desatienden los conceptos del médico tratante sin fundamento científico. De igual forma, el derecho se desconoce cuando se cercenan las alternativas de tratamientos que tiene el paciente, negando los prescritos por el médico y sin otorgarle posibilidades terapéuticas diferentes que alivianen la patología del usuario del sistema de salud. La Sala concluye que Coomeva EPS desconoció el derecho fundamental a la salud del señor al incumplir los parámetros para negar servicios NO-POS requeridos por el médico tratante, ratificados por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-316 de 2008 y al abstenerse de brindarle alternativas diferentes para su tratamiento, trasgrediendo abiertamente los principios que regulan el sistema de salud, especialmente el de integridad, el de continuidad y las garantías de acceso a los servicios.

Referencia: expediente T-2674226

Acción de tutela instaurada por Lia Reneta Sara Ibarra, Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela del distrito de Cartagena, en representación de Rodrigo Acuña Cock, contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010).

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

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Lia Reneta Sara Ibarra en representación de Rodrigo Acuña Cock contra Coomeva EPS.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

El 13 de enero de 2010, la señora Lia Reneta Sara Ibarra, Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela del distrito de Cartagena, actuando a favor del señor Rodrigo Acuña Cock, presentó acción de tutela contra Coomeva EPS, en busca de la protección efectiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su representado, de conformidad con los siguientes hechos:

\* El señor Rodrigo Acuña Cock de 46 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS Coomeva en calidad de cotizante.

\* La Personera Delegada manifiesta que el señor Acuña, según su historia clínica, padece la patología "fibromialgia" desde hace 3 años y que no presentó mejoría con los tratamientos convencionales, dejando en claro que consumió el medicamento denominado "tansulozin" durante año y medio, sin haber presentado avance alguno.

\* Comenta que su representado fue remitido al médico especialista adscrito a la EPS Coomeva, Dr. Eduardo Pertuz, quien le ordenó 20 sesiones de terapia neural, así como 20 sesiones de campo magnético, las cuales no fueron autorizadas por la EPS Coomeva.

\* Indica que el señor Rodrigo Acuña acudió ante la Personería Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela, donde expresó haber sentido mejoría en su calidad de vida con el tratamiento alternativo referido, por lo cual el médico tratante recomendó su continuidad.

\* No obstante, el señor Acuña Cock adujo que no cuenta con los recursos económicos para acceder a los procedimientos prescritos ante un médico particular.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se protejan los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su representado, ordenando a la EPS Coomeva que autorice y practique oportunamente las terapias neurales y de campo magnético ordenadas por el médico tratante, como también se suministre todo el tratamiento integral requerido.

## 2. Contestación de la entidad demandada

Dentro del término legalmente establecido para ello, Coomeva EPS contestó la acción de tutela e indicó que el CTC de la entidad negó la autorización de los servicios NO-POS, correspondientes a “magnoterapias y terapias neurales” prescritas al señor Acuña, toda vez que son procedimientos que no están cobijados por el plan obligatorio de salud y de los cuales no existe evidencia científica de efectividad en la patología que aqueja al petente.

## 3. Sentencias objeto de revisión

### Primera Instancia

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, mediante auto del 14 de enero de la presente anualidad admitió la acción de tutela y ordenó en calidad de medida provisional, la práctica de las 20 terapias neurales y de campo magnético requeridas por el señor Acuña Cock.

Posteriormente el a quo en sentencia del 22 de enero de 2010, negó la protección a los derechos fundamentales invocados por la actora, al considerar de recibo la razón que aduce el ente accionado y el Comité Técnico Científico, relativa a la no existencia de evidencia científica sobre la efectividad del procedimiento en la patología del accionante, máxime cuando el médico tratante en su orden no indicó cuáles son los beneficios derivados de

dichos tratamientos alternativos, ni hizo alusión a su eficacia.

## Impugnación

El accionante Rodrigo Acuña Cock impugnó el fallo el día 25 de enero del año en curso.

## Segunda Instancia

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, en providencia del 15 de febrero de 2010, confirmó la decisión del a quo, pues estimó que no está acreditado médicamente el tratamiento, además que quien está encargado de determinar la conveniencia de la inclusión de los tratamientos en el listado de servicios de las EPS son las propias entidades. De igual modo, indicó que en el expediente se encuentra probado que la EPS Coomeva ha suministrado toda la atención médica “occidental y alopática”, por lo cual concluyó que el ente accionado no ha incumplido con sus obligaciones, ni ha propiciado vulneración alguna a los derechos fundamentales del señor Acuña.

\* Folio 5, copia del acta de posesión núm. 046 del 19 de mayo de 2009, de la señora Lia Reneta Sara Ibarra en el cargo de Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela del distrito de Cartagena.

\* Folios 6 y 7, copias de las respuestas a la solicitud de servicios o medicamentos NO-POS núm. 372740, fechada el 12 de enero de 2010, entregada por la EPS Coomeva al señor Rodrigo Acuña Cook.

\* Folio 8, copia formato de recibido de la solicitud de justificación de servicios o medicamentos NO-POS de la EPS Coomeva.

\* Folio 9, copia de la fórmula médica expedida por el Dr. Eduardo Pertuz el 21 de diciembre de 2009, donde le receta al señor Rodrigo Acuña 20 sesiones de terapia neural y 20 sesiones de campo magnético.

\* Folios 10 al 12, copia del resumen de la historia clínica del señor Rodrigo Acuña, expedida por el Dr. Eduardo Pertuz.

\* Folios 21 y 22, copias de las actas núms. 201013001 y 200913086 del Comité Técnico Científico de Coomeva EPS del Departamento del Bolívar.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las presentes decisiones de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### 2. Problema Jurídico

Conforme lo expuesto, la Sala encuentra necesario abordar el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la salud y la seguridad social de una persona, la negativa de una EPS de suministrar el tratamiento de medicina alternativa formulado por el médico tratante ante la ineficacia del tratamiento previsto en el POS?

Inicialmente la Sala analizará como asunto previo la legitimación por activa del Ministerio Público en materia de acción de tutela. Además, en caso de que la acción sea procedente y para resolver el anterior interrogante, se abordaran los siguientes temas: (i) la fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran; (ii) alcances y límites del POS en relación con la medicina alternativa; (iii) reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad; (iv) Las obligaciones legales de las Entidades Promotoras de Salud y de los Comités Técnico Científicos en relación con el derecho fundamental a la salud; garantía de acceso a los servicios que se requieren con necesidad y (v) resolverá la solicitud de protección de derechos planteada en el caso concreto.

### 3. Asunto Previo: Legitimación por activa del Ministerio Público en materia de acción de tutela.

Antes de realizar un análisis de fondo al caso en concreto, es necesario establecer la procedencia de la presente acción, para lo cual es indispensable precisar si la Personería estaba legalmente facultada para impetrarla, atendiendo que en el expediente no obra autorización expresa del titular de los derechos para que el Ministerio Público actuara en representación suya.

A continuación se hará mención de la regulación legal y los pronunciamientos jurisprudenciales en lo referente a este presupuesto procesal.

