

Sentencia T-789-09

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Prohibición de negarse a autorizar el servicio de salud incluido en el POS cuando se requiera con necesidad, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA-Reglas probatorias empleadas por la Corte Constitucional/DERECHO A LA SALUD-Prueba de la incapacidad económica para asumir costo del medicamento

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Finalidad

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización para procedimiento “corona metal porcelana con perno”

Referencia: expediente T-2341344

Acción de tutela instaurada por Edwar Ramiro Andrade Noriega, contra Comfamiliar Camacol EPS-S.

Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., noviembre (5) de de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo único de instancia proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito

de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Edwar Ramiro Andrade Noriega, contra Comfamiliar Camacol EPS-S, con vinculación de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Ministerio de la Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 8 de la Corte, en auto de agosto 6 de 2009, eligió el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

Edwar Ramiro Andrade Noriega promovió acción de tutela en abril 24 de 2009, contra Comfamiliar Camacol EPS-S, aduciendo vulneración de los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

1. El accionante manifestó que tiene 52 años de edad y se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, régimen subsidiado, clasificado en el nivel socioeconómico uno, adscrito a Comfamiliar Camacol EPS-S.

2. Explicó que en la actualidad presenta “un problema de fractura de un diente, en la parte superior izquierda, la que al lesionarse quedó filosa y este filo constantemente me corta el labio superior, fomentándome úlceras a las cuales por mi condición de diabético están expuestas a infectarse” (f. 2 cd. inicial, transcripción textual).

3. Debido a lo anterior, acudió al odontólogo de la ESE Hospital Octavio Olivares y “este fue muy tolerante ya que en varias ocasiones me prestó los servicios incluidos en el POS, aproximadamente unas seis veces, hasta llegar al punto que dicho procedimiento ya no me hacía efecto” (sic, f. 2 ib.).

4. Señaló que en febrero 5 de 2009 requirió el servicio de urgencias odontológicas de dicho Hospital, ubicado en Puerto Nare, donde le informaron que “por presentar gran pérdida coronal de ese diente el tratamiento indicado es una Corona Metal Porcelana con Perno, también se le explica que por ser tratamientos estéticos y embellecedores no

los cubre el POS, por lo cual el paciente correría con todos los gastos” (f. 8 ib.).

4. Mediante orden médica de abril 11 de 2009, un médico prescribió que “el paciente Ramiro Andrade requiere evaluación y manejo por odontología, por fractura de incisivo superior” (f. 18 ib.).

5. Aduce el actor que, “a la fecha de hoy la EPS COMFAMILIAR CAMACOL, aún no me ha autorizado los exámenes viéndose afectada gravemente mi salud” (f. 3 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Cédula de ciudadanía y carné de Comfamiliar Camacol EPS-S, en el cual se acredita que Edwar Ramiro Andrade Noriega, pertenece al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, clasificado en el nivel socioeconómico uno (fs. 5 y 6 ib.).

2. Registro médico expedido por la ESE Hospital Octavio Olivares de Puerto Nare, el cual certifica la atención que recibió el actor en febrero 5 de 2009 por el odontólogo Walter Quiroz Varela (f. 8 ib.).

3. Orden médica de abril 11 de 2009, emitida por el doctor Néstor Jairo Arbeláez, donde indica que “el paciente requiere evaluación y manejo por odontología por fractura de incisivo superior” (f. 18 ib.).

4. Historia clínica de Edwar Ramiro Andrade Noriega, suscrita por la Cooperativa Odontológica de Antioquia IPS COODAN, con fecha de febrero 4 de 2004, en la cual consta que el peticionario padece de diabetes y “toma insulina” (f. 20 ib.).

C. Respuesta de Comfamiliar Camacol EPS-S.

El representante legal de la EPS-S demandada, en comunicación de mayo 4 de 2009 se opuso a la prosperidad de la acción de la tutela. Señaló que “según el Acuerdo 306 del 16 de agosto de 2005, publicado el 18 de noviembre 2005 numeral 2, en donde se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. En ninguno de sus Artículos define que la actividad: ‘EXODONCIA DE DIENTE PERMANENTE MÁS TERAPIA DE CONDUCTO RADICULAR DE DIENTE MÁS REPARACIÓN DE PRÓTESIS REMOVIBLE’ por el

diagnóstico periodontitis crónica, sea competencia de las Administradoras del Régimen Subsidiado. La actividad solicitada, corresponde al III nivel de atención, por ende corresponde atenderlo a quien administra los recursos del subsidio a la oferta, en este caso la Dirección Seccional de Salud de Antioquia” 1 (f. 29 ib.).

