

Sentencia T-873/11

(22 de noviembre)

CONCEPTO DEL MEDICO TRATANTE-Carácter prevalente de la prescripción médica cuando es emitida por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD-Prevalece la prescripción médica y no la decisión que tome el Comité Técnico Científico sobre el tratamiento o medicamentos

El dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente. La negación por parte del CTC de una prestación de salud ordenada por el médico tratante, solo es constitucionalmente legítima bajo el supuesto que éste presente un concepto sólido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordenó el servicio de salud y en el cual se hayan estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Vulneración del derecho a la salud cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos y procedimientos incluidos en el POS o POS-S

El acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera de acuerdo con el concepto de su médico tratante y que se encuentre previsto en el POS, está constitucionalmente y legalmente garantizado por el Sistema a sus afiliados -en cuanto derecho subjetivo-, de tal suerte que su negación por parte de la respectiva EPS, comporta la vulneración del derecho fundamental autónomo a la salud, y, en esa medida, la acción de tutela es procedente para obtener su amparo sin que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental.

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE FRENTE AL

CONCEPTO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO-Servicio de atención domiciliaria por enfermería se encuentra incluido dentro del POS y CTC no tenía facultad de aprobarlo ni desaprobarlo

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Autorización servicio de atención domiciliaria de enfermería por 12 horas a enfermo de alzheimer, por estar incluida en el POS

Referencia: expediente T-3.096.805

Fallo de tutela objeto revisión: Sentencia de 19 de mayo de 2011 del Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C., la cual revocó la sentencia del 8 de abril de 2011 del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá D.C.

Accionante: Fany Margoth Quevedo Martínez.

Accionado: Aliansalud E.P.S.

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: Salud

Conducta que causa la vulneración: Negación por parte de la EPS del servicio de enfermería por 12 horas diarias ordenado por el médico tratante, al considerar que el paciente requiere de los servicios de un cuidador, excluidos del POS, y no los de un profesional de enfermería.

Pretensión: Se le ordene a Aliansalud EPS autorizar la prestación del servicio de enfermería por 12 horas prescrito por el médico tratante.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

## 1. Demanda de tutela<sup>1</sup>: Fundamentos de la pretensión

La señora Fany Margoth Quevedo Martínez, obrando en calidad de agente oficioso de su padre Eberto Quevedo quien padece de alzheimer, instauró acción de tutela en contra de Aliansalud EPS al considerar que dicha entidad vulneró el derecho fundamental a la salud, de su padre, con base en los siguientes hechos:

1. El señor Eberto Quevedo, de 73 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS Aliansalud –antes denominada Colmédica EPS-, en calidad de cotizante en el régimen contributivo, desde el año 2005.

1. El señor fue diagnosticado con demencia en la enfermedad de Alzheimer (no especificada)<sup>2</sup> y “DEMENCIA VASCULAR, ENFERMEDAD CEREBRAL MULTIINFARTO (sic), ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA IV, INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS A REPETICIÓN, HIPERPLASIA PROSTÁTICA BENIGNA, HIPERTENSIÓN ARTERIAL, ARTRITIS”<sup>3</sup>.

1. El 18 de diciembre de 2010, la médica tratante del señor Quevedo – especialista en neurología y adscrita a la entidad accionada<sup>4</sup>-, le ordenó mediante fórmula médica<sup>5</sup> el “servicio de enfermería por 12 horas por tres meses”. Esta solicitud del servicio fue presentada ante la EPS el mismo día de su suscripción<sup>6</sup>.

1. El día 25 de enero de 2011 le fue notificado a la accionante la negación de la solicitud, por medio del formato de negación de servicios del Comité Técnico Científico –CTC-. Dicha negación tuvo como fundamento legal el artículo 6º de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de Protección Social y fue justificada por el CTC con el argumento de que los

servicios solicitados “no son actividades de enfermería propiamente dichas. Corresponden a actividades de un cuidador” 7.

1. Como consecuencia, la accionante radicó el 9 de febrero de 2011 en la entidad accionada un derecho de petición<sup>8</sup> solicitando nuevamente lo ordenado por la médica tratante y manifestando que ni ella ni sus hermanos cuentan con la capacidad económica para costear el mencionado servicio.