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (Subrayado fuera de texto original)

Más adelante, en el mismo cuerpo normativo, fueron consagradas las facultades otorgadas al Defensor del Pueblo entre las cuales se destaca:

“Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

...

3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.”(Subrayado fuera de texto original)

A su vez, el Decreto 2591 de 1991 reguló la legitimación en la causa por activa, en los siguientes términos:

“Artículo 10. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en

condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Subrayado fuera de texto original)

En relación con la situación específica de los últimos dos funcionarios mencionados, en este mismo decreto se dispuso:

“Artículo 46.- Legitimación. El Defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.

Artículo 49. Delegación a los personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial, podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer las acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.”

En cumplimiento de la norma en comento la Defensoría del Pueblo expidió la Resolución 001 del 02 de abril de 1991, mediante la cual delegó expresamente a los Personeros Municipales o Distritales la función de interponer acciones de tutela, reiterando los parámetros establecidos en el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991.

De lo anterior se concluye que tanto el Defensor del Pueblo como el Personero Municipal o Distrital, son competentes para iniciar la acción de tutela en dos circunstancias: (i) cuando actúe en representación de una persona que lo haya solicitado y (ii) cuando la persona se encuentre desamparada o indefensa.

En la primera de estas situaciones, se requiere que medie la voluntad de la persona afectada. Por consiguiente, dichas autoridades no pueden impetrar acciones sin la aquiescencia del titular del derecho vulnerado, esto con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia del que gozan los ciudadanos y del que pueden desistir cuando así

lo estimen conveniente<sup>1</sup>. Se encuentra exceptuado el caso de los menores o incapaces, en donde podrá iniciarla sin su autorización y hasta en contra de su deseo.

La segunda ha sido definida por la jurisprudencia como una situación en la que la persona “se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental”.<sup>2</sup>

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional<sup>3</sup> han abordado el tema y han diseñado la línea jurisprudencial de la legitimación en la causa por activa de los Defensores y los Personeros. Al respecto, se referirán dos providencias de gran trascendencia para el caso sub examine.

La primera de ellas es la T-493 de 1993, en donde se consideró que el Defensor del Pueblo o sus delegados sólo están legitimados para actuar dentro de los parámetros que la ley ha establecido para ello. Por consiguiente, les está prohibido apropiarse de la facultad de interponer acciones de tutela a su arbitrio, incumpliendo el “supuesto fáctico” contemplado por la normatividad para tal efecto. Esto significa, como se advirtió, que únicamente podrá promover la acción cuando el ciudadano no pueda avocar directamente su defensa, por encontrarse en estado de indefensión o desamparo, o cuando la persona haya solicitado al Defensor o el Personero su colaboración.

En ese sentido, esta Corporación expuso en la Sentencia T-420 de 1997:

“La jurisprudencia de la Corte se ha limitado a aplicar lo ordenado por la Constitución y la ley en cuanto al campo de acción del agente oficioso, del Defensor del Pueblo y de los Personeros Municipales, en el sentido de no pasar por encima del querer de aquel que se presume interesado. Es decir, realmente, lo que pretenden las normas, y así lo ha entendido la Corte, es reconocer la capacidad de decisión de las personas, que actúen por su propia voluntad, cuando pretendan ejercer la acción de tutela. Asunto que adquiere mayor claridad e importancia, en esta clase de acciones, que, por su naturaleza, están desprovistas de formalidades, y pueden ser ejercidas por el afectado directamente, sin tener que acudir a un abogado o a un representante.

Por consiguiente, se discrepa del planteamiento de la Defensoría en el sentido de considerar estricta o rigurosa la jurisprudencia de la Corte al denegar las acciones de tutela interpuestas por el Personero, cuando no medie autorización del interesado, salvo en los casos de desamparo o indefensión...”

A partir de lo expuesto, la Sala colige que, en principio, el presupuesto procesal de legitimación en la causa por activa del presente asunto no se encuentra cumplido, toda vez que en el expediente no obra prueba de la autorización del señor Rodrigo Acuña para la intervención de la Personera Delegada en defensa de sus derechos fundamentales, ni de su imposibilidad para incoar la acción personalmente en los términos referidos en este acápite.

Sin embargo, este vicio se encuentra subsanado en el transcurso del proceso, puesto que tal como se reseñó en los antecedentes, fue el señor Rodrigo Acuña Cook quien directamente impugnó la sentencia de primera instancia, tal como obra en folio 30. Con ello infiere esta Sala su aprobación de las gestiones realizadas por la Personería y su deseo de continuar con el trámite de la tutela. Por consiguiente, se cumple con el primer requisito reseñado, es decir, la autorización del titular de los derechos.

#### 4. La fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran.

La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social<sup>4</sup> y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado<sup>5</sup>. Este Tribunal ha desarrollado paulatinamente el derecho a la salud, en cuanto un amplio grupo de la jurisprudencia constitucional se ha dedicado a determinar las pautas de su aplicación, alcance y defensa, tal como se explicará sucintamente a continuación.

En un primer momento, se otorgó la protección del derecho en virtud a la conexidad con derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional. En relación con ello, en la sentencia T-200 de 2007 esta Corporación precisó 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(...)."

Al mismo tiempo, la protección de la salud se concedía como derecho fundamental autónomo sólo cuando el accionante era menor de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 superior y, en general, cuando el titular del derecho era un sujeto de especial protección<sup>6</sup>.

En un segundo término, la Corte modificó su jurisprudencia en el sentido de postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con el derecho fundamental a la dignidad humana, se considera principio inspirador del Estado Social de Derecho y por tanto, debe ostentar la categoría de fundamental.

Al respecto, este Tribunal refirió que la justificación del amparo se obtiene "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."<sup>7</sup>

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria, que determinen las prestaciones obligatorias en salud y los criterios de acceso al sistema, todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación<sup>8</sup>.

De esta forma, la Corte actualmente reconoce la categoría autónoma de fundamentalidad para el derecho a la salud, posición reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, que la estableció en los siguientes términos:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,<sup>9</sup> y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.<sup>10</sup> Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.<sup>11</sup>”

Cabe señalar que para esta Corporación, la salvaguardia del derecho fundamental a la salud se debe conceder, interpretada a la luz de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, que expresamente consagra el artículo 49 Superior.

Además, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que las garantías de acceso a los servicios de salud están estrechamente relacionadas con algunos de los principios de la seguridad social, específicamente con el de integralidad y de continuidad. De conformidad con lo anterior, en la Sentencia T-760 de 2008 se consideró:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero

su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.<sup>12</sup> Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

(...)De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.<sup>13</sup>

Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros.”

De esta forma, los principios de integralidad y continuidad, inmersos en las garantías de acceso al servicio de salud, inciden claramente en la construcción de la fundamentalidad del derecho a la salud. Este fenómeno implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad, como se explicará a continuación.

Dando alcance a lo referido anteriormente, esta Sala abordará el análisis del principio de integralidad<sup>14</sup>, entendido como el deber que tienen las EPS de otorgar los procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan la prestación del servicio de salud<sup>15</sup>.

