

Sentencia T-974/04

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Cesión de los afiliados/CONTRATO DE CESION-Objeto y efectos

La Cesión es un contrato a través del cual una de las partes, quien es titular de un derecho, cedente, lo transfiere a otra persona , cesionario , para que este lo ejerza a nombre propio. La cesión se formaliza por el mero acuerdo entre el cedente y el cesionario , el usuario cedido no es parte en el contrato ni se requiere su consentimiento pero sí su notificación. Para efectuar una cesión, es indispensable tener capacidad jurídica para realizar dicho contrato. La transmisión del derecho cedido se produce con todos sus accesorios y privilegios que no sean meramente personales y operara desde el momento de la celebración del contrato.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EN REGIMEN CONTRIBUTIVO-Cesión obligatoria de afiliados

Las entidades promotoras de salud que operen en el régimen contributivo pueden efectuar la cesión obligatoria de afiliados, cuando garanticen el traslado efectivo de los usuarios a otra entidad . Con dicho propósito, se informará a los usuarios en un medio amplio de comunicación sobre la cesión. El usuario dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la cesión podrá ejercer su derecho de elección en los términos previstos en las disposiciones legales.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Funciones legales

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Cesión de afiliados encuentra su desarrollo en el Decreto 783 de 2000/PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Efectos de la cesión de afiliados a otra empresa de salud

La cesión de afiliados del sistema de seguridad social – régimen contributivo- , encuentra su desarrollo en el decreto 783 de 2000. Mediante dicha normatividad se establece la capacidad jurídica para que una empresa prestadora del servicio de salud ceda sus afiliados a otra empresa prestadora de salud. Dicha cesión implica entonces, un traslado efectivo de los

afiliados, bajo el entendido de que las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan de esta manera a la EPS cesionaria; recayendo sobre esta la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos, en los términos establecidos en la Constitución y la ley. Es de esta forma como se da aplicación al principio de continuidad del servicio de salud.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prescripción del tratamiento por médico tratante

Es obligación Constitucional y legal por parte de la EPS prestar el tratamiento prescrito al enfermo, siempre y cuando dichas determinaciones provengan del médico tratante, es decir, de aquel médico contratado por la EPS y adscrito a ella, y que por tal razón conozca el padecimiento del paciente. La relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento o tratamiento que la EPS debe otorgar.

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CESIONARIA-Determinación del procedimiento médico a seguir

En los casos de cesión de afiliados, corresponde a la empresa prestadora de salud cesionaria, determinar seguir con el procedimiento médico que se le venía practicando al usuario o por el contrario efectuar otro tipo de tratamiento que considere esté más adecuado para el paciente.

DERECHO A LA SALUD-Controversia entre dictámenes médicos, prevalece el del médico tratante adscrito a la EPS

Ante la existencia de dos dictámenes médicos diferentes provenientes de médicos tratantes, deberá primar aquel proveniente del médico tratante adscrito a la EPS obligada a la prestación del servicio; por cuanto es con dicho profesional con quien media una relación jurídica obligante y sobre quien pesa la responsabilidad médica y legal.

DERECHO A LA SALUD-Eficacia de procedimientos médicos no le corresponde al juez establecerla

PRINCIPIO DE ETICA MEDICA-Desarrollo jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos o prestación de servicios excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Procedimiento médico cuya efectividad no sea determinable no es aceptado ni financiado por el sistema de salud

DERECHO A LA SALUD-Consentimiento

Referencia: expediente T-921208

Peticionario: Elvira del Carmen Lorduy contra Colseguros EPS y Salud Total EPS

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el juzgado 2° Civil Municipal y 8° Civil del Circuito de Cartagena, dentro del trámite de la acción de tutela promovida por Elvira del Carmen Lorduy contra Colseguros EPS y Salud Total EPS

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. La tutelante es empleada de la entidad Servilagos S.A. de Cartagena, a través de esta la accionante fue afiliada a la EPS de Colseguros desde el día 26 de noviembre de 1999 hasta el

día 31 de agosto de 2003, encontrándose al día en el pago de los aportes en salud.

1. Colseguros, de acuerdo con el contrato que tiene con el hospital San Vicente de Paúl de Medellín, ordenó el 3 de julio de 2003 una serie de 19 exámenes pre-trasplante a favor de la paciente, dado que esta padece de una enfermedad llamada “anemia aplásica pura de la serie roja congénita (Blackfan - Diamond)” desde la edad de 3 años, para lo cual requiere tratamiento sumamente especializado.