1. Aliansalud dio respuesta a la mencionada petición el 21 de febrero del mismo año, negando una vez más la solicitud afirmando que: “según historia clínica anexa a la solicitud no se evidencia que hayan acciones específicas de enfermería solo labores de cuidados básicos que corresponden a un cuidador, la decisión del comité se toma debido a que el servicio solicitado no es un servicio de salud y deberá ser proporcionado por los familiares”<sup>9</sup>.

#### 1. Respuesta del Ministerio de Protección Social -FOSYGA-10

Al respecto la entidad respondió que la atención domiciliaria se encuentra en los artículos 28 y 29 del Acuerdo 008 de 2009, y que como tal al ser un procedimiento incluido dentro del POS “la obligación en la prestación del servicio recae exclusivamente sobre la EPS”. Por ende, solicita que “en caso de tutelar los derechos fundamentales del accionante no se permita a la EPS la posibilidad de acceder al procedimiento de recobro ante el FOSYGA”.

#### 1. Respuesta de Aliansalud EPS

La accionada, por medio de su representante legal, dio respuesta a la acción de tutela solicitándole al juez constitucional declarar la improcedencia de la misma y no amparar los derechos fundamentales señalados como vulnerados. Subsidiariamente pidió que, en caso de ordenar a la EPS que autorice el servicio de enfermería por 12 horas, se le reconozca en el fallo el derecho que le asiste a Aliansalud EPS de realizar el recobro ante el FOSYGA.

Respecto del caso del señor Quevedo, Aliansalud adujo que:

“si bien la neuróloga indicó Enfermera [en la formula médica], al efectuar la revisión de la historia clínica se pudo evidenciar que se trata del servicio de un cuidador, por lo tanto, dado que dicho servicio NO se encuentra incluido dentro de las coberturas del POS, la usuaria sometió su solicitud ante el Comité Técnico Científico para que dicho órgano, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos legales establecidos por el Ministerio de la Protección Social en la Resolución 3099 de 2010 (sic), estudiara la viabilidad de autorizar o no el servicio ordenado por el tratante, decisión que fue negativa por parte del CTC.”<sup>11</sup> (Corchetes fuera del texto original)

## 1. Pruebas que obran en el expediente

- \* Copia informal del carné de afiliación a Aliansalud EPS del señor Eberto Quevedo<sup>12</sup>.
- \* Copia informal de la cédula de ciudadanía de la accionante Fany Margoth Quevedo<sup>14</sup>.
- \* Copia informal del comprobante de radicación de solicitud ante el Comité Técnico Científico con fecha de 30 de diciembre de 2010<sup>15</sup>.
- \* Copia informal de la prescripción médica firmada por la neuróloga Andrea Nassar Tobón en la cual se ordena “SS/ Enfermería por 12 horas. Dx: Enfermedad de Alzheimer. Fórmula para tres meses”, expedida el 18 de diciembre de 2010<sup>16</sup>.
- \* Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos diligenciado el 24 de enero de 2011 por Aliansalud EPS<sup>17</sup>.
- \* Comprobante de radicación del derecho de petición interpuesto por la accionante el 9 de febrero de 2011<sup>18</sup>.
- \* Respuesta al derecho de petición por parte de Aliansalud el 21 de febrero de 2011<sup>19</sup>.
- \* Informe de visita médica domiciliaria de Colmédica EPS del 22 de febrero de 2011<sup>20</sup>.

\* Informe de Consulta de Control del 16 de marzo de 2011<sup>21</sup>.

\* Derecho de petición interpuesto por la accionante el 9 de febrero de 2011<sup>22</sup>.

## 1. Decisión de tutela objeto de revisión:

1. Primera instancia<sup>23</sup>: Sentencia del 8 de abril de 2011 del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá D.C.

El juez de primera instancia concedió el amparo constitucional al considerar que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarle el servicio de enfermería por 12 horas, alegando que es un servicio no incluido en el POS. El juez considera que la necesidad del servicio es evidente en el caso del señor Quevedo debido a su avanzada edad y la gravedad de la patología que padece el accionante y que la falta del mismo “le deteriora cada vez más su salud, y por ende, imposibilita su derecho a disfrutar de una vida digna”.

