

## SENTENCIA T-684/08

(Julio 4 de 2008)

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Vulneración de derechos fundamentales cuando se niega el diagnóstico para detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión y así determinar el tratamiento necesario

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Cuando un procedimiento se encuentra incluido en el POS se entienden también incluidos los insumos para practicarlo

DERECHO A LA SALUD-Afectación cuando no se suministran medicamentos expresamente señalados en el POS y en el POS-S

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Realización examen de Tomografía axial Computarizada junto con medio de contraste Gadolinio

Referencia: Expediente T- 1.853.090

Accionante: Ana de Jesús Álvarez Henao

Accionado: Saludcoop E.P.S.

Fallo objeto de revisión: sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sonsón Antioquia, del seis (6) de noviembre de 2007 (no impugnada).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES.

#### 1. Pretensión.

La accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la Salud en conexidad con la vida, los cuales están siendo conculcados por la entidad demandada al no autorizarle la práctica del examen TAC contrastado de órbita, el cual fue prescrito por el médico tratante, al considerar que el medio contraste (Gadolinio) necesario para practicar el examen no se encuentra incluido en el P.O.S.

## 2. Respuesta de la entidad accionada.

La EPS SaludCoop en su escrito de contestación manifestó que la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo a través de Saludcoop EPS, en calidad de cotizante dependiente, desde el primero de enero de 2000 y registra al 26 de octubre de 2007 trescientas diecisiete (317) semanas cotizadas al sistema<sup>1</sup>.

Señaló que en efecto la accionante presenta un quiste dermoide órbita izquierda, motivo por el cual le fue prescrito por Servioftanmos el suministro del medio contraste Gadolinio para realizar el examen del TAC contrastado de órbita, el cual no fue autorizado por la EPS debido a que no hace parte de los procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- del régimen contributivo.

Afirmó que por motivos que desconoce, en este caso no se solicitó el Comité Técnico Científico -CTC- con el fin de estudiar la posibilidad de autorizar el suministro del medio contraste. Sostuvo que los familiares de la accionante o ella misma tenían el deber de hacer la solicitud para que se estudiara su caso.

## 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La accionante, de 41 años de edad<sup>2</sup>, se encuentra afiliada como cotizante a la EPS SaludCoop desde el primero de enero de 2001<sup>3</sup>.

3.2. A la señora Ana de Jesús Álvarez Henao le fue ordenado por su médico tratante un TAC simple y contrastado de órbita al presentar un quiste dermoide en la órbita izquierda que requiere del citado examen para ser diagnosticada y tratada<sup>4</sup>.

3.3. La señora sostiene que tiene una masa en la órbita del hueso superior del ojo izquierdo que está creciendo y le duele mucho, pero que por falta de recursos económicos no ha

podido hacerse el examen para que su médico tratante la diagnostique y le de un tratamiento<sup>5</sup>.

3.4. La accionante además señala que tiene un salario mensual de \$ 853.000 pesos, pero con los descuentos a la seguridad social, el pago de las cuotas de los préstamos que debe cancelar y los gastos de transporte, pues tiene que transportarse todos los días hasta la vereda donde trabaja, sus ingresos mensuales quedan en \$400.000 pesos para cubrir los gastos de ella y de su hija<sup>6</sup>.

3.5. La señora Álvarez manifiesta que la entidad no le informó que existía el procedimiento técnico científico al cual podía acudir para que se evaluara si le podían practicar el examen excluido del POS.<sup>7</sup>

4.- Decisión judicial objeto de revisión: fallo de Primera Instancia (Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sonsón, Antioquia).

El juez de instancia negó el amparo al considerar que la accionante no agotó previamente a la demanda de tutela el trámite que “se debe adelantar ante la EPS para que se conforme el comité técnico científico con el fin de que con su criterio se determine la procedencia o improcedencia de la medicina, examen o tratamiento excluido del POS”.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del seis (6) de diciembre de 2007 de la Sala de Selección de Tutela Número Doce de la Corte Constitucional.

### 2. Problema Jurídico.

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión pasará a estudiar si la entidad accionada al exigirle a la accionante asumir el costo del medio

contraste que se requiere para practicar el examen diagnóstico, incluido en el P.O.S., ordenado por el médico tratante, vulnera su derecho fundamental a la salud.

Para responder al problema jurídico planteado, la Sala se ocupará de examinar preliminarmente los siguientes temas reiterados por la Corte: (i) el derecho al diagnóstico; (ii) el desconocimiento de la Constitución Política al declarar improcedente la acción de tutela aduciendo que el procedimiento ante el Comité Técnico Científico no ha sido agotado; (iii) inclusión de insumo que se requiere para la práctica de un procedimiento o tratamiento que está dentro del P.O.S.; y (iv) la vulneración al derecho a la salud fundamental autónomo al negar procedimientos que están señalados en el Plan Obligatorio de Salud -POS- o en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -POS-S- .

## 2.2. El derecho al diagnóstico

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T-366 de 1999 señaló que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico<sup>8</sup>, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”-.