1. En total, la demandante recibió 18 ordenes para la realización de los exámenes por parte de la entidad referida, los cuales le fueron practicados oportunamente y cuyo diagnóstico sugirió estudios de compatibilidad con sus hermanos, lo que descartaría un trasplante alogénico de medula ósea con células de cordón umbilical.

1. Los exámenes realizados a la tutelante y a su hermana no arrojaron resultados de compatibilidad, por lo cual se le sugirió someterse al trasplante alogénico de medula ósea con células de cordón umbilical como única posibilidad de curación, para lo cual se requiere la importación de unas unidades celulares que se encuentran en un banco celular de los Estados Unidos.

1. El médico director de la unidad de hematología y oncología del Hospital San Vicente de Paúl, Dr. Francisco Cuellar Ambrosi, recomendó a la tutelante contactarse con una entidad en Colombia llamada Colombian Stem Cells Foundation a fin de que fuera esta la encargada de traer al país una unidad de HLA 4/6 con 5.3×10^7 a las 7 células mononucleares/kg de peso, la cual es suficiente para que le realicen el trasplante de medula ósea con células de cordón umbilical.

1. Así mismo, la demandante elevó el 1 de agosto de 2003 derecho de petición a la EPS Colseguros, para que se le ordenara el Examen DHA (enzima lactato Deshidrogenasa) y el trasplante de médula ósea con célula de cordón umbilical, el cual fue desatendido por dicha entidad.

1. Debido a lo anterior, la Sra. Lorduy impetró la presente acción el 28 de agosto de 2003.

1. No obstante, el día 12 de julio de 2003 la empresa prestadora de servicios de salud demandada, mediante autorización contenida en el decreto 783 de 2000 artículo 10, efectuó una cesión obligatoria de usuarios a la EPS Salud Total la cual fue notificada en el diario "El Universal", por lo cual no continuó responsabilizada del tratamiento médico requerido por la demandante.

1. Desde el momento que la EPS Salud Total asumió la obligación de suministrarle los cuidados y la atención requerida para su enfermedad, la accionante solicitó la orden para la realización del examen DHL, pero la empresa prestadora de servicios de salud no lo otorgó. De igual manera, no efectuó la importación de las unidades requeridas para el trasplante.

1. Como la EPS Salud Total asumió toda la obligación con los usuarios cedidos por la EPS Colseguros, esta empresa prestadora del servicio de salud ordenó una serie de exámenes a la actora que contradecían los ordenados por la EPS Colseguros.

11. Los médicos adscritos a SALUD TOTAL EPS, determinan que la Sra. Carmen Elvira Lorduy padece de Síndrome Mielodisplásico con mielofibrosis, y hemocromatosis secundaria a transfusiones sanguíneas, sin daño en órgano blanco. En consecuencia, se descarta la anemia aplásica pura de la serie roja y su tratamiento, es decir el trasplante de médula ósea con células de cordón umbilical. Por ende, se recomienda un tratamiento consistente en transfusiones a necesidad y manejo de su hemocromatosis con un programa de quelación

crónica de hierro con deferoxamina , al igual que otros procedimientos complementarios.

2. Pretensiones

La demandante solicita, que mediante el ejercicio de la presente acción, se le ordene a la entidad demandada autorizar el envío a Colombia de una unidad de HLA 4/6 con 5.3×10^6 a las 7 células mononucleares/kg de peso, la cual es suficiente para que le realicen el trasplante de médula ósea con células de cordón umbilical, por lo anterior debe contactarse a la entidad Colombian Stem Cells Foundation .

Lo mencionado, por cuanto de no realizarse dicho envío y por consiguiente no efectuarse en ella el trasplante de médula ósea con células de cordón umbilical, se vulnerarían sus derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud.

3. Pruebas que Obran en el Expediente de tutela

1. Folios 7 a 8, copias de la liquidación de aportes efectuados a nombre de la Empresa prestadora de salud.

1. Folios 9 a 10, copia de derecho de petición enviado a Colseguros EPS por la accionante, donde se solicita autorización para la realización del examen DHL y que se inicien los contactos para la importación de la unidad celular base del trasplante.