Igualmente, adjuntó concepto técnico emitido por el auditor médico concurrente de la EPS-S, en el cual se reitera que la atención del actor es “competencia de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia” (f. 37 ib.).

Por otra parte, solicitó requerir a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia para que continúe garantizando la atención del usuario frente a los servicios demandados y, de igual manera, a la ESE Hospital Octavio Olivares para que dentro del contrato suscrito con la DSSA cumpla con el deber de prestar los servicios que el usuario requiere, “sin más requisitos ni dilaciones” (f. 32 ib.).

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, mediante fallo de mayo 11 de 2009, no recurrido, negó el amparo al estimar que el estado de la salud oral del actor “no es de tal trascendencia que implique una amenaza al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y máxime que por la EPS le fue suministrada la atención inicial de urgencia que requería. En el mismo escrito de tutela, el accionante confiesa que fue atendido aproximadamente unas seis veces (ver fl.2), lo que implica que no existe vulneración del derecho a la salud por parte de las accionadas” (fs. 54 y 55 ib.).

En el mismo sentido, agregó que “la negativa de autorización respecto a la Corona Metal Porcelana con perno se encuentra respaldada por la ley, lo que indica que no es un acto arbitrario de las entidades accionadas” (f. 54 ib.).

E. Pruebas ordenadas en sede de revisión.

Mediante auto de septiembre 17 de 2009 (fs. 16 y 17 cd. Corte), esta corporación dispuso oficiar a Comfamiliar Camacol EPS-S, para que remitiera copia íntegra de la historia clínica del actor. También la instó a pronunciarse sobre las características específicas y la finalidad del tratamiento “Corona Metal Porcelana con Perno”, al igual que su efectividad en la superación de las úlceras y/o laceraciones que presenta el accionante en el labio superior, debido a la fractura del tercio medio coronal del diente N°

22.

Además, le solicitó aclaración acerca de la referencia que efectúa en la contestación de la demanda, con respecto al tratamiento “EXODONCIA DE DIENTE PERMANENTE MÁS TERAPIA DE CONDUCTO RADICULAR DE DIENTE MÁS REPARACIÓN DE PRÓTESIS REMOVIBLE”, puesto que no es éste el tratamiento que le fue indicado por el profesional que lo atendió en la ESE Hospital Octavio Olivares de Puerto Nare.

También se le requirió para que indicara si el odontólogo Walter Quiroz Varela se encuentra adscrito o vinculado a Comfamiliar Camacol EPS-S, directamente o por conducto del mencionado Hospital.

Por último, se le pidió información acerca de si al actor se le ha realizado lo estipulado en la orden médica del 11 de abril del 2009, a saber: “El paciente Ramiro Andrade requiere evaluación y manejo por odontología, por fractura de incisivo superior.” (F.18 cd. inicial.).

En cumplimiento de lo anterior, el representante legal de Comfamiliar Camacol EPS-S, mediante escrito recibido primero vía fax y luego (octubre 09 de 2009) en original, indicó que “el usuario presentó una fractura del ángulo mesial del 22, inicialmente se le realizó tratamiento con medio de obturación resina pero en varias ocasiones fracasó, razón por la cual el tejido dentario se va debilitando, no sirviendo este medio de restauración como lo indica el odontólogo tratante, razón por la cual el tratamiento a seguir es una corona metal porcelana con perno, en caso de que no sirva la parte radicular se debe realizar una prótesis removible, tratamientos que no se encuentran dentro del plan de beneficios, es decir, es un tratamiento NO POS” (f. 21 cd. Corte).

Al revisar el asunto, advirtió que “existió una confusión por soportes anexos presentados en la tutela, con respecto al procedimiento solicitado por el odontólogo tratante” (f. 21 cd. Corte), lo cual permite dilucidar que no es la exodoncia de diente permanente, más la terapia de conducto radicular de diente, más la reparación de prótesis removible el tratamiento ordenado, sino simplemente la corona metal porcelana con perno.

