

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Finalidad/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Función básica/DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo.

Cuando se trata de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud tiene carácter fundamental de manera autónoma, “pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud”. En tales situaciones las personas adquieren un derecho subjetivo a recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud, pero cuando se prueba el incumplimiento en general de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en especial aquellas contenidas en el POS, el derecho a la salud se torna fundamental. En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud se vuelve fundamental de manera autónoma, pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud.

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Es requisito que el medicamento este prescrito por médico tratante/ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Debe existir en realidad una negativa u omisión en suministrar lo pretendido

Para que el amparo solicitado prospere es necesario que se aprecie que en realidad existió la negativa de una Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido más aún si está contenido en el Plan Obligatorio de Salud, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyan la violación de algún derecho fundamental.

Referencia: expediente T-1114497

Acción de tutela instaurada por Yolanda Orozco Monsalve contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la EPS SOLSALUD Seccional Manizales.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Sexto (6) Civil del Circuito de Manizales, dentro de la acción de tutela instaurada por Yolanda Orozco Monsalve contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la EPS SOLSALUD Seccional Manizales.

I. ANTECEDENTES

La señora Yolanda Orozco Monsalve interpuso acción de tutela contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la EPS SOLSALUD, por considerar vulnerados los derechos a la salud, a la vida digna y a la seguridad social. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

a. Manifiesta que está afiliada al Régimen Subsidiado en Salud en la EPS SOLSALUD.

a. Declara que desde el mes de agosto de 2004 presenta fuertes dolores “al lado izquierdo maxilofacial”.

a. Alega que en el mes de septiembre del año inmediatamente anterior acudió a un cirujano maxilofacial, quien le ordenó una radiografía “RX PANORÁMICA”.

a. Expone que la Dirección Territorial de Salud de Caldas se negó a autorizar la práctica del citado examen con el cubrimiento del 100%.

a. Sostiene que no está en condición económica de asumir el alto costo de la radiografía ordenada, pues su sustento se deriva de la ayuda ocasional que le brinda su hija, quien tampoco tiene un vínculo laboral.

a. Afirma que el citado examen lo necesita con urgencia, ya que es indispensable para que su problema de salud sea valorado por el Doctor MUNAR.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la Dirección Territorial de Salud de Caldas y a la EPS SOLSALUD Seccional Manizales autorizar la práctica del examen denominado “RX PANORÁMICA”, ordenado por el cirujano maxilofacial, con el cubrimiento del 100% incluyendo el tratamiento integral.

2. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

* Fotocopia del carné de la EPS SOLSALUD de Manizales, en el que se observa que la accionante está afiliada a la misma en el régimen subsidiado, en el nivel 2 (folio 3 cuaderno original).

* Fotocopia de una hoja de la historia clínica de la señora Yolanda, en la que se aprecia que en los meses de agosto y septiembre de 2004 fue atendida en la Empresa Social del Estado -ESE- Santa Sofía, por presentar dolor mandibular izquierdo, hace 5 meses, el cual ha repercutido en el oído, cabeza y cuello, razón por la cual el Cirujano Augusto Munar, Cirujano

Maxilofacial, prescribió el examen llamado “RX PANORÁMICA” (folio 4 cuaderno original)

* Fotocopia de un escrito en el que se consigna que la señora Yolanda Orozco Monsalve se encuentra afiliada en la ARS SOLSALUD, Tipo afiliado: Cabeza de familia, Nivel Sisben 2- Cuota de Recuperación 10% máxima 1 SMLMV (folio 22 del cuaderno original).

* Original de una providencia proferida por el Juzgado Sexto (6) Civil del Circuito de Manizales, de fecha 28 de marzo de 2005, por medio de la cual se ordenó vincular para el trámite de la presente acción de tutela a la ARS SOLSALUD, con la formulación de unas preguntas tales como “Si es cierto o no que el médico tratante ordenó una RX PANORÁMICA a la señora Yolanda Monsalve” y “Si solicitó a esa entidad la autorización para que se le practicara la RX” (folio 25 cuaderno original).