Al respecto del principio que nos ocupa, esta Corporación en sentencia T-760 de 2008 manifestó:

“El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al

interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales<sup>16</sup> y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>17</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud’<sup>18</sup>.” (Negrilla fuera de texto original)

Cabe resaltar que este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino solamente con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

Así las cosas, colige la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad,

en conclusión “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”<sup>19</sup>.

Además, existen otros principios que regulan el derecho fundamental a la salud, entre ellos, el principio de continuidad en la prestación del servicio<sup>20</sup>, que conlleva a la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin la justificación constitucional pertinente.

En desarrollo de éste, la jurisprudencia constitucional, especialmente la Sentencia T-760 de 2008 expuso:

“Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.<sup>21</sup> Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”<sup>22</sup> Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

En cuanto a este principio la Corte, en Sentencia C-800 de 2003, en la que procuró evitar la vulneración del derecho a la salud, estableció cuáles son los eventos constitucionalmente aceptables frente a la determinación de interrumpir inesperadamente el servicio por parte de las EPS:

“Por otra parte, también se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;<sup>23</sup> (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;<sup>24</sup> (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario<sup>25</sup>; (iv) porque la EPS considera que la

persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;<sup>26</sup> (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;<sup>27</sup> o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.<sup>28</sup>” (Negrilla fuera de texto original)

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se origina a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y garantías de acceso a los servicios. Con base en esto, una entidad no puede abandonar el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.

#### 5. Alcances y límites del POS en relación con la medicina alternativa.

El Plan Obligatorio de Salud contemplado en el artículo 162 de la ley 100 de 1993, se entiende como el conjunto de servicios de atención en salud a que tiene derecho todo afiliado que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto<sup>30</sup>.

La Comisión de Regulación en Salud (CRES), entidad encargada de determinar el contenido del POS, incorporó en él las “actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos, materiales y equipos y dispositivos biomédicos para la atención de cualquier grupo poblacional y para todas las patologías de acuerdo con las coberturas señaladas en el presente acuerdo. Hacen parte también de la estructura del POS las guías de atención integral”<sup>31</sup>. Este instrumento también incluye temas como la educación, la información y el fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, la rehabilitación de la enfermedad y el suministro de los medicamentos esenciales. Actualmente la regulación vigente es el Acuerdo 008 de 2009.

De igual forma, fueron contempladas varias exclusiones y también fue prescrito que algunos servicios serían de prestación potestativa por parte de las EPS, como ocurre en el caso de los tratamientos de medicina alternativa. A partir de esto, se puede afirmar que la normatividad vigente aceptó las prácticas de homeopáticas en los servicios de salud.

Al respecto, el artículo 16 del mencionado Acuerdo, refiere que las EPS “podrán” incluir los procedimientos de medicina alternativa dentro de su red de servicios. En igual sentido, el

Decreto 806 de 1998, por medio del cual se regula la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud, estipuló en el inciso 4º del artículo 7º: “Las Entidades Promotoras de Salud y las Adaptadas podrán incluir el tratamiento con medicinas alternativas autorizadas para su ejercicio en Colombia, de conformidad con su eficacia y seguridad comprobada.”

Asimismo, con la expedición de la Resolución 2927 de 1998, por la cual se reglamenta la práctica de tratamientos alternativos en la prestación de servicios de salud, se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para su aplicación, se resolvió que “las terapias alternativas definidas en esta resolución serán aceptadas como formas de prestación de servicios en salud, en el Sistema General de Seguridad Social”<sup>32</sup>, y entre las reconocidas en el artículo 1º, se encuentra la terapia neural objeto del presente litigio.

De lo anterior se infiere que el Estado en su potestad reglamentaria, aceptó la aplicación de la medicina alternativa en Colombia y ha regulado su ejercicio, delegando la decisión de utilizarla o no, en las entidades prestadoras de salud.

En tal sentido la jurisprudencia constitucional ha abordado la aplicación de la medicina alternativa en algunos de sus pronunciamientos, resaltándose las Sentencias T-214 de 1997, T-076 de 1999 y T-993 de 2008.

En primer lugar, la T-214 de 1997, en la que se decidió conceder el amparo en aras de proteger el derecho a la diversidad cultural de un accionante indígena y no su derecho a la salud, toda vez que no se probó su vulneración. En ese caso la Sala argumentó:

“aunque no es obligación del Estado darle medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura para prestar este servicio asistencial especial, de todas maneras se protegen las actividades de los ‘curanderos’ indígenas, de lo cual se deduce que no se rechaza la medicina alternativa que ellos proponen, luego hay que ponderar en cada caso particular la autonomía y la protección a la diversidad étnica y cultural (artículo 7º C.P.), especialmente si el recluso no pide que se le dé medicina vernácula, sino que se le facilite recibir esa medicina que el Estado no le va a dar, porque ya no se trata de dar una determinada medicina sino de colaborar para el ejercicio concreto del derecho a la AUTONOMÍA y al derecho a la protección como minoría RACIAL y CULTURAL, lo cual subyace en la presente tutela.”

En segundo término, en la Sentencia T-076 de 1999, se analizó el caso de una paciente a la que no le generaban resultados los procedimientos de medicina tradicional, produciéndole sólo efectos paliativos. Ella solicitó su remisión a una clínica de medicina alternativa que no estaba vinculada con la EPS, petición denegada por la entidad.

En este caso, la Corte adujo que “ordenar por vía de tutela su remisión a un profesional no vinculado a la entidad demandada, es decir, a alguien que no es el ‘médico tratante’<sup>33</sup> y sobre el cual la E.P.S. no tiene ni relación contractual, ni control, ni conocimiento de sus prácticas médicas, no sólo implica un cambio drástico en el tratamiento de la paciente que no responde a la naturaleza del servicio del POS sino que incluso puede poner en peligro real la vida de la paciente”.

En vista de lo expuesto, decidió no conceder el amparo, toda vez que “para el caso de los tratamientos de medicina alternativa, éstos única y exclusivamente pueden ser considerados dentro del POS una vez aprobada y evaluada su eficacia, si la infraestructura paulatina que se consolide permite ampliar la actividad de las E.P.S. a servicios de éste tipo”.

Posteriormente, en Sentencia T-993 de 2008, este Tribunal conoció el caso de una usuaria que padecía una enfermedad desde el año 2000, que había sido tratada con medicamentos e intervenciones quirúrgicas que no le producían mejoría en su condición de salud. Como consecuencia, acudió a un especialista en medicina alternativa, quien le practicó unas terapias que aliviaron sus padecimientos. Por ello, la paciente solicitó a la EPS la autorización de tales tratamientos, petición denegada con base en que aquellos no están incluidos en el POS.

Al respecto la Sala adujo que, “se considera que si bien se ha aceptado la existencia y la práctica de la medicina alternativa, y se ha reconocido su aporte bienhechor a la salud, tal aceptación no implica la obligatoriedad de la inclusión de estos servicios en el portafolio de las entidades promotoras de salud. Así, los derechos invocados en la presente tutela no han sido vulnerados por parte de la E.P.S. Coomeva, como se extrae de la normativa y el precedente jurisprudencial analizado, puesto que al cumplir con la prestación del servicio de acuerdo con los lineamientos del POS, se está salvaguardando el derecho a la salud en conexidad con la vida de la accionante”.