1. Folios 11 a 20, copias de las ordenes emitas por Colseguros EPS para la práctica de los exámenes necesarios.

1. Folios 21 a 22, copia del diagnostico médico realizado a la actora, proferido por la unidad de trasplante de sangre y médula ósea del Hospital San Vicente de Paúl. En este se establece como diagnóstico de la paciente una anemia aplásica pura de la serie roja y se

determina como tratamiento un trasplante de médula ósea con células de cordón umbilical.

1. Folios 23 a 27, copia de procedimiento sugerido por el doctor Enrique Pedraza Mesa Clínica Marly quien sugiere consultar un fichero internacional de donantes, labor que puede realizar Colombian Stem Cells Foundation. A su vez, copia del resultado de exámenes efectuados por el doctor Emilio Yunis , donde se evidencia la incompatibilidad de la hermana de la Sra. Carmen Elvira como posible donante.

1. Folios 29 a 30, petición de la accionante y respuesta de Colombian Stem Cells Foundation , donde se reporta el hallazgo de la unidad placentaria solicitada.

1. Folio 31, copia de orden de hospitalización para la accionante.

1. Folios 32 a 63, copias donde se reporta la evolución hospitalaria de la Sra. Lorduy y otros exámenes.

1. Folio 97, copia de liquidación de aportes al sistema de salud.

1. Folios 99 a 108, copias de literatura médica sobre la enfermedad denominada Blackfand-Diamond.

1. Folios 109 a 158, copia de resultados médicos y reportes de evolución de la actora.

1. Folios 163 a 165, respuesta de la EPS Colseguros a la accionante de fecha 16 de septiembre de 2003, donde se le manifiesta que debido a la Cesión de afiliados realizada a Salud Total EPS , esta empresa prestadora de servicios de salud no está obligada a efectuar el servicio requerido.

1. Folio 166 copia del aviso de cesión de usuarios tomado del diario “ El Universal.”

1. Folios 167 a 168, copia de la respuesta dada por la EPS Colseguros al derecho de petición elevado por la tutelante , de fecha 25 de agosto de 2003 , donde se le exige la historia clínica a la Sra. Lorduy , con el fin de determinar el tratamiento para su enfermedad.

1. Folio 275, reporte de consulta especializada ambulatoria , efectuada por el Instituto Nacional de Cancerología , donde se diagnóstica a la Sra. Lorduy una aplasia pura de serie roja con posibilidad de trasplante alogénico con células de cordón; y se hacen unas recomendaciones.

1. Folios 282 a 287, copia de derechos de petición enviados por la EPS Salud Total al Hospital San Vicente de Paúl, al Instituto Nacional de Cancerología y a la Academia Colombiana de Medicina, solicitando reporte de trasplantes de médula ósea con células de cordón umbilical.

1. Folios 288 a 292, copia de derechos de petición enviados por la EPS Salud Total al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a fin de certificar si las unidades celulares se reportan como incluidas en el POS.

1. Folio 295, copia de la cotización de la unidad de células de cordón umbilical, expedida por la empresa Colombian Stem Cells Foundation.

1. folio 320, respuesta del Hospital San Vicente de Paúl en relación con los trasplantes de médula ósea practicados en ese hospital. En dicha comunicación se afirma que el tratamiento mencionado no ha sido efectuado en dicha institución, pero que de realizarse existiría un porcentaje de curación en el paciente de 60 %.

1. Folios 348 a 350, listado de exámenes que se realizaron a la tutelante por parte de la EPS Salud Total .

1. Folios 373 a 374, respuesta de la fundación Clínica Valle de Lili donde se informa que no se ha realizado en esa institución ningún trasplante de médula ósea con células de cordón para el tratamiento de aplasia pura de células rojas; no obstante afirman que según la literatura médica dicho tratamiento es una opción con potencial curativo en pacientes afectados de esta enfermedad.

1. Folio 389 a 390, copia del diagnóstico proferido por la junta de decisiones multidisciplinarias de la unidad médico oncológica de cansercoop a solicitud de Salud Total EPS. En dicha junta se determina que que la Sra. Carmen Elvira Lorduy padece de Síndrome Mielodisplásico con mielofibrosis, y hemocromatosis secundaria a transfusiones sanguíneas, sin daño en órgano blanco. En consecuencia, se descarta la anemia aplásica pura de la serie roja y su tratamiento, es decir el trasplante de médula ósea con células de cordón umbilical . Por ende, se recomienda un tratamiento consistente en transfusiones a necesidad y manejo de su hemocromatosis con un programa de quelación crónica de hierro con deferoxamina, al igual que otros procedimientos complementarios.