Anexó certificación (f. 45 ib.) donde consta que Comfamiliar Camacol EPS-S a través del

contrato de prestación de servicios N° 694, que tiene con la ESE Hospital Octavio Olivares, realiza la cobertura en salud del primer nivel en Puerto Nare, y que el doctor Walter Quiroz Varela es quien está facultado para brindar la asistencia del servicio odontológico en la cabecera municipal (fs. 21 y 22 ib.).

Por otro lado, precisó que “al señor Andrade Noriega, se le han realizado atenciones odontológicas de los servicios requeridos incluidos en el plan de beneficios del régimen subsidiado POSS, se le ha evaluado y manejado por odontología y se le ha tratado la fractura de incisivo superior:

El día 02/10/2008: Realizó obturación en resina del tercio incisal del 22

El día 28/10/2008: Realizó resina del tercio medio incisal del 22

El día 17/01/2009: Realizó resina del tercio incisal del 22

El día 15/05/2009: Realiza reconstrucción ángulo mesial del 12 (sic) con resina

El día 30/07/2009: Realiza resina del 22”.

Así mismo, señaló que al afiliado “se le han realizado varias obturaciones en los incisivos superiores incluso antes de la orden del 11 de abril de 2009 como se puede evidenciar en las partes resaltadas de la historia clínica, Folios (1, 2, 5, 6)” (f. 22 ib.).

Adicionalmente, solicitó que en caso de ordenarse el cubrimiento de dicho tratamiento, se debe realizar “con cargo a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, dado que a la fecha de la tutela ya había entrado en vigencia la Resolución 5334 del 26 de diciembre de 2008, donde se establecen los mecanismos para cubrir los servicios NO incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado” (f. 22 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, corresponde a la Corte Constitucional determinar si Comfamiliar Camacol EPS-S, entidad de naturaleza privada encargada de prestar el servicio público de salud y, por tanto, pasible de ser demandada en acción de tutela (art. 42-2 D. 2591 de 1991), ha vulnerado los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social del accionante por negarse a autorizar el tratamiento “corona metal porcelana con perno” prescrito por el odontólogo tratante, como consecuencia de fractura que se le diagnosticó en el “tercio medio coronal del 22”, la cual debe ser atendida con urgencia, debido a que como paciente diabético requiere cuidado especial, por las complicaciones que dicha enfermedad conlleva, entre las que se encuentran la susceptibilidad a las infecciones orales y la lenta cicatrización.

Al efecto, esta Corte recordará (i) las reglas jurisprudenciales de la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS; (ii) y las generalidades del Régimen Subsidiado de Salud. Sobre el asunto existen decisiones anteriores, que la Corte Constitucional reiterará.

Tercera. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas y un servicio público, cuya prestación es dirigida, coordinada y controlada por el Estado, a fin de garantizar el bienestar ciudadano. Como derecho, la jurisprudencia le ha reconocido el carácter de programático, de contenido prestacional y de desarrollo progresivo.

“La cuestión que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala gira alrededor de los derechos a la seguridad social y a la salud, que aparecen establecidos en la Constitución Política dentro del capítulo dedicado a los de naturaleza social, económica y cultural, cuya implementación requiere, entre otros aspectos, la creación de estructuras destinadas a atenderlos y la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios, motivos por los cuales los derechos de contenido social, económico o cultural, en principio, no involucran el poder para exigir

del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta a favor de un sujeto específico.” 2

A fin de cumplir con los mencionados propósitos, se han expedido la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 806 de 1998, “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”; el Acuerdo 306 de 2005, “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”; y la Resolución 5261 de 1994, “Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, entre otras disposiciones legales que, al diseñar planes obligatorios de salud, han materializado derechos subjetivos a favor de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, esta Corte ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. Por tal razón, “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud o no permitir la realización de las cirugías o procedimientos amparados por el plan, constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud”.3

Por otra parte, vale la pena señalar que, para cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, se establecieron exclusiones y limitaciones al POS, constituidas por “todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.4

Ahora bien, aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.

Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia ha señalado unos criterios, que el juez de tutela deberá observar cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del POS, pero imprescindibles para la preservación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o práctica.