3. Respuesta de los entes demandados

César Augusto Rincones Sánchez, Subdirector Aseguramiento de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, solicita que se desvincule a su representada por ser la ARS SOLSALUD la entidad encargada de prestar la atención médica integral a la accionante, teniendo la posibilidad de recobrar ante el FOSYGA el valor del procedimiento no POS-S. Por ende, solicita que se vincule a la citada ARS a la presente acción de tutela.

Lo anterior debido a que, la accionante se encuentra afiliada en la ARS SOLSALUD, en el Régimen Subsidiado, en el municipio de Manizales, por lo tanto, toda la atención médica que requiera “debe ser asumida por dicha entidad”.

Aduce que con el fin de salvaguardar los derechos a la salud y a la vida de los pacientes, las EPS y ARS pueden asumir y autorizar la realización de procedimientos, elementos y medicamentos que no se encuentren incluidos en el POS, pues “el Sistema General de Seguridad Social en Salud les otorgó a estas entidades la facultad de recobrar posteriormente ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, por el porcentaje o el valor total del procedimiento médico no POS autorizado.”

Expresa que la Dirección Territorial de Salud de Caldas no es una entidad prestadora de servicios de salud y no lleva por tanto registro de historias clínicas de pacientes. Expone además, que una vez revisado el archivo de documentos no se encontró solicitud presentada por la señora Yolanda Orozco referente a la necesidad de autorización del procedimiento médico mencionado.

Finalmente, considera que la actora debió demandar a la ARS SOLSALUD, por ser la entidad que el municipio de Manizales le asignó para que le prestara los servicios médicos.

Nidia Consuelo Jaimes Barrera, obrando en nombre y representación del señor Sergio Rugeles López, Gerente General de la EPS SOLSALUD, solicita que se declare que la Empresa Promotora de Salud no ha vulnerado ningún derecho fundamental y, en consecuencia, se concluya la improcedencia de la presente acción de tutela. Del mismo modo, afirma que es la Secretaría de Salud Departamental o Municipal la encargada de prestar los servicios médicos que se encuentren excluidos del POS y que requiera la señora Yolanda Orozco, a través de las entidades públicas o privadas con las que el Estado tenga contrato de prestación de servicios.

Aduce que una vez revisada la base de datos se encontró que la señora Yolanda Orozco, de 59 años de edad, se encuentra afiliada al régimen subsidiado de SOLSALUD ARS, en calidad de beneficiaria, a partir del 1° de abril de 2003, con la IPS ASSBASALUD.

Así mismo, en relación con las preguntas formuladas por el Juzgado sexto (6) Civil del Circuito de Manizales en la providencia por medio de la cual se ordenó vincular a la EPS SOLSALUD, esta última expresó lo siguiente: “dando respuesta puntual a lo requerido por el despacho en auto admisorio de la tutela, es importante informar que de conformidad con el concepto rendido por la Auditora Médica de SOLSALUD ARS DRA. FRANCIA LUZ FRANCO HENAO, se corroboró lo manifestado por la tutelante”. Del mismo modo, afirmó que en el archivo de solicitudes que reposan en la coordinación médica de la ARS no se encontró “solicitudes médicas PENDIENTES allegadas por la usuaria, tendientes a la realización del procedimiento RAYOS X PANORÁMICA, por lo tanto no es predicable afirmar sin error a equivocarse que la ARS le haya negado la prestación del servicio a la accionante”.

Asevera que el examen denominado “RX PANORÁMICA” que la usuaria solicita, es un procedimiento que se encuentra excluido del POS-S, por lo tanto, “no es responsabilidad de

SOLSALUD ARS autorizarlo debiendo ser asumida su práctica por la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL O MUNICIPAL con cargo a los recursos de subsidio a la oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo 72 del Consejo de Seguridad Social en Salud y la responsabilidad compartida que tiene el Estado con la ARS de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social Art.3 y 4 de la ley 100 de 1993.”

Concluye diciendo que la accionante debe ser atendida por la Red Pública aplicando el principio de la complementariedad, establecido en la Ley 100 de 1993, el cual reza “Las patologías no contempladas en el Plan Obligatorio de Salud en el Régimen Subsidiado, serán atendidas por la Red Pública con los dineros destinados por el estado, pero a su vez la persona deberá coadyuvar con la financiación cancelando de acuerdo a su clasificación socio económica definida en el SISBEN, para tal procedimiento se utiliza el proceso referencia y contrarreferencia o de remisión a la red: Estrato uno (1) pagará el 5 % del valor total de la cuenta. Estrato dos (2) pagará el 10 % del valor total de la cuenta. Estrato tres (3) pagará el 15 % del valor de la cuenta.”