De lo aducido en los párrafos antecedentes se concluye que el propio Estado otorgó a las EPS la posibilidad de optar por tratamientos alternativos para la atención de sus usuarios. Sin embargo, ello no implica obligatoriedad en la prestación de tales procedimientos sino una facultad potestativa que depende de la voluntad de esas entidades.

En síntesis, el Estado ha aceptado y regulado la prestación de tratamientos de medicina alternativa, dejándola como potestad de las entidades promotoras de salud. Igualmente la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como tal, sin embargo, no ha protegido la prestación de estos servicios en el contexto del derecho a la salud debido a la carencia de elementos que comprueben su eficacia científica.

6. Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad y que no se encuentran incluidos en los planes de beneficios.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que “los servicios que se requieren con necesidad son aquellos indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometen la vida digna y la integridad personal, no importa como se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc” 34.

Esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia, que en el caso de las personas que demandan servicios que se requieren con necesidad que no se encuentran incluidos en el POS, y que carecen de medios económicos para sufragarlos, el costo de los mismos debe ser asumido el Estado y atendido por las entidades promotoras de salud, en el sentido de proporcionar al paciente una atención integral.

En relación con lo anterior, la Sentencia T-760 de 200835, puntualizó las reglas de interpretación aplicables para conceder el acceso a dichos servicios en sede judicial:

“(i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;

i. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.

(iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizada de la prestación está autorizada a cobrar.”

Para la Corte, lo anterior se funda en que la normatividad vigente que rige el sistema de seguridad social en salud, no puede aludirse como obstáculo para garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la salud de los afiliados. Por tanto, esta Corporación ha admitido pretermitir la reglamentación que excluye servicios del POS, autorizando el acceso a servicios NO-POS sólo cuando se cumplen los requisitos enunciados.

Por otra parte, este Tribunal ha establecido que el POS no puede ser ilimitado, debido a que ello conllevaría el colapso financiero del sistema de seguridad social en salud, por ello debe limitarse a cubrir las necesidades y prioridades de la población. En el mismo contexto la Corte ha establecido que se desprende el concepto de los servicios que no se requieren con necesidad, lo cuales aún habiendo sido prescritos por el médico tratante y estando excluidos de plan de beneficios, no deben ser autorizados por las entidades, con fundamento en que el derecho a la salud no es infinito y se le deben establecer límites razonables y justificados constitucionalmente. Entre estos se encuentran (i) los servicios de salud estéticos, (ii) las gafas y la cirugía de ojos, (iii) los tratamientos de fertilidad, (iv) los tratamientos de desintoxicación, (v) las prótesis, (vi) el by pass gástrico, (vii) los servicios de odontología y (viii) las alergias<sup>36</sup>.

7. Las obligaciones legales de las Entidades Promotoras de Salud y de los Comités Técnico Científicos en relación con el derecho fundamental a la salud. Garantía de acceso a los servicios que se requieren con necesidad.

La ley 100 de 1993 en desarrollo de principios constitucionales, reguló la temática de la seguridad social en salud, contemplando la existencia del Comité Técnico Científico en el artículo 18837.

Al respecto, esta Corporación ha referido el concepto de los Comités Técnico Científicos, enfatizando que “son órganos de carácter administrativo, que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S., en razón a la ocurrencia de hechos que conlleven una inadecuada prestación del servicio de salud. El Comité tiene el deber de velar porque todos los servicios a que tienen derecho los usuarios efectivamente se les presten y que ello se haga correctamente, en estricto cumplimiento de lo previsto en la Constitución y la ley, y de acuerdo con los criterios deontológico de la profesión médica” 38.

La reglamentación de los CTC fue analizada por la jurisprudencia constitucional que recopiló toda la normatividad que lo rigió, desde su creación hasta el año 2008. De esta forma, la Corte en Sentencia T-760 de 2008, consideró:

“Los Comités Técnico Científicos<sup>39</sup> son órganos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del régimen contributivo y subsidiado, así como de las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), encargados de (i) analizar las solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro de medicamentos por fuera del listado del POS, (ii) justificar técnicamente las decisiones adoptadas en relación con las solicitudes, (iii) evaluar trimestralmente los casos en los cuales el suministro del medicamento fue autorizado y hacer seguimiento al resultado de la salud de dichos pacientes y, por último, (vi) presentar informes relacionados con su objeto y funciones al Ministerio de Protección Social y a las autoridades competentes.<sup>40</sup>

(...)Ahora bien, la regulación actual circunscribe la competencia del Comité Técnico Científico a la autorización de medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, salvo si se trata de tratamientos experimentales o de medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994.<sup>41</sup>”

Sin embargo, según el criterio de esta Corporación, la regulación de este comité era incipiente y se enfocaba exclusivamente a la autorización de medicamentos NO-POS. Por tanto, ante la problemática que aquejaba al sistema de salud, la Corte en la misma providencia decidió ordenar que se extendiera esa competencia a todos los servicios no incluidos en el plan de beneficios. Con respecto a lo anterior la Sala adujo:

“Si el servicio no incluido en el plan de beneficios es un medicamento, el procedimiento que ha de seguir el médico tratante para solicitar su aprobación por el Comité Técnico Científico está establecido. Pero no ocurre así con los demás servicios de salud requeridos. La ausencia de regulación de un trámite interno ante las EPS de los servicios de salud no incluidos en el POS, diferentes a medicamentos —procedimientos, actividades e intervenciones—, ha incrementado el número de tutelas, al ser éste el único mecanismo mediante el cual pueden los pacientes solicitar ser protegidos en tales casos, y al considerar las EPS necesario el procedimiento de acción de tutela para que el Estado reconozca el pago del costo del servicio en cuestión, que por no estar incluido en el POS, no se encuentra financiado por la UPC.

(...) Para la Corte, es claro que una de las principales razones por las cuales se sigue desconociendo sistemáticamente el derecho a acceder a los servicios de salud requeridos, exigiendo el ‘trámite previo’ de interponer una acción de tutela, es precisamente porque no existe ninguna otra vía legal o reglamentaría para acceder a estos servicios, que como se indicó, hacen parte central del derecho fundamental a la salud.

Es claro que en la actualidad no existe ningún procedimiento establecido para que las EPS puedan tramitar las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, cuando éstos son diferentes a un medicamento. Las entidades de salud no tienen mecanismo reglamentario alguno para poder adelantar estas solicitudes, y por tanto, no podrían presentar posteriormente su solicitud de un recobro ante el Fosyga. En la medida en que los Comités Técnicos Científicos sólo autorizan medicamentos, la única forma por la cual puede una EPS presentar ante el Fosyga el recobro de un servicio no POS, que hubiese sido autorizado, es que éste haya sido ordenado en la sentencia por un juez de tutela.