En esa misma sentencia se señaló que la entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado<sup>9</sup>. Además advirtió que se debe tener en cuenta que el médico tratante es quien determina la necesidad o no de realizar un examen para establecer el estado de salud del paciente y el posible tratamiento a seguir para obtener ya sea la mejoría o las posibles soluciones médicas y tratamientos que le permitan llevar una existencia digna,

por lo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.

Entre tanto, para la Corte es claro que cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja al paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida.

2.2. Declarar improcedente la acción de tutela aduciendo que el procedimiento ante el Comité Técnico Científico no ha sido agotado, como si este trámite se tratara de un medio de defensa judicial desconoce la Constitución Política. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha revisado varios casos en los que las Entidades Promotora de Salud se han negado a suministrar un tratamiento o medicamento prescrito por el médico tratante pero excluido del Plan Obligatorio de Salud aduciendo que el mismo no ha sido gestionado a través del Comité Técnico Científico<sup>10</sup>. Sin embargo, este requisito que suelen imponer las EPS no ha sido tenido en cuenta en la jurisprudencia de la Corte como tal; por el contrario, se ha reiterado que los jueces de tutela en particular deben dar solución al problema jurídico sólo con la aplicación de las subreglas establecidas para ello, sin mayores exigencias. Es así que imponer el requisito procedimental de haber acudido al Comité Técnico previamente a interponer la acción de tutela, lesiona los derechos constitucionales fundamentales del paciente que requiere que se le suministre lo recetado por el médico tratante para el restablecimiento de su salud. En ese sentido esta Corporación ha precisado lo siguiente:

i) “Que atendiendo la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente le sea otorgado. En efecto, “el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere<sup>11</sup>, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”<sup>12</sup> En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las

personas”13”.

ii) “Que el Comité Técnico Científico no puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud14”por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad”.

iii) “Que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente15”.

iv) “Que el acudir al Comité Técnico Científico “no es un requisito para la procedencia de la acción de tutela que se haya acudido a los anteriores Comités Técnico Científicos solicitando un medicamento excluido del P.O.S., por lo cual no es jurídicamente admisible negar el amparo de derechos fundamentales con el argumento de no haber acudido de manera previa al Comité en cuestión.”16 En consecuencia se ha entendido que “los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional17””.

Además, en relación con la última regla también “se configura un desconocimiento del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 en el caso en que un funcionario judicial considera improcedente una acción de tutela en el escenario constitucional en el que se ha circunscrito el problema jurídico reseñado, aduciendo que no se ha agotado el procedimiento ante el Comité Técnico Científico cuando por su naturaleza administrativa, obviamente dicha gestión no puede ser considerada como un recurso o un medio de defensa judicial”.18

2.3. Inclusión de insumo que se requiere para la práctica de un procedimiento o tratamiento que está dentro del P.O.S.

Esta Corporación en reiteradas oportunidades ha señalado que cuando un procedimiento, actividad o intervención se encuentra incluida en el POS, se entienden incluidos los insumos necesarios para practicarla.19 Es así que dando aplicación a este criterio finalista, que le da prevalencia a las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales, si para la práctica de un examen, que se encuentra establecido por las normas que regulan el P.O.S., se

requiere de un medio contraste dicho medio contraste se entiende como un insumo necesario que de igual forma está incluido en el P.O.S.

Existen varias sentencias en las cuales la Corte ha aplicado este criterio finalista para resolver casos similares al que se estudia. En la sentencia T-221 de 2004 MP Eduardo Montealegre Lynett, en la que se revisó el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, y para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, procedimiento que no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: “Que el procedimiento de trasplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del “procedimiento” como un todo”.

En otro caso, en la sentencia T-353 de 2007, MP Manuel José Cepeda, se decidió un caso en el cual se exigía a la accionante cancelar el valor de los insumos (etanolamina + aguja para aplicación) para la realización de unas terapias (Esofagogastroduodenoscopia y sesión de escleroterapia), cada vez que acudía a las mismas. En dicha oportunidad la Corte aplicó la misma regla pero la orden proferida vinculaba sólo a la IPS. La razón fue que la EPS en dicho proceso manifestó claramente que había contratado con la IPS todo el procedimiento, lo que incluía los insumos.

2.3. La negación de procedimientos que están expresamente señalados en el Plan Obligatorio de Salud -POS- o en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -POS-S- vulnera el derecho a la salud autónomo.

En relación con los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentran incluidos en el POS o POS-S, esta Corporación ha considerado que frente a la negación de dichos servicios por las EPS o EPS-S el derecho a la salud adquiere igualmente la condición de derecho fundamental autónomo, pues se trata de derechos subjetivos que están previstos en el ordenamiento positivo, que se deben prestar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia.

En suma, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y

subsidiado. Por lo tanto, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo<sup>20</sup>.