1. Folios 391 a 392, reporte de evolución de la paciente y exámenes médicos realizados.

1. Folios 393 a 420, copia de exámenes realizados a la actora en la ciudad de Bogotá por las distintas entidades adscritas a la EPS Salud Total.

4. Contestación De La Entidad Demanda

Mediante escrito del 16 de septiembre de 2003, la EPS Colseguros se opuso a las pretensiones de la presente acción, para lo cual recalcó que debido al efecto contractual que se desprende de la cesión obligatoria de usuarios efectuada el día 1 de septiembre de 2003, no tiene responsabilidad alguna por el tratamiento de la demandante, pues tal asunto le compete exclusivamente a la EPS Salud Total.

Igualmente, afirmó que la tutelante no allegó la copia de la historia clínica al comité técnico de Colseguros EPS ni a los médicos adscritos a esa EPS, por lo que sin tal requisito no puede efectuarse un análisis concreto sobre la patología que aqueja a la tutelante siendo imposible adoptar una solución concreta o realizar la gestión para el transplante que requiere.

5. Intervenciones

La EPS salud Total se hizo parte en la presente acción como quiera que la decisión que se adoptare en el caso concreto le concernía, debido a que es la entidad que se encontraba prestando los servicios médicos a la tutelante.

Para tal efecto, señaló que la enfermedad de la tutelante tiene un porcentaje de incidencia en la población muy reducido y de acuerdo a la patología que fue descrita por los médicos especialistas adscritos a dicha entidad , el tratamiento propuesto ostenta la calidad de experimental, ya que ni siquiera el insumo principal, como lo son las unidades monocelulares que requiere se encuentran en territorio colombiano.

Se indica, que tal enfermedad consiste en la afectación de las tres series sanguíneas de células productoras de glóbulos rojos producto de la enfermedad de la médula ósea, la cual

es detectada únicamente mediante un riguroso examen de laboratorio, el cual es necesario practicar de acuerdo a que en el ámbito de la medicina y ante la presencia de tal enfermedad, es preciso descartar con plena certeza la existencia de patologías distintas aunque estas puedan presentar los mismos síntomas.

Recalcó en la importancia de que la tutelante allegue la historia clínica a los médicos especialistas de la EPS, pues sin ella no puede diagnosticarse con precisión el mal, ni determinar cual será el procedimiento a seguir.

Afirma que de las pruebas allegadas por la tutelante no se desprende la existencia de tal patología, para lo cual requiere de varios exámenes que, según su criterio, cuentan con idoneidad y darían la certeza absoluta de la existencia del mal padecido por la actora, tales como: reporte de aspirado y biopsia de la medula ósea; resultado de ultimo cuadro hemático y reticulocitos; resultado de deshidrogenasa láctica e historia clínica transfusional.

Realiza un extenso análisis del tratamiento, síntomas, causas y características de la enfermedad, para concluir que en Colombia, en entidades altamente especializadas en este tipo de enfermedades, no se ha reportado ningún caso de tratamiento similar ni reportes de pacientes que hayan sido tratados bajo el diagnóstico del mismo, por lo que el procedimiento aplicado a pacientes afectados con este tipo de anemia ostentan carácter experimental a nivel mundial, aun en países con alto desarrollo científico como los Estados Unidos. Así lo demuestran derechos de petición enviados al Hospital San Vicente de Paúl de Medellín y a la Fundación Clínica Valle de Lili.

Debido a la complejidad de tal enfermedad el procedimiento cuenta con una casuística muy reducida de la cual no se cuenta con información concreta en cuanto al avance y evolución de personas que han sido tratadas bajo este tipo de diagnóstico, como tampoco con la tecnología adecuada, aun en reconocidas entidades con alta experiencia en el manejo de estos temas.

Asevera que, de acuerdo con lo expuesto por el máximo Tribunal Constitucional, en el POS no se autorizan procedimientos en el exterior mientras que no concurren ciertos requisitos esenciales, tales como el riesgo inminente en la vida del afiliado, la aprobación científica del comité técnico y el concepto favorable del médico tratante, la eficacia comprobada del tratamiento que se pretende realizar; la inexistencia del mismo en el territorio colombiano y

que tal procedimiento no sea experimental. Ello en procura del respeto de la territorialidad del sistema.