Tras analizar el caso del señor Quevedo a la luz de la jurisprudencia constitucional respecto de la inaplicación de la legislación que regula las exclusiones del POS, y verificar que los hechos se ajustan a la misma, procedió a ordenar a la EPS accionada autorizar el servicio de enfermería por 12 horas de acuerdo con lo establecido en la prescripción médica. Asimismo, le reconoció a Aliansalud la posibilidad de realizar el recobro al FOSYGA.

## 1. Segunda instancia<sup>24</sup>:

### 1. Actuación surtida en Segunda Instancia

El juez de segunda instancia, mediante oficio del 11 de mayo de 2011, le solicitó al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES determinar “si con fundamento en los

conceptos y peticiones, obrantes en el expediente, para la atención del paciente, es suficiente un CUIDADOR sin experiencia alguna de ENFERMERÍA, o por el contrario, REQUIERE DE UNA ENFERMERA o ENFERMERO, por el tiempo ordenado por el medico tratante.”

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dio respuesta al oficio del juez en peritación fechada el 17 de mayo de 2011<sup>25</sup>. En el documento, tras realizar una exposición detallada respecto de la enfermedad de Alzheimer y su tratamiento, el Instituto concluyó que:

“[...] según información aportada en historia clínica anexada el señor Quevedo no presenta una condición clínica que requiera cuidados específicos de personal de enfermería (sondas, vigilancia y apoyo de oxigenoterapia, entre otro) requiere acompañamiento físico , emocional y asistencia de un cuidador para la realización de actividades de aseo general, uso del sanitario (eliminación de orina y heces), alimentación, deambulación prevención de accidentes y/o conductas de autoagresión y ejercicio físico, entre otras.

En relación, a establecer la necesidad y urgencia en la formulación de medicamentos y/o realización de paraclínicos o procedimientos quirúrgicos, este es un concepto que debe ser emitido por el equipo de especialistas médico tratantes; ya que son ellos quienes conocen el estado actual de salud del paciente, la evolución o progresión de la patología diagnosticada y la respuesta y/o adherencia por parte del paciente y su familia a los tratamientos implementados.”

1. Sentencia de 19 de mayo de 2011 del Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C.

El juez de segunda instancia, basándose en la respuesta dada por el Instituto de Medicina Legal, revocó el fallo del a quo argumentando que “conforme a las pruebas allegadas tanto en sede de primera instancia, como el concepto médico rendido a este Juzgado por el Instituto de Medicina Legal, [...] con el actuar de la E.P.S. accionada, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al paciente- tutelante, circunscribiéndose su negativa a los resultados de la misma Historia Clínica del paciente.”

## 1. Actuación surtida en sede de revisión

El despacho del Magistrado Sustanciador, mediante comunicación electrónica le solicitó a la Comisión de Regulación en Salud -CRES-26, informar si el servicio de enfermería domiciliaria se encuentra o no incluido en el POS, y de estarlo, bajo qué condiciones debe prestarse el servicio.

La Comisionada Experta Vocera de la CRES mediante escrito recibido por la Secretaría de esta Corporación el 29 de septiembre de la anualidad en curso<sup>27</sup>, manifestó que en el Listado de Procedimientos -Anexo 2 del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES-, se encuentra:

CÓDIGO

DESCRIPCIÓN

NIVELES DE COMPLEJIDAD

890105

ATENCIÓN [VISITA] DOMICILIARIA, POR ENFERMERÍA

1

Y, en este sentido concluyó, que “la atención domiciliaria por enfermería se considera incluida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, si el médico tratante la ordena, para todas las patologías y los grupos de edad y por el tiempo que lo considere necesario, siempre y cuando se le garantice al paciente una atención de calidad”.

## I. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33

a 36; y en el auto del veinte (28) de julio de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de Tutela número siete (7) de la Corte Constitucional.

## 1. Problema jurídico

En la presente ocasión, le corresponde a la Sala de Revisión determinar, en primer lugar, ¿qué concepto debe primar, ante la eventualidad de un conflicto, entre el rendido por el Comité Técnico Científico o un profesional de salud y el rendido por el médico tratante respecto de la pertinencia de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud?; y, en segundo lugar, sí ¿una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de un afiliado al negarse a autorizar un servicio prescrito por su médico tratante, al considerar que el mismo no es pertinente dadas las condiciones de salud consagradas en su historia clínica?