3.1. Se encuentra probado que la señora Ana de Jesús Álvarez Henao, de 41 años de edad, es cotizante del régimen contributivo, y está afiliada desde el primero de enero de 2000 a la EPS Saludcoop. Se demostró, que la actora no cuenta con suficientes medios económicos para hacer el pago del medio contraste que se requiere para que se le practique el examen del TAC contrastado de órbita, ordenado por su médico tratante, aunque este requisito no sea indispensable para la procedibilidad de la acción en este caso, en tanto que se trata de un insumo para practicar un examen diagnóstico que se encuentra dentro del P.O.S.

3.2. Se encuentra acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas para proteger el derecho fundamental a la salud de la señora Ana de Jesús Álvarez Henao, así:

En cuanto a la exigencia de que el examen haya sido prescrito por un médico adscrito, encuentra la Sala que la entidad demanda no adujo nada respecto de esta situación, por lo que no podría entonces exigírsele a la demandante que demostrara la calidad del médico especialista cuando se trata de un asunto que no fue discutido por la accionada, ni alegado como razón para negar la práctica del examen diagnóstico.

3.3. Ahora bien, para esta Sala el derecho a la salud presuntamente vulnerado por la entidad accionada a la señora, tiene carácter de derecho fundamental autónomo, como se anotó en la parte considerativa de esta sentencia, el insumo para practicar el examen ordenado a la accionante se encuentra dentro del P.O.S.

Es así que la entidad accionada está vulnerando el derecho fundamental a la salud de la accionante cuando le exige asumir el costo de los insumos necesarios (medio de contraste Gadolinio) para realizar un procedimiento que si se encuentra incluido en el POS como lo es la Tomografía Axial Computarizada -TAC- de órbita, tal y como ha sucedido en el presente caso.

Entre tanto, Saludcoop EPS sostiene que el líquido de contraste Gadolinio se encuentra excluido del POS según el Acuerdo 228 de 2002. En efecto, el artículo 1º define la lista de

medicamentos esenciales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en el numeral III que señala los principios activos de uso hospitalario, en los medios de contraste y pruebas diagnósticas, no se incluye el Gadolinio. Sin embargo, el artículo 76 de la Resolución 5261 de 1994, establece entre los procedimientos radiológicos de tomografía computarizada de órbitas con el código 21707. Pero así como lo ha señalado la entidad accionada el Gadolinio es necesario para realizar el TAC contrastado de órbita y por esta razón, aplicando la regla de la Corte Constitucional, debe entenderse que está incluido dentro del P.O.S.

3.4. Por esta razón, en la parte resolutoria de esta providencia se ordenará a Saludcoop EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, realice el TAC contrastado de órbita ordenado por el médico tratante a la accionante, sin que sea posible la exigencia del pago del medio de contraste Gadolinio necesario para el mismo y sin que haya lugar a repetir contra el Fosyga.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero. REVÓCASE la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sonsón Antioquia, proferida el seis (6) de noviembre de 2007. En consecuencia, CONCÉDASE la protección del derecho fundamental a la salud de la señora Ana de Jesús Álvarez Henao, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente fallo.

Segundo: ORDÉNASE a la entidad Saludcoop EPS, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar el TAC contrastado de órbita, ordenado por el médico tratante, a la señora Ana de Jesús Álvarez Henao, sin que sea posible que le exija el pago del medio de contraste Gadolinio necesario para el examen diagnóstico y sin que haya lugar a repetir contra el Fosyga.

Tercero: Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La accionante, Ana de Jesús Álvarez Henao, interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS el día 19 de octubre de 2007. Ver folios del 1 al 3 del cuaderno #1-

2 Según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana de Jesús Álvarez Henao. Ver folio 3 del cuaderno de pruebas #1.

3 Según consta en el escrito de contestación de la entidad demandada. Ver folio 21 del cuaderno de pruebas #1.

4 Según consta en la orden medica expedida por el médico tratante y en la declaración juramentada de la accionante. Ver folios 5, 8 y 9 del cuaderno #1.

5 Según consta en le declaración juramentada rendida por la accionante al Juzgado de primera instancia el 28 de octubre de 2007. Ver folios 8 y 9 de 2007.

6 Ibidem

7 Ibidem

8 El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

9 Al respecto la sentencia T-399 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández, señaló que: “Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos por la salud de afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor”.

10 Corte Constitucional. Sentencias T-053 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1164 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1063 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-071 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-227 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-306 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-464A de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-222 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-411 de 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-572 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-939 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería

11 Sentencias T-873 y T-840 de 2007, T-071de 2006, T-1164 de 2005, T-344 de 2002.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

14 Corte Constitucional. Sentencias T-344 de 2002 M. P. Manuel José Cepeda y T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-1164 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-306 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-1063 de 2005. En el mismo sentido en la Sentencia T-071 de 2006 la Corte señaló que: “cuando el Juez de Tutela niegue la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela.”

18 Sentencia T-798 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño

19 En las sentencia T 221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de éste criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

20 Sentencia T-1185 de 2005.