(...) Según esto, todos aquellos servicios médicos que no son medicamentos y todos aquellos medicamentos para la atención de actividades, procedimientos e intervenciones expresamente excluidas del POS, tampoco pueden ser ordenados por el Comité Técnico Científico. En relación con los servicios de salud que no son medicamentos, la regulación guarda silencio y no establece un sistema parecido al creado para autorizar los medicamentos mediante el Comité Técnico Científico, pero tampoco establece reglas que impidan o prohíban expresamente reconocerlos, a pesar de saber que muchos de estos servicios, en ambos regímenes, pueden y suelen ser ordenados por jueces de tutela. Sólo en un párrafo de un artículo de un Decreto expedido hace más de una década (Decreto 806

de 1998) se esbozó una alternativa que no fue regulada, retomada o llevada a la práctica.<sup>42</sup>”

Finalmente en la Sentencia reseñada, fueron tomadas decisiones concretas en relación con esta problemática.

“Por las anteriores razones, en la parte resolutive de esta providencia, se ordenará a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice directamente tanto los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferente a un medicamento, como los medicamentos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando estas sean autorizadas.

Hasta tanto éste trámite interno de las EPS no sea regulado de manera definitiva, se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud –y mientras este es creado al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud– que adopten las medidas necesarias para garantizar que, en el plazo indicado en la parte resolutive, se ordene a las entidades promotoras de salud, EPS, extender las reglas vigentes para someter a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad la aprobación de un medicamento no incluido en el POS, a las solicitudes de aprobación de los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud, distintos a medicamentos, tales como actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional.”

Dando cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia T-760 de 2008, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 3099 de 2008, con la finalidad de reglamentar los CTC, específicamente la existencia, integración, requisitos y elección de los miembros, reuniones, funciones, obligaciones, criterios para la evaluación, aprobación o desaprobación, procedimiento para la evaluación, aprobación y desaprobación y sus excepciones. Además contempló los criterios para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidas en el POS u ordenados en fallos de tutela.

Concretamente en relación con las funciones, en la citada normatividad se estableció:

“ARTÍCULO 4. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Evaluar, aprobar o desaprobado las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS.
2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.
3. Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y negados”.

Es necesario advertir que de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Resolución 3099 de 2008, el CTC está facultado para negar la autorización de un servicio, medicamento o procedimiento formulado por el médico tratante, siempre que haya consultado tanto el concepto científico de expertos en la especialidad, como la historia clínica del paciente, en la que deben constar los resultados que se pueden obtener con el tratamiento solicitado.

Además, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que las razones de negación de un servicio o procedimiento, no deben ser administrativas o financieras, sino científicas, de manera que atiendan la situación clínica real del paciente. Cabe recordar que el derecho a la salud ostenta la categoría de fundamental, pero no ilimitada, por lo cual, cuando existan tratamientos sustitutivos en POS, el CTC no está obligado a autorizar la solicitud de servicios que no estén incluidos en el plan de beneficios.

En torno a las controversias que se pueden suscitar entre los criterios del médico tratante y el CTC cuando esté de por medio un servicio o medicamento NO POS, es claro que existe un

vacío normativo. En procura de mejorar tal laguna legal, la Corte ha sentado la posición de que el concepto del médico tratante debe sobreponerse al de cualquier otro miembro de la EPS, en este caso el CTC, atendiendo que el galeno es "(i) el especialista en la materia que, (ii) mejor conoce el caso, y por ende, es la persona competente para determinar si el paciente realmente necesita un servicio especial de salud con urgencia"<sup>43</sup>.

A propósito de este tema, la Corte, en Sentencia C-316 de 2008, conoció de la demanda de inconstitucionalidad<sup>44</sup> interpuesta en contra del literal j, del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007<sup>45</sup>. Adujo respecto de esta temática:

"En este punto resulta relevante recordar la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza y funciones de los Comités y sobre las razones que deben aportar para que resulte legítima la decisión de no autorizar un medicamento urgente que ha sido recetado por el médico tratante cuando éste no se encuentra en el Pos.

En primer lugar, la Corte ha indicado que se trata de una instancia administrativa que tiene la función principal de garantizar la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad<sup>46</sup>. En este sentido, como ya se ha reiterado, el paso por el Comité no puede convertirse en una barrera burocrática de acceso al servicio de salud. Por esta razón la Corte ha indicado que la decisión del Comité, especialmente en casos urgentes, puede ser un paso previo pero de ninguna manera obligatorio para que el paciente pueda acceder a los servicios requeridos. Por lo anterior, en casos de urgencia no se puede oponer la ausencia de este trámite para no suministrar un medicamento o tratamiento<sup>47</sup>.

En este sentido, como ya se mencionó, ante la negligencia del Comité, la EPS tiene la responsabilidad de atender oportunamente al usuario y entregarle el medicamento No Pos que requiera cuando exista la obligación constitucional, legal o reglamentaria de hacerlo. Cosa distinta es que sólo pueda cobrar dicho medicamento al Fosyga cuando el Comité lo hubiere autorizado. Al respecto ha dicho la Corporación:

'La Función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado'<sup>48</sup>.

Adicionalmente el Comité no desplaza al médico tratante, pero puede cuestionar excepcionalmente las decisiones de aquel y negar la autorización del medicamento o procedimiento excluido del plan obligatorio. Sin embargo, esta decisión sólo será constitucionalmente legítima cuando tenga fundamento médico suficiente en los términos que adelante se explican. En todo caso, la Corte ha sido enfática al señalar que cualquiera sea la decisión del Comité, ésta no releva de responsabilidad a la EPS frente a su afiliado.”(Negrilla fuera de texto original)

En este orden de ideas, el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de éste, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente.

Igualmente, la sentencia de control abstracto en comento, fijó las reglas que se deben cumplir para que el CTC decida no autorizar un servicio no incluido en el plan de beneficios, veamos:

‘En reiteradas ocasiones se ha afirmado que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. debido a que aquél es: el especialista en la materia que mejor conoce el caso. Sin embargo, el Comité Técnico Científico está constitucionalmente autorizado para negar un medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, prescrito por el médico tratante si cumple con los siguientes requisitos mínimos: consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. Así por ejemplo, no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el pos o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente o en que le falta información para decidir’50.

En suma, la Corte ha sido clara en el sentido de indicar que el Comité Técnico Científico, debe respetar, en principio y salvo las razones antes mencionadas, la decisión del médico tratante. Adicionalmente, la EPS debe asumir sus obligaciones constitucionales al margen de

la decisión del Comité, es decir que no puede negar un medicamento con la única justificación de que el Comité no lo ha autorizado o que se trata de medicamento No Pos cuando sea evidente que existe la obligación legal o constitucional de suministrarlo.

27. En virtud de la doctrina que ha sido resumida en el fundamento anterior de esta decisión, la Corte ha indicado que la EPS debe (i) someter con prontitud y diligencia las solicitudes de medicamentos No Pos que le sean formuladas, al Comité Técnico Científico; (ii) definir un procedimiento que obligue a este órgano a satisfacer el mandato de oportunidad que impone la prestación del servicio de Salud; (iii) detectar con rapidez la falta de diligencia del Comité a la hora de resolver casos urgentes – como los que corresponden a las enfermedades catastróficas – y, en estos casos, (iv) omitir el trámite administrativo negligente y atender a la persona enferma con prontitud adoptando los correctivos del caso. Se trata, en suma, de una serie de deberes de diligencia de las EPS como entidades administradoras del servicio público de seguridad social en salud (C. P., art. 48.).” (Negrilla fuera de texto original)

Conforme a todo lo expuesto en la presente providencia, concluye la Corte que es evidente la vulneración al derecho a la salud cuando se desatienden los conceptos del médico tratante sin fundamento científico. De igual forma, el derecho se desconoce cuando se cercenan las alternativas de tratamientos que tiene el paciente, negando los prescritos por el médico y sin otorgarle posibilidades terapéuticas diferentes que alivianen la patología del usuario del sistema de salud.