1. Con el fin de responder los problemas jurídicos planteados, en esta sentencia se abordarán los siguientes temas: i) El carácter vinculante de la prescripción médica emitida por el médico tratante. Reiteración de Jurisprudencia; ii) La negación de procedimientos, tratamientos o medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud vulnera el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia; (iii) para posteriormente entrar a resolver el caso en concreto.

1. El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante - Reiteración de Jurisprudencia-

Ha sido amplia la jurisprudencia de esta Corporación al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana<sup>28</sup>. En esta línea, la Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio<sup>29</sup>.

De ahí, que esta Corporación haya señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud<sup>30</sup>.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación<sup>31</sup>.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, este Tribunal ha sostenido a través de su jurisprudencia que el Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura<sup>32</sup> y a las funciones que desempeña<sup>33</sup>, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente<sup>34</sup>.

Para esta Corporación, “resulta inadmisibles a la luz de la Constitución que los derechos de las personas a la vida, la integridad y la salud dependan de decisiones de orden administrativo que carezcan de un asidero científico de mayor peso que el que ampara lo ordenado por el médico que conoce al paciente, lo ha examinado, ha evaluado cuidadosamente su situación y sus necesidades y ha ordenado una [prestación en salud] que estima apropiada”<sup>35</sup> (corchetes fuera del texto), por lo tanto la Corte en la sentencia T-344 de 2002 consideró

pertinente determinar “cuándo le es dado, constitucionalmente, [al Comité Técnico Científico] negar una solicitud de medicamentos o tratamientos no contemplados por el POS” (corchetes fuera del texto) y estableció una serie de criterios –posteriormente reiterados en la T-760 de 2008- que debe observar el CTC “para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante”.

En esta ocasión, este Tribunal manifestó que para desvirtuar la orden del médico tratante “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.”

Es decir, que el dictamen del médico tratante respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS36, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente.

La negación por parte del CTC de una prestación de salud ordenada por el médico tratante, solo es constitucionalmente legítima bajo el supuesto que éste presente un concepto sólido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordenó el servicio de salud y en el cual se hayan estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado.

Vale la pena aclarar en este punto que si bien es cierto que la Ley 1438 de 2011 introdujo unos cambios en la conformación de estos Comités (Art. 26) y creó la Junta Técnica-Científica de pares (Art. 27) a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud como ente encargado de resolver los conflictos entre el CTC y el médico tratante, también lo es, que ésta Ley le otorgó al Gobierno Nacional y a la Superintendencia el término de 6 meses para reglamentar y aplicar sendos artículos a partir de la vigencia de la misma, y para el momento de interposición de la tutela esto no se había realizado. Así las cosas, pese a que la regulación respecto de los Comités Técnico Científicos ha cambiado, la naturaleza de estos bajo la

regulación actual sigue siendo administrativa y los criterios que estableció la Corte en la T-344 de 2002 siguen siendo aplicables.

1. La negación de procedimientos, tratamientos o medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud vulnera el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución Política erigió la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado y como un derecho que garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. De esta forma, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a la salud es un derecho complejo y la materialización del mismo requiere de un amplio desarrollo legal y de la implementación de políticas públicas que aseguren tanto la apropiación de recursos como la distribución y utilización eficiente de los escasamente disponibles.

En virtud de lo anterior, el legislador desarrolló en la Ley 100 de 1993 el Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS-, garantizándole<sup>37</sup> a los afiliados al mismo, el acceso a un conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que lo conforman, precisadas en un Plan Obligatorio de Salud -POS-<sup>38</sup>, tanto para el régimen contributivo como subsidiado.

En consecuencia, en la sentencia T-859 de 2003 esta Corporación sentó que:

“Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. [...]

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus

normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General Nº 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.” (Corchetes y énfasis fuera del texto)

En suma, el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera de acuerdo con el concepto de su médico tratante y que se encuentre previsto en el POS, está constitucionalmente y legalmente garantizado por el Sistema a sus afiliados –en cuanto derecho subjetivo-, de tal suerte que su negación por parte de la respectiva EPS, comporta la vulneración del derecho fundamental autónomo<sup>40</sup> a la salud, y, en esa medida, la acción de tutela es procedente para obtener su amparo sin que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental.