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Sexto (6) Civil del Circuito de Manizales, que en providencia del 5 de abril de 2005 declaró la improcedencia del amparo solicitado, al considerar que no existe prueba que indique que las entidades accionadas se han negado a autorizar el tratamiento requerido por la señora Orozco Monsalve.

Asevera que de lo analizado y probado se observa que la accionante se encuentra amparada por el régimen subsidiado en salud y afiliada a la ARS SOLSALUD, por ende, tiene derecho a exigir la prestación de los servicios que requiera.

Aduce que en el presente caso no se advierte vulneración alguna por parte de las entidades demandadas, pues al momento de promoverse la acción de tutela, no se halló, en los archivos de las entidades, ningún procedimiento pendiente para que se configure la violación de un derecho fundamental, pues no se encontró en la Dirección Territorial de Salud de Caldas ni en la ARS SOLSALUD, solicitud tendiente a obtener la autorización del citado examen a favor de la accionante.

Por último se ordenó, para efectos de garantizar los derechos a la vida y a la salud de la actora, a la EPS SOLSALUD expedir “la autorización para el procedimiento que ésta requiere, siempre y cuando el mismo haya sido ordenado por el médico adscrito a esa entidad. De lo contrario se ordenará la evaluación con galeno a fin de que determine sobre la procedencia o no de la RADIOGRAFIA RX PANORÁMICA”. Del mismo modo, se requirió a la accionante para que presente a la EPS citada la documentación necesaria con el fin de que se expida la respectiva orden de autorización de la radiografía RX PANORÁMICA ordenada por el médico tratante.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Problemas jurídicos

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar (i) si la radiografía RX PANORÁMICA requerida por la señora Yolanda Orozco Monsalve se encuentra o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, para así establecer a quién le compete autorizar su práctica; (ii) si este fue ordenado o no por el médico tratante; y por último (iii) si es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, solicitar a la respectiva entidad prestadora del servicio de salud la práctica de un examen médico.

3. La finalidad del régimen subsidiado y la función básica de las Empresas Promotoras de Salud EPS

El Sistema de Seguridad Social en Salud –SGSSS- tiene dos tipos de destinatarios: (i) Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo y los beneficiarios al régimen subsidiado y (ii) las personas vinculadas o participantes¹.

En el caso particular del Régimen Subsidiado, considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación al SGSSS, cuando la misma se hace mediante el pago de una cotización

subsidiada total o parcialmente con los recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía², se ha establecido que tiene el propósito de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.³

En efecto, dicho régimen fue creado para asegurar el ingreso de la población más desfavorecida al Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones equitativas, el cual se financia con aportes fiscales de la Nación, de los Departamentos, los Distritos y los Municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de sus capacidades.⁴

Por otra parte, en el Régimen Subsidiado, la atención médica requerida por el afiliado es prestada por las empresas administradoras del régimen subsidiado (ARS), las cuales podrán ser las Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, Empresas Solidarias de Salud -ESS- y las Cajas de Compensación Familiar, que cumplan con los requisitos legalmente establecidos para garantizar la eficiente prestación del servicio.⁵

En el asunto en concreto de las Entidades Promotoras de Salud, se ha definido que su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS-S, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados.

Por lo tanto, cuando el beneficiario del régimen subsidiado requiera servicios adicionales a los incluidos en dicho plan y no tenga capacidad de pago para asumir su costo, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes⁶.

Lo anterior debido a que las administradoras del Régimen Subsidiado frente a los procedimientos y suministros no POS-S, de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 CNSSS, no son responsables de prestarlos y ni de financiar su realización.