Concluye señalando la responsabilidad del Estado colombiano en relación con las sumas que deben ser recobradas al mismo, dada la delegación de la prestación del servicio de salud en entidades de carácter particular y frente al respeto que incumbe a las partes de acuerdo al equilibrio contractual emanado de tal delegación.

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

La primera instancia, cuyo conocimiento fue avocado por el Juzgado 2 Civil Municipal de Cartagena, culminó con sentencia favorable a las pretensiones de la demandante, pero dada la existencia de una causal de nulidad como lo era la no vinculación de la EPS Salud Total, por cuanto los efectos de la misma le afectaban al tener una relación contractual con la paciente al momento en que se profiriera el fallo de tutela, la decisión estuvo viciada.

Saneada la causa que dio origen a la declaratoria de nulidad del primer fallo, se profirió nuevamente sentencia el 21 de febrero de 2004, en el cual se resolvió tutelar parcialmente los derechos de la accionante bajo los siguientes argumentos:

El tratamiento que le fuera prescrito a la actora ante la existencia de la enfermedad de la serie Blackfand-Diamond, no fue realizado por los médicos adscritos a la EPS salud total, pues tal valoración fue realizada en el Hospital San Vicente de Paúl, entidad con contrato vigente antes de la cesión obligatoria de usuarios que hiciera la EPS Colseguros a Salud Total.

Así las cosas no se encuentra evidencia que respalde tal diagnóstico, toda vez que la accionante no ha aportado la historia clínica, como tampoco se ha sometido a valoración por parte de los médicos adscritos a la entidad Salud Total, y mal puede hacer el juez de tutela al ordenar un procedimiento que no cuenta con la determinación exacta de la enfermedad que padece la actora, mas aun, ni siquiera los médicos se encuentran convencidos de que sea tal patología la que aqueja a la demandante. Por lo tanto ante la imprecisión del diagnostico es imposible ordenar el tratamiento.

Concluye afirmando la obligatoriedad de la prestación del servicio de salud que tienen las entidades prestadoras de este servicio dado el carácter público que ostenta dicha prestación, pues ante la onerosidad que representa la practica del tratamiento y la protección de la vida a una persona prevalece la disposición de rango constitucional para lo cual el Estado prevé el recobro al fondo de garantía y seguridad social a fin de salvaguardar ambos intereses.

En este orden de ideas niega la petición referente al transplante de las células de cordón umbilical, pero ordena a la demandada continuar suministrando a la actora la prestación de los servicios de salud que demande su enfermedad.

2. Impugnación

La tutelante mostró su inconformidad frente al fallo, por cuanto no se le autoriza la única posibilidad de curación que tiene , consistente en el mencionado transplante.

3. Segunda Instancia

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena avocó el conocimiento de la presente acción, y en sentencia del 17 de marzo de 2004, resolvió revocar la decisión del a-quo y ordenó a la EPS Salud Total la realización de las diligencias pre-transplante en beneficio de la actora.

Para el efecto, consideró que si bien en el país no se ha reportado ningún procedimiento de la naturaleza que requiere la accionante, el Hospital San Vicente de Paúl considera que está en condiciones de realizar el transplante, cuya practica alcanza un 60% de éxito y de posibilidades de curación definitiva para la paciente.

Asevera, que si bien el POS no contempla la práctica de algunos procedimientos, este listado tiene un rango inferior a la Constitución y por lo tanto prevalece la aplicación de esta en torno a la protección de la vida humana.

Así las cosas, ordena la práctica inmediata de las diligencias que permitan la adquisición de las células mononucleares y de las gestiones pre-trasplante; además ordena continuar con la prestación de todos los servicios médicos a favor de la actora.

En conclusión, se ordena que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se realice lo necesario para el transplante de médula ósea con células de cordón umbilical a la señora Elvira del Carmen Lorduy Hernández, incluyendo los exámenes respectivos, así como las diligencias para traer a Colombia la unidad HLA 4/6 CON 5.3 *10 ALA 7 CÉLULAS MONONUCLEARES KG. DE PESO; de la misma manera se ordena celebrar los respectivos contratos con la institución médica que pueda realizar tal procedimiento, y demás tratamientos requeridos antes y después del transplante.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela reseñada, con base en la Constitución Política (artículos. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (artículos. 33 al 36) y en cumplimiento del auto del 2 de junio del año 2004, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número 6 de esta Corporación.