En tal sentido, en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte reiteró que debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”⁵

En adelante, se observará que una empresa encargada de prestar el servicio de salud viola este derecho, si se niega a autorizarlo por no estar incluido en el POS, si presenta las dos primeras y la última de las condiciones antes referidas (“requiera”); cuando registre la condición (iii), lo será con “necesidad”.

Esta posición “ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,⁶ como en el régimen subsidiado,⁷ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,⁸ a la

enfermedad que padece la persona⁹ o al tipo de servicio que ésta requiere.¹⁰ 11

Se infiere entonces, que en los casos en los cuales las personas requieran de un tratamiento, examen, intervención o medicamento, pero las entidades prestadoras del servicio de salud lo niegan con fundamento en que no está contenido en el POS, la acción de tutela es procedente si se afectan derechos fundamentales y se acreditan los requisitos señalados anteriormente.

No obstante, en relación con el primer requisito y para asuntos en que los afectados sean sujetos de especial protección, como es el caso de los niños, los adultos mayores y las personas con discapacidad, el derecho a la salud se ha considerado per se como derecho fundamental, calidad que ha ido extendiéndose paulatinamente a otros eventos de protección de la salud.

Respecto al tercer requisito, la Corte ha señalado que debe ser analizado desde una perspectiva cualitativa y no cuantitativa.¹² Lo anterior significa que es importante observar las condiciones socioeconómicas específicas de quien reclama la atención médica, presentándose casos en los cuales a personas que, pese a tener ingresos significativos, les resulta imposible asumir el costo del servicio requerido, en razón a otras obligaciones personales y familiares que tienen a cargo.

En conclusión, es importante precisar que reunidos los requisitos anteriores, se posibilita autorizar el servicio médico NO POS, quedando sometido al respectivo régimen legal la determinación sobre cómo ha de efectuarse el recobro por el costo que corresponda.¹³

En el caso en que los servicios requeridos sean autorizados, se podría exigir el recobro por el costo total de los mismos, pero si no llegase a ser aprobada por la EPS, no se estudiare oportunamente o no se tramitare la solicitud ante el comité, y por tal razón la persona tuviese que acudir a la acción de tutela, los costos ocasionados serán cubiertos, en el régimen contributivo, por partes iguales entre las EPS y el Fosyga¹⁶. Así mismo, en asuntos donde las entidades prestadoras del servicio médico pertenezcan al Régimen Subsidiado serán cubiertos por partes iguales entre las EPS-S y las entidades territoriales, de conformidad con lo estipulado en la Ley 715 del 2001.¹⁷

Cuarta. Régimen subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por mandato de la Ley 100 de 1993, se cambió el Sistema Nacional de Salud, SNS, por el Sistema de Seguridad Social en Salud, SGSSS, con el propósito de ampliar la cobertura y mejorar la calidad del servicio prestado a la población colombiana.

Justamente por ello, el SGSSS comprende dos regímenes, el contributivo y el subsidiado; en el primero se afilian las personas con capacidad de pago y en el segundo, las personas subsidiadas por el Estado.

El régimen contributivo está contemplado en el artículo 202 de la citada Ley, la cual lo define como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”.

Por su parte, el régimen subsidiado se encuentra definido en el artículo 211, como “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”.

De lo anterior se colige que el régimen subsidiado se orienta a garantizar el derecho a la salud de la población sin capacidad de pago, en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo de personas las mujeres durante el embarazo, parto, postparto y período de lactancia; las madres comunitarias; quienes son cabeza de familia; los niños menores de un año; los menores en situación irregular; quienes padecen la enfermedad de Hansen; las personas mayores de 65 años; y los discapacitados, entre otros.

Para tales efectos, este régimen es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos con las EPS del régimen subsidiado, públicas o privadas, encargadas de suministrar directa o indirectamente las prestaciones previstas en el plan obligatorio de salud subsidiado.

Finalmente, vale recordar que la Corte Constitucional ha determinado una presunción de incapacidad económica para las personas que pertenecen a los niveles 1 y 2 del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los Programas Sociales, SISBEN,¹⁸ por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.

Quinta. Análisis del caso concreto.