En aquellas situaciones, los beneficiarios del régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POS-S tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación

de servicios, para el efecto con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.⁷

En este sentido, la Ley 715 de 20018 consagra que los Departamentos y Distritos Especiales deben garantizar la atención en salud de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad puesto que la atención del primer nivel la asumen los municipios. En efecto, los Municipios, a través de las ARS o en forma directa cuando está excluido del POS-S, deben garantizar la atención, tratamientos y rehabilitaciones en salud del primer nivel. Los niveles II, III y IV están a cargo de los departamentos y distritos especiales, quienes celebran contratos con las ARS para la atención del POS-S y con las entidades públicas y privadas que atenderán, en consideración con el subsidio de oferta, los tratamientos y dolencias excluidas del plan obligatorio de salud subsidiado.⁹

Por el contrario, cuando el tratamiento médico solicitado está incluido en el POS-S las ARS están obligadas a otorgar sus prestaciones, pues, las administradoras desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo, ya que dentro de sus funciones están “organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados (...) Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y profesionales de salud.” De igual forma, deben garantizar directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud subsidiado a los afiliados.¹⁰

En suma, las EPS tienen el deber de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles, y por ende no son responsables de su realización ni financiación, correspondiéndole, dependiendo del nivel de atención, a los municipios directamente o a los Departamentos o Distritos Especiales por medio de las entidades públicas o privadas que contraten, prestar los servicios que requieran los afiliados al régimen subsidiado, que no estén en capacidad de asumir, excluidos del POS-S.

4. El derecho fundamental a la salud se torna fundamental cuando no se proporcionan servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S- que han sido ordenados por el médico tratante.

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud es un

servicio público a cargo del Estado, que debe ser garantizado a todas las personas y en especial los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.”¹¹

Esta Corporación ha señalado que, en principio, el derecho a la salud no es susceptible de amparo por vía de tutela ya que tiene el carácter de prestacional o asistencial, es decir, requiere para su efectividad normas presupuestales, procedimientos y organización que hagan viable la eficacia del servicio público¹². Sin embargo, la Corte también ha explicado que el derecho a la salud tiene carácter fundamental cuando está en conexidad con otros derechos de rango fundamental o en casos especiales de manera autónoma¹³ cuando existan regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas¹⁴ a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos.

En el segundo de los casos, esto es, cuando el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma, esta Corporación desde la sentencia de unificación 819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis, consideró 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 (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.¹⁵

En sentencia T-538 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, se dijo que cuando se trata de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud tiene carácter fundamental de manera autónoma, “pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud”. En tales situaciones las personas adquieren un derecho subjetivo a recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud, pero cuando se prueba el incumplimiento en general de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en especial aquellas contenidas en el POS,

el derecho a la salud se torna fundamental. En la citada sentencia la Corte consideró:

“Cuando existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda”.

La Corte en sentencia T-697 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, estimó que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo; sin embargo, expuso que “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud 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”.

En efecto, 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. Al respecto, en sentencia T-858 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte expresó lo siguiente:

“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 N°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.-.”

En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud se vuelve fundamental de manera autónoma, pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud. En tales situaciones, las personas

adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente las contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, en aquellos casos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, existe una violación al derecho fundamental a la salud.

Por otra parte, la Corte ha manifestado que es necesario que sea el médico tratante el que prescriba un examen o el suministro de un medicamento para que prospere el amparo solicitado contra una EPS que los niega, pues, no se puede obligar a una Empresa Promotora de Salud a asumir un procedimiento médico que ha sido prescrito por un médico particular no adscrito a la misma. Esta Corporación en sentencia T-256 de 2002, MP. Jaime Araújo Rentería, dijo¹⁶:

“(…) como lo señalaron inicialmente las sentencias SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, y recientemente por la T-749 de 2001, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la E.P.S. accionada. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la E.P.S., debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

“Médico tratante, ha entendido la Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. encaminadas a la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.”

Por lo tanto, si el procedimiento o medicamento formulado no ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el solicitante, el juez de tutela no puede ordenar a la empresa promotora de salud la realización del tratamiento determinado por el médico particular.¹⁷

5. La acción de tutela procede cuando exista en realidad una negativa u omisión por parte de una entidad prestadora de los servicios de salud en suministrar un examen médico más aún si está incluido en el POS-S

En reiteradas ocasiones¹⁸ la Corte ha previsto que para que se ordene a una Entidad

Promotora de Salud -EPS- la prestación de un servicio a favor de una persona, es necesario que esta última lo haya requerido previamente a la entidad de salud respectiva y ésta lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, requisito sin el cual no es posible inferir la violación de un derecho fundamental.