2. El problema jurídico planteado

Se trata de establecer si con la negativa de la EPS Salud Total de ordenar el transplante de médula ósea con células de cordón umbilical , se le está vulnerando a la accionante sus derechos fundamentales a la vida , a la integridad física y a la salud.

No obstante, el presente caso presenta gran complejidad. De un lado, por cuanto se ha presentado una cesión de afiliados entre empresas prestadoras de servicios de salud , razón por la cual se establecerá cual E.P.S es la llamada a prestar la atención médica a la accionante. De otro lado, los médicos tratantes de dichas empresas prestadoras del servicio de salud, han emitido dictámenes médicos contradictorios ; lo cual no da certeza acerca del tratamiento adecuado para la Sra. Lorduy.

Así las cosas, para establecer la vulneración de los derechos fundamentales aludidos , considera esta Corte que es necesario resolver los siguientes interrogantes : (i) ¿ Que implica la Cesión de Afiliados entre empresas prestadoras de salud ? , (ii) ¿ En el evento de cesión de afiliados, quien es el médico tratante ? y por consiguiente , ¿ Que concepto médico prima ante la presencia de dos conceptos médicos contradictorios ? , (iii) el caso concreto.

La Cesión es un contrato a través del cual una de las partes, quien es titular de un derecho, cedente, lo transfiere a otra persona , cesionario , para que este lo ejerza a nombre propio.

La cesión se formaliza por el mero acuerdo entre el cedente y el cesionario , el usuario cedido no es parte en el contrato ni se requiere su consentimiento pero sí su notificación.

Para efectuar una cesión , es indispensable tener capacidad jurídica para realizar dicho contrato.

La transmisión del derecho cedido se produce con todos sus accesorios y privilegios que no sean meramente personales y operara desde el momento de la celebración del contrato.

Para que la notificación sea oponible a terceros (Afiliados cedidos) y éstos deban admitirla es necesario que haya notificación del traspaso al afiliado o que éste lo haya aceptado. Hecha la notificación o aceptada la cesión por el usuario cedido se producen los efectos de la cesión , es decir se traspasan los derechos y deberes del cedente en cabeza del cesionario.

Pues bien, en materia de cesión de afiliados nuestra normatividad estipula lo siguiente a través del Decreto 783 de 2000:

“

ART. 10.-Se adicionan dos párrafos al artículo 5º del Decreto 47 de 2000, así:

“PAR. 2º-A efecto de garantizar la antigüedad en el sistema de seguridad social en salud a los trabajadores que hayan estado desafiliados por inexistencia de oferta de entidad promotora de salud, una vez efectuada la afiliación según lo establecido en el presente artículo, los empleadores deberán pagar los aportes correspondientes a los períodos de no afiliación, debiendo las entidades promotoras de salud proceder a efectuar la compensación por estos períodos. Los períodos compensados se contabilizarán para efectos de la aplicación de períodos de carencia.

PAR. 3º-Las entidades promotoras de salud que operen en el régimen contributivo podrán realizar la cesión obligatoria de afiliados frente a sucursales o agencias que acrediten menos de cinco mil usuarios, cuando garanticen el traslado efectivo de los usuarios a otra entidad que se encuentre autorizada en la región. Para el efecto se informará a los usuarios en un

medio amplio de comunicación sobre la cesión, la cual se hará efectiva vencido un plazo de treinta días a partir de la fecha de publicación del aviso. El usuario dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la cesión podrá ejercer su derecho de elección en los términos previstos en las disposiciones legales. La entidad que realice la cesión no podrá realizar nuevas operaciones dentro de la región cubierta por la sucursal o agencia que realizó la cesión durante los cuatro (4) años siguientes”.

Así las cosas, las entidades promotoras de salud que operen en el régimen contributivo pueden efectuar la cesión obligatoria de afiliados, cuando garanticen el traslado efectivo de los usuarios a otra entidad . Con dicho propósito, se informará a los usuarios en un medio amplio de comunicación sobre la cesión . El usuario dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la cesión podrá ejercer su derecho de elección en los términos previstos en las disposiciones legales.