## 1. Caso Concreto

En el presente caso, la señora Fany Margoth Quevedo Martínez, actuando como agente oficioso de su padre Eberto Quevedo de 73 años de edad y quien padece de la enfermedad de Alzheimer y demencia vascular, interpuso acción de tutela en contra de Aliansalud EPS al considerar que la negación del “servicio de enfermería por 12 horas” ordenado por su médico tratante, constituye una vulneración a su derecho fundamental a la salud.

Así las cosas, le corresponde a esta Sala determinar si la negación de la EPS de autorizar el servicio de enfermería por 12 horas ordenado por el médico tratante constituye o no una vulneración al derecho fundamental a la salud del señor Eberto Quevedo.

Como se expuso en las consideraciones de esta sentencia, la inclusión de determinados procedimientos, servicios, medicamentos, tratamientos, etc., en los Planes de Salud Obligatorios delimitan los contenidos del derecho a la salud y en consecuencia conforman un derecho subjetivo en cabeza de los afiliados al SGSSS. Esto se traduce en que el derecho a acceder a los contenidos de los Planes de Salud Obligatorios, como componente del derecho a la salud, hacen de éste un derecho fundamental de carácter autónomo, y susceptible de ser protegido por vía de tutela.

No obstante, para que proceda la acción de tutela en tal hipótesis, es en todo caso necesario que el accionante demuestre que el procedimiento o medicamento cuya práctica o suministro reclama ha sido formulado por su médico tratante inscrito a la respectiva EPS o EPS-S, y que ésta última ha negado su práctica o suministro.

En el caso del señor Quevedo, se acreditan estos requisitos. Como se pudo conocer del recuento de los hechos y del material probatorio que reposa en el expediente, el 18 de diciembre de 2010 la Neuróloga Andrea Nassar Tobón le prescribió al señor Eberto Quevedo el servicio de enfermería por 12 horas por el término de tres meses. Tras haber presentado la respectiva solicitud el mismo 18 de diciembre, el 24 de enero de 2011 le fue diligenciado por la EPS accionada el formato de negación de servicios de salud en el cual se evidencia que “lo requerido no son actividades de enfermería propiamente dichas. Corresponden a actividades de un cuidador” y aparece como justificación “NEGACIÓN POR COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO”.

A causa de ello, la accionante presentó un reclamo ante la entidad el 9 de febrero de 2011, el cual fue respondido por la EPS el 21 de febrero del mismo año, manifestándole a la peticionaria que “según historia clínica anexa a la solicitud no se evidencia que hayan acciones específicas de enfermería solo labores de cuidados básicos que corresponden a un cuidador, la decisión del comité se toma debido a que el servicio solicitado no es un servicio de salud y deberá ser proporcionado por los familiares”<sup>41</sup> (sic). Esta afirmación fue nuevamente reiterada por la parte accionada en la contestación a la acción de tutela, en donde expresó que “es preciso anotar, que si bien la neuróloga indicó Enfermera, al efectuar la revisión de la historia clínica se pudo evidenciar que se trata del servicio de un cuidador, por lo tanto, dado que dicho servicio NO se encuentra incluido dentro de las coberturas del POS, la usuaria presentó su solicitud ante el comité técnico científico”<sup>42</sup> (sic).

Teniendo en cuenta, que la jurisprudencia constitucional ha sido clara respecto del carácter vinculante de la prescripción del médico tratante estableciendo que “una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita en términos médicos un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud, por cuanto es aquello que la persona necesita en concreto[...] estas órdenes médicas no revisten un carácter arbitrario e irrazonable, sino que por el contrario se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón

por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud” 43, para la Sala no es de recibo que la EPS haya considerado pertinente y jurídicamente factible interpretar la prescripción médica de la neuróloga tratante del señor Quevedo, llegando a la conclusión que lo que necesita el paciente es el servicio de un cuidador y no lo estipulado en la fórmula, cuando en ésta la indicación es diáfana al consignar que el paciente requiere del servicio de “enfermería por 12 horas”, más aún, encontrándose el servicio de atención domiciliaria por enfermería incluido en el POS<sup>44</sup>.