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, así como del material probatorio recaudado en sede de revisión, la Corte observa que en el caso bajo estudio debe analizarse si Comfamiliar Camacol EPS-S ha vulnerado los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de Edwar Ramiro Andrade Noriega, al no autorizarle el tratamiento “corona metal porcelana con perno” prescrito por el médico tratante.

Lo anterior, como consecuencia de una fractura que le fue diagnosticada en el “tercio medio coronal del 22”, la cual debe ser tratada con urgencia debido a que como paciente diabético requiere de un cuidado especial, por las complicaciones que dicha enfermedad conlleva, entre las que se encuentran la susceptibilidad a las infecciones orales y la lenta cicatrización.

Lo primero que hay que advertir es que corresponde a Comfamiliar Camacol EPS-S la prestación del servicio de salud al afectado. Lo anterior se desprende del carné de afiliación al régimen subsidiado en el nivel I, otorgado por dicha entidad (f. 6 cd. inicial.).

En segundo lugar, la Sala estima que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para el acceso al procedimiento NO POS-S “corona metal porcelana con perno”, por las siguientes razones.

1. Amenaza o vulneración a derecho fundamental. En el presente caso, los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social del actor, se encuentran directamente amenazados por la entidad accionada, debido a que, como consta en la historia clínica que obra en el expediente (f. 24 cd. corte.), el accionante además de padecer diabetes¹⁹, neuropatía²⁰ y pancreatitis, le resultan úlceras y laceraciones en

la boca por los cortes que le ocasiona el fracturado diente N° 22, al quedar con bordes filosos, sobre lo cual, a pesar del requerimiento de la Corte, Comfamiliar Camacol EPS-S no se pronunció, ni controvertió las afirmaciones que el actor realizó, cobrando al respecto fuerza la presunción de veracidad (art. 20 D. 25291 de 1991).

Ahora bien, es posible deducir que la enfermedad crónica que padece el actor (diabetes), con propensión a infecciones y lenta cicatrización, conduce a exacerbación anormal (úlceras y laceraciones) de los cortes que el diente N° 22 fracturado le produce en la boca, lo cual excluye la consideración de tratamiento estético o suntuario que Comfamiliar Camacol EPS-S le endilgó a la atención, para no autorizar la “corona metal porcelana con perno” que le ha sido prescrita.

2. Que no exista en el POS otro medicamento o tratamiento que supla al excluido, con el mismo nivel de efectividad. Está visto que Edwar Ramiro Andrade Noriega ha acudido en varias ocasiones al servicio odontológico, por la fractura de su diente (f. 22 cd. Corte), realizándosele “tratamiento con medio de obturación resina pero en varias ocasiones ha fracasado, razón por la cual el tejido dentario se va debilitando, no sirviendo este medio de restauración como lo indica el odontólogo tratante, razón por la cual el tratamiento a seguir es una corona metal porcelana con perno, en caso de que no sirva, la parte radicular se debe realizar una prótesis removible, tratamientos que no se encuentra dentro del plan de beneficios, es decir, es un tratamiento NO POS” (f. 21 ib., no está en negrilla en el texto original).

Obra así en el expediente la justificación para la realización del procedimiento prescrito por el odontólogo tratante, aunque no se encuentre en el POS.

3. Que el paciente carezca de los recursos económicos para sufragar el costo del fármaco o procedimiento. Teniendo en cuenta la condición del demandante, esta Sala observa que encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago ya que, según el carné del SISBEN cuya copia obra en el expediente, fue clasificado en el nivel I, a partir de lo cual puede presumirse la carencia de recursos propios y que está en el ámbito que amerita especial protección del Estado, acorde con el artículo 13 de la Constitución, pues su condición económica lo ubica en situación de debilidad manifiesta.

4. Que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante,

adscrito a la entidad prestadora de salud. El procedimiento que ha venido refiriéndose fue prescrito por el odontólogo tratante del actor, facultado para brindar la asistencia odontológica en la cabecera municipal de Puerto Nare, a través de la ESE Hospital Octavio Olivares, que tiene contrato de prestación de servicios con Comfamiliar Camacol EPS-S.