Ahora bien, la pregunta que surge es ¿ En que consiste el traslado efectivo de los usuarios a otra entidad ?

Para resolver dicho interrogante es indispensable analizar (a)el derecho a la salud y (b) las funciones legales otorgadas a la empresas prestadoras de dicho derecho .

a. la Salud como Derecho Fundamental

Según la jurisprudencia, el derecho a la salud es tutelable en su condición de derecho derivado de la vida¹. No es un Derecho fundamental autónomo. Frente a ese derecho, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad” (art. 49 C.P.) Estos tres principios también están reseñados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia².

Por consiguiente, la seguridad social se torna derecho fundamental, cuando se trata de proteger la vida.

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.³”

Es decir, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que dan vía y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida e integridad personal de quien solicita la tutela.

La Corte Constitucional⁴, al tratar este tema señaló las premisas del servicio público de seguridad social en salud:

“Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para su acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (L.100/93, art. 152).

Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto consagran la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como un derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)”.

Debe haber, pues, una correlación entre el derecho constitucional y la obligación del Estado para prestarlo.

b. Funciones legales de las empresas prestadoras de salud

La Ley 100 de 1993, artículo 154, señala que una de las facetas de la intervención del

Estado es la de establecer la atención básica en salud, que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria; disposición que se compagina con aquella parte del artículo 49 de la Constitución que dice: “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. Para ello se fijan en el artículo 156 de la ley las características básicas del sistema y el artículo 165 ibídem precisa el concepto así:

“Artículo 165. Atención Básica. El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plano Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.

La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales.”

Ahora bien, dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

“Artículo 177. Ley 100. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.”(negrilla fuera de texto)

Y el artículo 179 establece:

“Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

PARAGRAFO. Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994). Y el mismo decreto en su artículo 3º, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS.

Pues bien, las funciones que corresponden a las empresas prestadoras de salud estarán enmarcadas en la prestación del plan obligatorio de salud, desde el punto de vista de la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Todo lo anterior, en aras del principio de Continuidad en la prestación del servicio de salud, de origen constitucional y de desarrollo legal, al respecto en la Sentencia T-011 de 2004 manifestó esta Corte:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”. Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”. Jean Rivero reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969)”⁵

En conclusión, la cesión de afiliados del sistema de seguridad social - régimen contributivo-, encuentra su desarrollo en el decreto 783 de 2000. Mediante dicha normatividad se establece la capacidad jurídica para que una empresa prestadora del servicio de salud ceda sus afiliados a otra empresa prestadora de salud. Dicha cesión implica entonces, un traslado efectivo de los afiliados, bajo el entendido de que las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan de esta manera a la EPS cesionaria; recayendo sobre esta la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos, en los términos establecidos en la Constitución y la ley. Es de esta forma como se da aplicación al principio de continuidad del servicio de salud.

ii. El Médico Tratante y la Cesión de Afiliados. Dictámenes Médicos Disímiles.

Es obligación Constitucional y legal por parte de la EPS prestar el tratamiento prescrito al enfermo, siempre y cuando dichas determinaciones provengan del médico tratante, es decir, de aquel médico contratado por la EPS y adscrito a ella, y que por tal razón conozca el padecimiento del paciente.

No obstante, cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en los listados que

para el efecto se realizan, de todas maneras la entidad prestadora del servicio lo debe proporcionar; como se dijo en la Sentencia T-271 de 1995:

“La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

Quiere decir lo anterior, que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento o tratamiento que la EPS debe otorgar.

Si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina o realizar el tratamiento que se señale aunque no esté en el listado. No se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trata de una obligación estatal por la

omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento o tratamiento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga o tratamiento recetado es poner en peligro la vida del enfermo.

Igualmente, no puede ordenarse directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que se repite, estando de por medio la vida, es deber de la empresa prestadora de salud.

A través de varios pronunciamientos esta Corporación ha considerado que la negativa a entregar medicamentos o realizar tratamientos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario, desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado, para que la entidad encargada de la prestación del servicio lo realice y de esta manera se garantice el derecho fundamental.

Ahora bien, en los casos de cesión de afiliados, corresponde a la empresa prestadora de salud cesionaria, determinar seguir con el procedimiento médico que se le venía practicando al usuario o por el contrario efectuar otro tipo de tratamiento que considere esté más adecuado para el paciente.