De otro lado, la Sala considera que el juez de instancia erró de manera significativa en su sentencia al omitir verificar si el servicio de salud ordenado se encontraba o no incluido dentro del POS. Esta omisión lo llevó a considerar erróneamente que el Comité Técnico Científico tenía la competencia para evaluar, aprobar o desaprobar la prescripción médica de la neuróloga del señor Quevedo, lo cual, a su vez, lo condujo a considerar, nuevamente de manera equivocada, que hubiera un ‘conflicto’ entre la orden del médico tratante y el concepto del CTC que era necesario entrar a resolver, por lo que solicitó un concepto del Instituto de Medicina Legal.

La sentencia del juez de instancia comporta un desconocimiento del precedente constitucional de esta Corte respecto de las facultades de los Comités Técnico Científicos para negar prestaciones de salud y del carácter prevalente del concepto del médico tratante. Como se reseñó en las consideraciones de esta sentencia, la competencia del CTC se circunscribe a evaluar las órdenes médicas de servicios de salud no incluidos dentro del POS, y la negación de un servicio de este tipo por parte del CTC sólo es constitucionalmente legítima en la medida en que su concepto haya tenido como fundamento: (i) un análisis detallado de la historia clínica del paciente y (ii) la opinión científica de dos o más profesionales de la salud de la respectiva especialidad del médico tratante.

En el caso bajo examen, el CTC no tenía la competencia para pronunciarse respecto de la prescripción médica de la neuróloga tratante del señor Quevedo puesto que el servicio ordenado se encuentra incluido dentro del POS y era una obligación de la EPS de garantizar el acceso a éste sin dilación alguna. En esta línea, si el CTC no podía evaluar -ni aprobar, ni desaprobar- el servicio de salud, lógicamente tampoco podría considerarse que hubiese un

conflicto entre el concepto del médico tratante y el del Comité que se necesitara resolver.

Congruentemente, además del hecho de que el CTC no tenía la facultad para negar el servicio de salud ordenado por la médica tratante del peticionario, la negación del CTC del servicio de enfermería ni siquiera cumple con los lineamientos establecidos por esta Corporación para que su concepto negativo sea considerado constitucionalmente legítimo. El Comité Técnico Científico se limitó a revisar la historia clínica del accionante y no acudió a la opinión de otros profesionales de la salud de la respectiva especialidad del médico tratante. El CTC en la respuesta al reclamo presentado por la hija del señor Eberto Quevedo afirma que “según historia clínica anexa a la solicitud no se evidencia que hayan acciones específicas de enfermería solo labores de cuidados básicos que corresponden a un cuidador, la decisión del comité se toma debido a que el servicio solicitado no es un servicio de salud y deberá ser proporcionado por lo familiares”.

En otras palabras, el CTC sin ningún tipo de evidencia médico-científica decidió negar el servicio de atención domiciliaria por enfermería incluido en el POS y ordenado por el médico tratante, pues considera que esto no es lo que el paciente necesita. Luego, procede a afirmar que lo que sí necesita el señor Quevedo es el servicio de un cuidador y resalta que puesto que éste no es un servicio de salud, debe ser proporcionado por sus familiares.

Con su actuación, el Comité Técnico Científico de Aliansalud EPS no generó un conflicto entre su concepto y el del médico tratante sino que suplantó directamente a la neuróloga del señor Quevedo en una clara extralimitación de sus funciones.

El hecho que el CTC no sólo haya negado un servicio de salud ordenado por un médico tratante incluido en el POS sino que también haya omitido sustentar su decisión en opiniones científicas, es plena prueba de que las falencias y vacíos en la regulación de estos Comités tratados en la sentencia T-344 de 2002 y posteriormente reiteradas en la T-760 de 2008 permanecen hasta el día de hoy. Son precisamente este tipo de decisiones sin fundamento científico alguno y en claro detrimento de los derechos fundamentales de los afiliados al SGSSS que la jurisprudencia les ha reprochado de larga data a los Comités Técnico Científicos.

Ahora bien, en cuanto al problema jurídico de qué concepto debe primar ante la eventualidad de un conflicto entre el Comité Técnico Científico o un profesional de salud y el médico

tratante, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación anteriormente reseñada, el dictamen del médico legista solicitado por el juez ad quem no es suficiente para controvertir la prescripción de la profesional de la salud tratante del señor Quevedo, por tres razones:

En primer lugar, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer que la prescripción médica de un médico tratante debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud de su paciente y las particularidades del caso. Tal como se presentó en la sentencia T-344 de 2002, “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, [...]”.