Conforme a lo expuesto, en el caso objeto de revisión se cumplen plenamente todos los presupuestos para proteger la salud, al igual que la vida digna y la seguridad social, de manera que pueda ordenarse un procedimiento odontológico excluido del POS-S, resultando imprescindible la intervención del juez constitucional para el restablecimiento y protección de tales derechos, a favor de Edwar Ramiro Andrade Noriega.

En consecuencia, será revocada la sentencia denegatoria de la tutela, proferida el 11 de mayo de 2009 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín que, en su lugar, se concederá, debiéndose ordenar a Comfamiliar Camacol EPS-S, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice el procedimiento “corona metal porcelana con perno” al actor, o el que disponga el profesional tratante, para subsanar la fractura del diente N° 22 que viene ocasionándole complicaciones de salud a partir de los cortes que le causa en la boca.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín en mayo 11 de 2009, mediante la cual denegó la tutela incoada por Edwar Ramiro Andrade Noriega, la cual se dispone CONCEDER, en defensa de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR a Comfamiliar Camacol EPS-S, por conducto de su representante

legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice el procedimiento “corona metal porcelana con perno”, o el que disponga el profesional tratante, para subsanar la fractura del diente N° 22 que viene ocasionándole complicaciones de salud a Edwar Ramiro Andrade Noriega.

Tercero.- Líbrese por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Dicho tratamiento no corresponde al ordenado por el médico tratante y pedido por el actor. No obstante, las pruebas remitidas por Comfamiliar Camacol EPS-S en sede de revisión, permiten dilucidar dicha confusión.

2 Acerca de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos exigibles por vía de tutela, pueden consultarse las sentencias T-419 de mayo 25 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil y SU-819 de octubre 20 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

3 T-736 de Agosto 5 de 2004, M. P Clara Inés Vargas Hernández..

4 Art. 10 del Decreto 806 de 1998.

5 “Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (...) y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005 (...), T-557 y T-829 de 2006 (...), T-148 de 2007 (...), T-565 de 2007 (...), T-788 de 2007 (...) y T-1079 de 2007 (...). En la sentencia T-1204 de 2000 (...), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar `(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.’”

6“Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz); T-591 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-058 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-750, T-828 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-882 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-901 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-016 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-024 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto.”

7“Ver, entre otras, las sentencias T-829 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-841 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-833 (MP Jaime Araújo Rentería) y T-868 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-096 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).”

8“Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que ‘cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido...’ (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa) Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); en el mismo sentido ver la sentencia

T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).”

9“Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha ‘(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.’ Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-502 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell); T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-079 de 1996 (MP Hernando Herrera Vergara); SU-256 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); T-417 de 1997 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-328 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz); T-171 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-523 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); T-436 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-925 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-326 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra.].”

10“Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; estas condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-597 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).”

11“Corte Constitucional T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).”

13 T-760 de julio 31 de 2008, ya citada.

14“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

15 A partir de la Ley 1122 de 2007, deben entenderse como EPS del régimen subsidiado, las anteriormente denominadas Administradoras del Régimen Subsidiado ARS.

16 Artículo 14 Ley 1122 del 2007, “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; texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia C-463 de 2008, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.”

17 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

18 El artículo 7º del Acuerdo 77 de noviembre 20 de 1997, “por medio del cual se define la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, establece que a las Direcciones Locales y Distritales de Salud, Personerías Municipales, Veedurías Comunitarias, Mesas de Solidaridad y a los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, les corresponde verificar que las personas identificadas como beneficiarios potenciales sean efectivamente las personas más pobres y vulnerables del respectivo municipio. Así mismo revisarán que se encuentren incluidas las personas que tendrían derecho a los subsidios.

19 La diabetes es una enfermedad crónica, la cual con el tiempo produce importantes

lesiones en muchos sistemas orgánicos, y en particular en los nervios y los vasos sanguíneos. Ver página de la Organización Mundial de la Salud OMS, <http://www.who.in/es>.

20 La neuropatía diabética se debe al daño de los nervios a consecuencia de la diabetes, y puede llegar a afectar a un 50% de los diabéticos. La neuropatía diabética puede causar muchos problemas diferentes, pero los síntomas más frecuentes son hormigueo, dolor, entumecimiento o debilidad en los pies y manos. Ver página de la Organización Mundial de la Salud OMS <http://www.who.int/es>.