## 8. El caso concreto

8.1. El 13 de enero de 2010, la señora Lia Reneta Sara Ibarra, Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela del distrito de Cartagena, actuando a favor del señor Rodrigo Acuña Cock, presentó acción de tutela contra Coomeva EPS, buscando la protección efectiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su representado, para lo cual solicitó que autorice y practique oportunamente las terapias neurales y de campo magnético ordenadas por el médico tratante, como también que suministre todo el tratamiento integral requerido para la patología que padece el señor Acuña Cook.

Según consta en el expediente, el señor Acuña ha venido padeciendo la enfermedad denominada “fibromialgia”<sup>51</sup> durante más de tres años, razón por la cual le fueron

practicadas algunas terapias neurales y de campo magnético, a partir de las cuales expresó sentirse mejor en su estado de salud. Posteriormente, el médico tratante le formuló 20 sesiones de cada una de los procedimientos mencionados anteriormente.

Además, el médico tratante adscrito a la EPS accionada y especializado en terapéutica homeopática, mediante solicitud de servicios NO-POS, justificó los tratamientos prescritos, toda vez que se había agotado el recurso terapéutico y el paciente no había presentado mejoría en su calidad de vida. También dejó constancia en la historia clínica que luego de 3 años de evolución de la patología y año y medio de tratamiento con el medicamento "tansulozin", el paciente no reportó mejoría alguna, por lo cual se hizo necesario buscar un procedimiento alternativo que aliviara sus padecimientos. En efecto, de los documentos vistos a folios 10, 11 y 12, se lee lo siguiente:

"SOLICITUD DE JUSTIFICACIÓN DE SERVICIOS NO POS

Diagnóstico: FIBROMIALGIAS

Descripción del caso clínico (sic): Paciente con síntomas urinarios de 3 años de evolución, sin mejoría a los tratamientos con médicos especialistas. El paciente está cansado de tantos estudios y el problema continúa. Tomo (sic) tansulozin por 1.5 años sin mejoría.

Por agotársele el recurso terapéutico, se iniciara (sic) tratamientos médicos alternativos.

Tratamientos realizados: Refiere que ha tomado diclofenaco, acetaminofen, tiamina, metocarbamol, carbamazepina, naproxeno, ibuprofeno.

tomo (sic) clonazepan y carbamazepina sin resultados favorables,

Servicio 1, Justificación de la solicitud: TERAPIA NEURAL

METODO (sic) DE TRATAMIENTO BASADO EN LA ACUPUNTURA, DONDE LA BASE FUNDAMENTAL DEL TRATAMIENTO RADICA EN LA REPOLARIZACION (sic) DE LAS CELULAS (sic), POR SER UN CASO CRONICO (sic) Y SIN I Y SIN MEJORIA (sic) SE JUSTIFICA OTRA OPCION (sic) COMO LA TERAPIA NEURAL.

Señale la evidencia científica (sic) en casos similares con Grado de recomendación y

Relacione soporte científico (sic) bibliográfico (sic): LOS ESTUDIOS MAS IMPORTANTES EN TERAPIA NEURAL LOS TIENEN LOS ALEMANES Y LOS (sic) RUSOS, TODOS ELLOS DEMOSTRANDO COMO LA ESTABILIDAD DE CADA CELULA (sic) QUE COMPONE LOS ORGANOS (sic) SON VITALES PARA LA HOMEOSTASIA. EL COLON RESPONDERIA (sic) A ESTOS ESTIMULOS (sic) BIOELECTICOS (sic) MEJORANDO SUS FUNCIONES Y DESINFLAMANDOLO (sic).

Servicio 2, Justificación de la solicitud: CAMPOS MAGNETICOS (sic) PULSANTES COMO METODO (sic) DESINFLAMADOR (sic).

Señale la evidencia científica (sic) en casos similares con Grado de recomendación y Relacione soporte científico (sic) bibliográfico (sic): EL PACIENTE ACUDE A NUESTRA CEDE (sic) DONDE A (sic) ENCONTRADO MEJORAMIENTO EN SU CALIDAD DE VIDA CON NUESTROS PROCEDIMIENTOS DE MEDICINA ALTERNATIVA, POR LO TANTO RECOMIENDO CONTINUAR CON IGUALES SESIONES POR SUS RESULTADOS FAVORABLES.

RECOMIENDO LA AUTORIZACIÓN COMPLETAS DE LAS TERAPIAS SUGERIDAS PARA PODER COMPLEMENTAR EL CASO Y OBTENER MEJORES RESULTADOS.”

En el escrito de tutela la accionante manifestó que el afectado carece de recursos económicos para continuar con su tratamiento, negación indefinida que jurisprudencialmente se ha determinado debe ser desvirtuada por la parte accionada, quien en este sentido guardó silencio<sup>52</sup>.

La accionante anexó al escrito de tutela la respuesta a la solicitud de servicios médicos NO-POS, en la cual el CTC no aprobó los tratamientos porque no existe evidencia científica de su efectividad frente a síntomas fibromiálgicos, dado su carácter de “experimental”, amparado en la normatividad vigente, entre la cual mencionó la Resolución 3099 de 200853. Sin determinar que dichos procedimientos no gozan de un sustituto en el POS, y sin otorgar otra posibilidad que mejore la calidad de vida del paciente, como efectivamente se venía logrando con la aplicación de tales tratamientos. Como consta en folios 6 y 7, de la respuesta de este ente se lee: “comite (sic) evalúa (sic) y rechaza solicitud, no existe (sic) evidencia científica (sic) de efectividad del procedimiento en el tratamiento de síntomas (sic) fibromiálgicos, se registran en bases de datos consultadas evidencia de efectividad de este para otras patologías (sic) diferentes a la descrita para este usuario. no (sic) se registra (sic)

indicaciones en bases consultadas (sic) para (sic) procesos sintomáticos (sic) musculoesqueléticos generalizados (sic) si no (sic) para alteraciones específicas y localizadas.”

Si bien, los tratamientos alternativos fueron rechazados por su carácter experimental y por no estar comprobada su eficacia científica, el CTC no se puede limitar a negar el servicio, cuando tiene pleno conocimiento que el tratamiento aplicado al señor Acuña durante más de año y medio, no ha sido efectivo. Recuérdese, en detrimento de la supuesta ausencia de efectividad del tratamiento, que las terapias fueron formuladas por un médico tratante, especialista en terapéutica homeopática y adscrito a la EPS; este sólo supuesto diferencia sustancialmente este caso de los descritos en acápites anteriores y permite a la Sala tomar una decisión disímil, en aras de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud del señor Rodrigo Acuña Cock.