En segundo lugar, y de manera conexa con el anterior punto, quien realizó el dictamen pericial en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses fue un profesional universitario forense y no una colectividad de profesionales de la salud<sup>45</sup> especializados en el mismo campo de acción de la médica tratante del señor Quevedo.

En último lugar, en la peritación del Instituto de Medicina Legal llama la atención que al analizar la historia clínica del accionante, el médico legista afirma que el accionante no “presenta condición clínica que requiera de cuidados específicos de personal de enfermería (administración especial de medicamentos, curación de heridas o escaras, vigilancia y cuidados de sondas, [...])”. En el expediente de tutela se encuentra que la actora en el reclamo presentado por a la entidad el 9 de febrero de 2011<sup>46</sup> afirma que el señor Eberto Quevedo necesita “cambios de posición ya que esta presentando indicios de escaras” sin que dicha afirmación haya sido desvirtuada en ningún momento por la accionada. Es decir, que bajo lo expuesto por el médico legista, el señor Quevedo sí necesita de cuidados específicos de personal de enfermería debido a su condición, para evitar que aparezcan escaras.

En suma, dado que el servicio de atención domiciliaria por enfermería ordenado por la médica tratante del señor Quevedo se encuentra incluido dentro del POS y el CTC de la EPS Aliansalud no tenía la facultad ni de aprobarlo ni desaprobarlo, la negación del mismo por parte de la EPS constituye de manera directa una vulneración al derecho fundamental autónomo a la salud del señor Eberto Quevedo.

## 1. Razón de la decisión

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala considera que la actuación de la EPS Aliansalud se dio en desconocimiento, tanto de los principios constitucionales y normas relacionadas con la prestación del servicio de salud, como de la jurisprudencia de esta Corporación respecto de la negación de servicios de salud incluidos en el POS.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Bogotá D.C., del diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011) la cual negó el amparo, para en su lugar, confirmar parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil Municipal del ocho (8) de abril de dos mil once (2011), en cuanto protegió el derecho fundamental a la salud del accionante –pero únicamente por las razones expuestas en la presente providencia-, y revocar los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la misma –ya que estos numerales tratan sobre la autorización del servicio de salud como no incluido en el POS-.

Seguidamente, la Sala procederá a ordenar a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, proceda autorizar el servicio de enfermería por 12 horas en los términos inicialmente ordenados por la neuróloga tratante del señor Eberto Quevedo; y señalará que no le asiste el derecho a la EPS accionada realizar el recobro ante el FOSYGA, puesto que el servicio de salud de atención domiciliaria por enfermería ordenado por el médico tratante se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y por tal motivo, de haber realizado la accionada el recobro ante el FOSYGA en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, se ordenará a Aliansalud EPS que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reembolsar al FOSYGA el dinero recobrado por concepto del servicio de atención domiciliaria por enfermería prescrito por la neuróloga del señor Quevedo.

## I. 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 Política,

**RESUELVE:**

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Bogotá D.C., del diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011) la cual negó el amparo; para, en su lugar, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil Municipal del ocho (8) de abril de dos mil once (2011), en cuanto protegió el derecho fundamental a la salud del señor Eberto Quevedo pero únicamente por las razones expuestas en la presente providencia, y REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la misma.

Segundo.- ORDENAR a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, proceda autorizar el servicio de enfermería por 12 horas en los términos inicialmente ordenados por la neuróloga tratante del señor Eberto Quevedo.

Tercero.- SEÑALAR que no le asiste el derecho a la EPS accionada realizar el recobro ante el FOSYGA, puesto que el servicio de salud de atención domiciliaria por enfermería ordenado por el médico tratante se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud. En este sentido, de haber realizado la accionada el recobro ante el FOSYGA en cumplimiento de la sentencia de primera instancia del Juzgado Veinticuatro (24) Civil Municipal de Bogotá D.C., ORDENAR a Aliansalud EPS que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reembolsar al FOSYGA el dinero recobrado por concepto del servicio de atención domiciliaria por enfermería prescrito por la neuróloga del señor Quevedo.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en 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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA. SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La demanda fue interpuesta el 25 de marzo de 2011 y admitida el 29 de marzo del mismo año, ver folios 21 y 23 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga referencia en la presente sentencia se encuentran en el cuaderno 1 del expediente, salvo que se exprese lo contrario.