En este sentido, la Corte en sentencia T-900 de 2002, MP. Alfredo Beltrán Sierra, consideró que previo a interponer la acción de tutela se debe requerir a la entidad prestadora del servicio de salud, pues “sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.” (Subrayado fuera del texto)

Del mismo modo, en la mencionada sentencia se plasmó que “no obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (art. 86 de la Carta)”.

Así mismo, en sentencia T- 240 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, esta Corporación manifestó que “Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico.” En la anterior sentencia la Corte concluyó que la acción de tutela no es un requisito de procedibilidad para obtener acceso a los procedimientos, tratamientos o medicamentos sin antes solicitarlos a la entidad prestadora de salud.

En conclusión, para que el amparo solicitado prospere es necesario que se aprecie que en realidad existió la negativa de una Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido más aún si está contenido en el Plan Obligatorio de Salud, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad y ellas constituyan la violación de algún derecho fundamental.

6. Resolución del caso concreto

Del material probatorio obrante en el expediente, la Sala observa que efectivamente a la señora Yolanda Orozco Monsalve le fue ordenada una “RX PANORÁMICA”, por un cirujano maxilofacial, por presentar desde el año pasado un dolor en el lado izquierdo maxilofacial que ha repercutido en el oído, cabeza y cuello (folio 4).

La radiografía panorámica es un examen acertado en aquellos casos “en los que el diagnóstico de alguna patología bucal no es visible clínicamente” ya que es la mejor manera de “adelantarse a los diferentes procesos patológicos trayendo consecuencias, no solamente locales, como relaciones dentales, fonación, deglución, sino también alteraciones maxilofaciales en mayor o menor grado al producirse obstáculos que impiden que el proceso coordinado de crecimiento y desarrollo de los maxilares se efectúe normalmente.”¹⁹

El POS-S comprende los servicios, procedimientos y suministros que el sistema general de seguridad social en salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud²⁰, incluye, entre otros servicios, las acciones de prevención de la enfermedad y protección específica, las cuales están dirigidas a los “afiliados de manera obligatoria, podrán ser tipo individual, familiar y grupal y se orienten a mantener la salud, a prevenir o a detectar precozmente las enfermedades. La prestación de los servicios incluye los diferentes insumos.” (Negrillas agregadas).

De igual forma, el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado incluye en el primer nivel de complejidad, en lo referente con la atención odontológica, los “RX en caso necesario”.²¹ Así mismo, el servicio de radiología para el primer nivel de atención contempla las siguientes actividades y procedimientos radiológicos en el cráneo, cara y cuello “cara, malar, arco cigomático, huesos nasales, maxilar superior, silla turca (...) maxilar inferior”.²² (Negrillas

agregadas)

El citado examen está incluido en el POS-S, no sólo porque contribuye al diagnóstico al ayudar a detectar precozmente la causa del dolor de la accionante y posiblemente a mejorar su estado de salud, sino también porque así lo contempla expresamente el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, al disponer que incluye las radiografías “en caso necesario” y los procedimientos radiológicos en la cara en especial en los maxilares superior e inferior.

Por ende, si la radiografía ordenada a la accionante está incluida en el POS-S, es la ARS SOLSALUD la obligada a garantizar su práctica con la expedición de la respectiva autorización, ya que, como administradora del régimen subsidiado le corresponde garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados.

En lo que respecta a si el citado examen fue ordenado por un médico tratante, a folio 4 se aprecia que la orden médica fue expedida por el Cirujano Augusto Munar, Cirujano Maxilofacial, de la Empresa Social del Estado- ESE- Santa Sofía.

De conformidad con la providencia proferida por el Juzgado 6 Civil del Circuito de Manizales de fecha 28 de marzo de 2005 (folio 31) se observa que se formularon dos preguntas a la EPS SOLSALUD, en la primera se cuestiona “Si es cierto o no que el médico tratante ordenó una RX PANORÁMICA a la señora Yolanda Orozco Monsalve”, frente a esta pregunta la EPS SOLSALUD contestó lo siguiente: “Dando respuesta puntual a lo requerido por el despacho en el auto admisorio de la tutela, es Importante informar que de conformidad con el concepto rendido por la Auditora Médica de SOLSALUD ARS Dra. FRANCIA LUZ FRANCO HENAO, se corroboró lo manifestado por la tutelante”, es decir, la radiografía RX PANORÁMICA prescrita a la señora Yolanda Orozco, si fue ordenada por un médico tratante.