Al respecto, la Corte observa con preocupación que cuando no existen sustitutos en el POS, el CTC se conforma con exponer los motivos de negación del servicio, sin proporcionar otra alternativa al paciente. Ello se origina como consecuencia de la laguna normativa existente en la Resolución 3099 de 2008, dado ésta se limitó a determinar los trámites y criterios que se deben seguir para la aprobación o negación de servicios NO-POS, pretermitiendo la fijación de un procedimiento alterno en el caso de esta última, lo que contraviene abiertamente las obligaciones intrínsecas derivadas del espíritu de la normatividad y la finalidad del sistema, cual es, brindar posibilidades al usuario para que su salud mejore y tenga una vida digna, conforme a los principios de integralidad y continuidad.

Bajo tales parámetros, se infiere otra obligación para los Comités Técnico Científicos, que se circunscribe a verificar los tratamientos alternos que se encuentren dentro del catálogo de servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, o por fuera de él y que tengan suficiente o mayor soporte científico que los prescritos por el médico tratante, con la finalidad de otorgar mejores efectos en la evolución del diagnóstico del paciente, para indicárselo al galeno y que sea inmediatamente aplicado al afectado, de considerarlo aquel pertinente.

De esta forma el afiliado tendrá garantías frente a la salvaguarda de su derecho a la salud, cumpliéndose con los fines de la norma constitucional que lo protege y con la función primordial del sistema de seguridad social en salud.

En consecuencia, la Sala concluye que Coomeva EPS desconoció el derecho fundamental a la salud del señor Rodrigo Acuña Cook al incumplir los parámetros para negar servicios NO-POS requeridos por el médico tratante, ratificados por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-316 de 2008 y al abstenerse de brindarle alternativas diferentes para su tratamiento, trasgrediendo abiertamente los principios que regulan el sistema de salud, especialmente el de integridad, el de continuidad y las garantías de acceso a los servicios.

Por consiguiente, esta Corporación otorgará el amparo de los derechos fundamentales del señor Rodrigo Acuña Cook y ordenará a la EPS Coomeva que si no lo ha hecho, autorice las terapias prescritas por su médico tratante con posterioridad a la medida provisional decretada por el juzgado de primera instancia mientras, si es del caso, determine otro tratamiento alternativo a su dolencia, teniendo en cuenta el dictamen del médico tratante y los parámetros de la Sentencia C-316 de 2008.

De igual forma, la Sala ordenará a la EPS Coomeva que adecue el funcionamiento de los Comités Técnico Científicos para evitar que desconozcan la Sentencia C-316 de 2008 y, le requerirá para que presente un informe de los ajustes realizados ante la Sala Especial de Seguimiento en Salud de esta Corporación, en virtud de lo dispuesto en la orden vigésimo tercera de la Sentencia T-760 de 2008.

8.2. La Corte en anteriores ocasiones ha aprobado la posibilidad de recobrar por parte de las EPS, por cuanto el costo de los servicios concedidos deben ser asumidos por el Estado y no por ésta. Sin embargo, en el caso su examine la EPS Coomeva desconoció flagrantemente y de manera grave una sentencia de constitucionalidad, esta es, la C-316 de 2008, al no aplicar los criterios para negar el suministro de servicios no incluidos en el plan de beneficios, como para resolver el conflicto surgido entre el médico tratante y el CTC, en razón a la negativa de autorización de los tratamientos por aquél.

Además, al contratar dentro de sus médicos tratantes, a un galeno especialista en medicina homeopática, la EPS tácitamente agregó al catálogo de servicios POS, los tratamientos alternativos, por tanto no hay lugar al recobro; toda vez que implícitamente se está ofreciendo a sus afiliados servicios de medicina alternativa. De otra forma, se contrarían los principios del sistema general de seguridad social y la confianza legítima que los usuarios depositan en las entidades promotoras y prestadoras de salud.

Por las razones expuestas anteriormente, la Sala se permite aclarar que en este caso no existe la posibilidad de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud – FOSYGA.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el día quince (15) de febrero de dos mil diez (2010) por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, que a su vez confirmó la sentencia proferida el día veintidós (22) de enero de dos mil diez (2010) por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Lia Reneta Sara Ibarra Personera Delegada para los Derechos Humanos y Acciones de Tutela del distrito de Cartagena, en representación de Rodrigo Acuña Cock contra Coomeva EPS, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la vida digna y a la salud del señor Rodrigo Acuña Cook.

Segundo. ORDENAR a Coomeva EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, adopte las medidas necesarias para garantizar el suministro y terminación del tratamiento médico prescrito.

ORDENAR a Coomeva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, determine cuál es el tratamiento médico requerido por éste para que, en lo posible, recupere de manera definitiva su estado de salud.

Tercero. ORDENAR a Coomeva EPS que adecue el funcionamiento de los CTC para evitar que desconozcan la Sentencia C-316 de 2008 y, REQUERIRLE para que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta Sentencia, presente un informe de los ajustes realizados ante la Sala Especial de Seguimiento en Salud de esta Corporación, en virtud de lo

dispuesto en la orden vigésimo tercera de la Sentencia T-760 de 2008.

Cuarto. ACLARAR a Coomeva EPS que en el presente caso no existe la posibilidad de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud - FOSYGA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Al respecto, el Decreto 2591 de 1991, artículo 26, dice en lo pertinente:

“El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.

Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.”

Véanse Autos 224A de 2002 y 313 de 2001, Sentencias T-550 de 1992, T-443 de 1993, T-260 de 1995, T-297 de 1995 y T-010 de 1998.

2 Sentencia T-161 de 1993.

3 Véanse Sentencias T-234 de 1993, T-462 de 1993, T-443 de 1995, T-245 de 1997, T-623 de 2005, T-693 de 2004, T-659 de 2004, T-294 de 2004, T-452 de 2001, SU-706 de 1996, Auto 030 de 1996, entre otros.

4 Constitución Política, artículo 48.

5 Constitución Política, artículo 49.

6 Al respecto, es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007 donde esta corporación señala: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a ... que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros).”

7 Sentencia T-201 de 2009.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007

9 El PIDESC, artículo 12, contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

10 Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (2).

11 Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (9). “(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”

12 Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2007, en este caso se decidió que “(...) la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS debe ser oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.”

13 En la sentencia T-597 de 1993, por ejemplo, la Corte tuteló el derecho a la salud de un

niño al que se le habían generado afecciones de salud, producto de un servicio médico mal practicado, y la posterior omisión para enmendar el yerro.

14 Cabe aclarar que este tiene origen legal, debido a que el artículo 2° de la ley 100 de 1993, indica que el servicio público esencial de seguridad social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Específicamente, en el literal d se dispuso: “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.”

15 Véanse T-179 de 2000, T-122 de 2001, T-133 de 2001, T-111 de 2003, T-319 de 2003, T-136 de 2004, T-719 de 2005, T-062 de 2006, T-421 de 2007, T-535 de 2007, T-536 de 2007, T-730 de 2007, T-846 de 2007, T-050 de 2008, T-576 de 2008, T-589 de 2008, T-604 de 2008, T-1271 de 2008, T-053 de 2009.