2 Ver folio 11. Consulta de Control por parte de la Neuróloga Andrea Catalina Nassar, de la Fundación Liga Central contra la Epilepsia (LICCE), con fecha 16 de marzo de 2011.

3 Ver folios 9 y 10. Informe visita médica domiciliaria Colmédica EPS, con fecha 22 de febrero de 2011.

4 Ver folio 38.

5 Ver folio 5. Formula médica firmada por la doctora Andrea Nassar Tobón.

6 Ver folio 6. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos.

7 Ibíd.

8 Ver folio 12.

9 Ver folio 8.

10 Ver folios 28 al 31. Entidad vinculada al trámite de la acción de tutela mediante auto de

29 de marzo de 2011 visible a folio 23.

11 Ver folio 38.

12 Ver folio 1.

13 Ver folio 2.

14 Ver folio 3.

15 Ver folio 4.

16 Ver folio 5.

17 Ver folio 6.

18 Ver folio 7.

19 Ver folio 8.

21 Ver folio 11.

22 Ver folio 12.

23 Ver folios 43 al 51.

24 Ver folios 14 al 17, cuaderno 2.

25 Peritación suscrita por la Profesional Universitaria Forense Fanny Cecilia Niño Guevara.

26 Ley 1122 de 2007 Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones: 1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

27 Ver folio 18,19 y 20, cuaderno 3.

28 Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008: “Toda persona tiene el derecho

constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad.”

29 Al respecto ver, entre otras, las sentencias: T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-007 de 2005, T-760 de 2008 y T-674 de 2009.

30 Sentencia C-463 de 2008. En esta la Corte afirmó: “las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud”

31 De acuerdo con la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, la cual reglamenta los Comités Técnico Científicos, las funciones de estos Comités son: “Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico Científico tendrá las siguientes funciones: 1. Evaluar, aprobar o desaprobar 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.” (Énfasis fuera del texto); y el procedimiento para su evaluación, aprobación y desaprobación se encuentra reglamentado en el artículo 7º de la misma, el cual establece: “Las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento: [...]”

32 El artículo 1º de la resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social dispuso que los Comités Técnico Científicos estarán integrados por “(1) representante de la entidad administradora de planes de beneficios, según corresponda, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y un (1) representante de los usuarios, que tendrá las funciones que se señalan en la presente resolución.”

33 Sentencia T-344 de 2002: “El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en

estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del POS. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la EPS en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud.”

34 Ver, entre otras, las sentencias T-344 de 2002, T-053 de 2004, T-1192 de 2004, T-339 de 2005, T-1063 de 2005, T-471 de 2005, T-1289 de 2005, T-071 de 2006, T-227 de 2006, T-335 de 2006, T-365<sup>a</sup> de 2006, T-324

35 Sentencia T-344 de 2002.

36 Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

37 Artículo 159 de la Ley 100 de 1993.

38 El POS para el régimen contributivo es definido en el Artículo 2º del Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, como “el conjunto de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al régimen contributivo cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Promotoras de Salud, a todos sus afiliados”.

39 Sentencia T-227 de 2003.

40 Autónomo en la medida que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo.

41 Ver folio 8.

42 Ver folio 38.

43 Sentencia C-463 de 2008.

44 Ver el numeral 5º del acápite de antecedentes de esta sentencia.

45 En la sentencia T-344 de 2002, la Corte estableció que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido “la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.”. La Corte, posteriormente refuerza el fundamento de la anterior subregla afirmando que: “Por ejemplo, un procedimiento como el adoptado por la Sala en el presente caso permitió contar con la opinión de dos médicos especializados en el área en que requiere atención la persona que demandó el servicio de salud, a los cuales se les puso en conocimiento de la historia clínica del paciente, con lo cual se garantizó que el concepto que se emitió sobre el caso fue confiable y fundado en un estudio científico. El hecho de haber consultado la opinión de dos médicos, aseguró que no se tratara de la mera discrepancia entre él médico tratante y otro doctor.” (Énfasis fuera del texto)

46 Ver folio 12.