En lo relacionado con el deber de requerir previamente a la entidad prestadora de los servicios de salud para efectos de lograr la autorización de un procedimiento médico, se tiene que la misma accionante afirma haber solicitado a la Dirección Territorial de Salud de Caldas la práctica de la radiografía RX PANORÁMICA, la cual según la señora Yolanda le fue negada.

Por su parte, la Dirección Territorial de Salud de Caldas al igual que la EPS SOLSALUD exponen que revisado sus archivos de documentos recibidos, no se encontró solicitud presentada por la señora Yolanda Orozco referente a la necesidad de autorización del procedimiento médico mencionado.

En consecuencia, si bien no obra en el expediente documento o prueba que indiquen que la actora solicitó a los entes demandados antes de interponer la acción de tutela la autorización y práctica de la RX PANORÁMICA, lo que haría improcedente en principio la acción de tutela interpuesta, sí se aprecia de las respuestas suministradas por la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la EPS SOLSALUD, que ninguna de las dos entidades accionadas se hace responsable de autorizar y practicar el citado examen, por el contrario alegan una responsabilidad excluyente y en común manifiestan su negativa a suministrar lo pretendido por la accionante ignorando que se encuentra incluido en el POS-S.

Por ende, si las entidades accionadas llegaron a la conclusión de que ninguna es responsable de autorizar el citado examen, la Sala infiere que realmente existe una negativa y omisión, en especial de la EPS SOLSALUD al rehusarse a autorizar y practicar el examen denominado RX PANORÁMICA contenido en el Plan Obligatorio de Salud, pues si la Sala negara el amparo solicitado por este requisito, sería prolongar la agonía de la accionante, ya que, someterla a realizar dicho trámite conllevaría a un descaste innecesario, si ya se sabe cual va a ser la respuesta de los entes demandados y su negativa a practicarlo por ello en el presente caso se hace notoria la violación del derecho fundamental a la salud de la señora Yolanda Orozco.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos fundamentales invocados por la señora Yolanda Orozco Monsalve. En consecuencia, se concederá la tutela interpuesta ordenando a la EPS SOLSALUD Seccional Manizales que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice a favor de la señora Yolanda Orozco Monsalve el examen denominado RX PANORÁMICA.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Sexto (6) Civil del Circuito de Manizales y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales a la salud, vida digna y a la seguridad social, invocados por la señora Yolanda Orozco Monsalve.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS SOLSALUD Seccional Manizales, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice a favor de la señora Yolanda Orozco Monsalve el examen denominado RX PANORÁMICA.

TERCERO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

2 Artículo 211 Ley 100 de 1993.

3 Artículo 157, 212 y 213 Ley 100 de 1993 y artículo 29 Decreto 806 de 1998.

4 Art.156 Literal J de la Ley 100 de 1993.

5 Artículo 1º Decreto 1804 de 1999.

6 Artículo 31 Decreto 806 de 1998 y Acuerdo 049 de 1996 CNSSS.

7 Artículo Acuerdo 072 de 1997 y Resolución 3384 de 2000.

8 Artículo 49.

9 Artículo 42 Acuerdo 244 de 2003 CNSSS.

10 Artículo 9 Acuerdo 072 de 1997 CNSSS y el Artículo 4 Decreto 1804 de 1999.

11 Sentencia T- 597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Sentencia SU-480 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencias T-924 de 2004, T-858 de 2004 y T-538 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-697 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

14 Al respecto pueden consultarse las sentencias T - 859 y T - 860 de 2003.

15 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

16 Ver las sentencias T-223 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández y la sentencia T-412 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 Esta posición jurisprudencial ha sido adoptada, entre otras, en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997, T-665 de 1997, T-378 de 2000, T-749 de 2001, T-262 de 2002 y T-1125 de 2002.

18 Ver sentencias T-434 de 2004 y T-736 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

19 www.ortodoncia.ws/16.asp

20 Artículo 1 Acuerdo 072 de 1997 CNSSS

21 Artículo 98 Resolución 5261 de 1994.

22 Artículo 100 Resolución 5261 de 1994.