16 En la sentencia T-179 de 2000 se indicó sobre el “El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). || Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo”. || Por otro aspecto, el sistema esta diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: “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 la ley” (artículo 2° de la ley 100 de 1993). || Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “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”. || A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa 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” (resaltado fuera de texto). || Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.”

18 Sentencia T-1059 de 2006. Ver también: Sentencia T-062 de 2006. Otras sentencias: T-730 de 2007, T-536 de 2007 y T-421 de 2007.

19 Observación General N° 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

20 Véanse: 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.

21 Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2007 , en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993.

23 Son varios los casos en donde se ha tomado esta decisión. En ellos se ha señalado que

una relación jurídica es la que supone la prestación del servicio de salud, el cual debe mantenerse en virtud del principio de continuidad, y otra la relación contractual entre la EPS y el empleador, de carácter dinerario, que en caso de incumplimiento da lugar a las diferentes medidas jurídicas orientadas al cobro. Entre otras, pueden verse las sentencias: T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997; T-154 A de 1995 y T-158 de 1997; T-072 de 1997 y T-202 de 1997. Recientemente se dijo al respecto en la Sentencia T-360 de 2001: “De la jurisprudencia citada se observa, que si bien existe una obligación directa a cargo del patrono que incumple con su obligación legal de pagar en forma oportuna los aportes de sus empleados por concepto de salud, también lo es, que dicha obligación no exonera en forma total a la EPS de atender a los afiliados o a sus beneficiarios, en el evento de que requieran atención en salud, con fundamento en los principios de continuidad de los servicios públicos y del derecho irrenunciable a la seguridad social (CP. Arts. 48 y 49). Adicionalmente, como se vio, las EPS disponen por ministerio de la ley, de mecanismos para repetir en contra de los patronos incumplidos por los costos en que incurran en la prestación de servicios médicos o suministro de medicamentos.”

24 En la Sentencia T-281 de 1996 se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

25 En la Sentencia T-396 de 1999 se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

26 En la Sentencia T-730 de 1999 se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

27 En la Sentencia T-1029 de 2000 se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer

día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

28 En la Sentencia T-636 de 2001 se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

29 Sentencia T-111 de 2004.

30 Acuerdo 008 de 2009, artículo 2.

31 Acuerdo 008 de 2009, artículo 4.

32 Resolución 2729 de 1998, artículo 2.

33 Ver Sentencia T-480 de 1997.

34 Ver Sentencias T-369 de 2009 y T-863 de 2009, entre otras.

35 Estos criterios se encuentran contemplados en las Sentencias T-104 de 2000, T-406 de 2001, T-137 de 2003, T-648 de 2007, T-1007 de 2007, T-139 de 2008, T-144 de 2008 y T-517 de 2008.

36 Véase Sentencia T-760 de 2008.

37 Ley 100 de 1993, artículo 188: "GARANTÍA DE ATENCIÓN A LOS USUARIOS. Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios.

Cuando ocurran hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, éstos podrán solicitar reclamación ante el Comité técnico - científico integrado por la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado, integrado de la siguiente forma: un representante de la EPS, un representante de la IPS y, un representante del afiliado, quien podrá concurrir directamente. Si persiste la inconformidad, ésta será dirimida por un representante de la Dirección Municipal de Salud."

38 Sentencia T-344 de 2002.

39 Los Comités Técnico Científicos fueron contemplados en la Ley 100 de 1993 en el artículo 188. En principio se regularon integralmente por la Resolución 5061 de 1997, hasta el año 2004 en el cual se profirió la Resolución 3797 que conservó la mayoría de las disposiciones contenidas en la Resolución 5061 y avanzó en cuanto a las condiciones de posibilidad de decisiones más técnicas en la autorización de medicamentos no incluidos en el POS y la ritualización de un procedimiento para el recobro de servicios médicos ordenados en fallos de tutela o medicamentos autorizados por los Comités Técnico Científicos. Actualmente se encuentran regulados por la Resolución 2933 de 2006.

40 Ministerio de Salud, Resolución 2933 de 2006, artículo 4o. — Funciones. “El Comité Técnico Científico tendrá las siguientes funciones: 1. Analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS), adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. 2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas. 3. Realizar evaluaciones trimestrales de los casos autorizados y el seguimiento sobre el resultado de la salud de los pacientes a quienes se les autorizaron dichos tratamientos. 4. Presentar al Ministerio de la Protección Social y a las autoridades competentes cuando éstas los soliciten, los informes relacionados con su objeto y funciones.”

41 Resolución 2933 de 2006, Artículo 6: “Parágrafo. En ningún caso el Comité Técnico-Científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme al artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen, modifiquen o deroguen.”

42 El parágrafo único del artículo 28 del Decreto 806 de 1998 señala como alternativa para acceder a los servicios de salud no incluidos en el POS, cuando la persona carece de capacidad de pago, la facultad de acudir a la red pública de salud para solicitarlos: “Cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo

de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

43 Sentencia T-674 de 2009. Véase además en las Sentencias T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000 y T-301 de 2005, entre otras.

44 En la demanda fueron imputados cinco cargos, estos son, violación a los artículos 29, 49, 150-21, 334 y 365.

45 Ley 1122 de 2007, artículo 14: “Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

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

j) En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso,

cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.”

46 Ver entre otras, las Sentencias T-130 de 2007; T-461 de 2007.

47 Confrontar, T-500 de 2007, T-165 de 2007.

48 Sentencia T-1192 de 2004, en la cual se reitera lo dispuesto en la sentencia T-053 de 2004.

49 Cfr. Entre otras, las sentencias T-1192 del 2004; T-053 de 2004; T-344 de 2002.

50 Adicional a lo señalado, debe tenerse en cuenta con relación al tema, la Sentencia T-301 de 2005.

51 Definición de fibromialgia: “La fibromialgia es una condición que causa dolores musculares y fatiga (cansancio). Las personas con fibromialgia tienen ‘puntos hipersensibles’ en el cuerpo. Estos se encuentran en áreas como: el cuello, los hombros, la espalda, las caderas, los brazos y las piernas. Los puntos hipersensibles duelen al presionarlos.

Las personas que padecen de fibromialgia pueden también tener otros síntomas, tales como: dificultad para dormir, rigidez por la mañana, dolores de cabeza, periodos menstruales dolorosos, sensación de hormigueo o adormecimiento en las manos y los pies, falta de memoria o dificultad para concentrarse (a estos lapsos de memoria a veces se les llama ‘fibroneblina’).”

Tomada de [www.niams.nih.gov/Portal\\_En\\_Espanol/Informacion\\_de\\_Salud/Fibromialgia/default.asp](http://www.niams.nih.gov/Portal_En_Espanol/Informacion_de_Salud/Fibromialgia/default.asp).

52 Respecto a la incapacidad económica que aduce actor, la Corte se pronunció en sentencia T-965/07: “En lo relacionado con la carencia de recursos económicos del accionante, la Corte en su jurisprudencia ha precisado que se aplica la regla de que ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario.”

53 Fundamentado en parágrafo del artículo 6 de la Resolución 3099 de 2008.