Así las cosas, el dictamen médico que deberá imperar será aquel del médico tratante vinculado a la Empresa prestadora de salud. Al respecto ha afirmado esta Corporación:

“La exclusión del P.O.S. de los tratamientos estéticos no es motivo suficiente para que no se haya realizado el tratamiento a la menor. Varios factores confluyen para que en el presente caso si haya una afectación al derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas. Partiendo de una apreciación probatoria desde el método de la sana crítica, considera esta Sala de Revisión que el concepto rendido por el médico tratante el cual considera que “la cirugía a pesar de no ser funcional es reconstructiva y NO ESTETICA por cuanto se planea reconstruir una parte faltante para dar una apariencia similar, NO MEJOR a la de las personas normales, además de ser un defecto congénito” y que “la paciente presenta problemas psicológicos por su defecto” lleva a una certeza de la violación al derecho a la salud por el actuar omisivo de la E.P.S.. Si bien constan en el expediente los informes técnicos rendidos

por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Regional Nor-oriente Bucaramanga, el cual considera que el Síndrome de Poland padecido por la menor no compromete ningún aspecto funcional de esta y, por tanto, la cirugía ordenada tiene mero carácter estético, esta Sala considera que quien tuvo conocimiento directo de la realidad física y psicológica de la paciente y quien ha venido llevando un seguimiento de su historia clínica, es el médico tratante y es el concepto de este al cual debe otorgársele un mayor valor probatorio.”

En conclusión, ante la eventualidad que una empresa prestadora de salud ceda sus afiliados a otra, deberá hacerse valer el principio de continuidad del servicio de salud. No obstante, la EPS cesionaria de los afiliados cuenta con la facultad de proseguir con la prestación del servicio de salud como lo venía efectuando la EPS cedente o por el contrario realizar nuevos análisis con base en sus médicos tratantes para identificar el tratamiento a seguir.

En este orden de ideas, ante la existencia de dos dictámenes médicos diferentes provenientes de médicos tratantes , deberá primar aquel proveniente del médico tratante adscrito a la EPS obligada a la prestación del servicio; por cuanto es con dicho profesional con quien media una relación jurídica obligante y sobre quien pesa la responsabilidad médica y legal.

iii. El caso concreto

Para poder efectuar el análisis jurídico del presente caso, encuentra la Corte indispensable referirse (a) a la cesión de afiliados de Colseguros EPS a Salud Total EPS , (b) a los dictámenes médicos vertidos en el expediente y (c) a la convocatoria de un comité médico científico.

a. Cesión de Afiliados de Colseguros EPS a Salud Total EPS

La Cesión de afiliados mencionada en acápite anterior , fue efectuada entre la EPS Colseguros y la EPS Salud Total.

Respecto de la Cesión , constata esta Corporación:

El día 12 del mes de Julio del año 2.003 se celebra contrato de cesión de afiliados entre

Colseguros EPS y Salud total EPS, el cual tiene por objeto: “ El CEDENTE, procediendo a la cesión obligatoria de que trata el decreto 783 del 2.000 cede a los usuario del régimen contributivo de los siguientes municipio, comprometiéndose el CESIONARIO a aceptar en su integridad la presente cesión.

Todos los Municipios del Departamento del Tolima con su capital Ibagué.

Todos los Municipios del Departamento de Santander con su capital Bucaramanga.

Todos los Municipios del Departamento de Norte de Santander con su capital Cúcuta

Todos los Municipios del Departamento del Cesar con su capital Valledupar.

Todos los Municipios del Departamento del Bolívar con su capital Cartagena.

Todos los Municipios del Departamento de la Guajira con su capital Riohacha.

Este contrato se rige por el decreto 783 del 2.000 artículo 10, donde autoriza a las EPS a realizar este de traslado de afiliados el cual dice así: “ Las Entidades Promotoras de Salud que operen el régimen contributivo podrán realizar la cesión obligatoria de afiliados a sucursales o agencias que acrediten menos de 5.000 usuarios, cuando garanticen el traslado efectivo de los usuarios a otras entidades que se encuentren autorizadas en la región. Para el efecto se informara a los usuarios en un medio amplio de comunicación sobre la cesión, la cual se hará efectiva vencido un plazo de treinta días a partir de la fecha de publicación del aviso. El usuario dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la cesión podrá ejercer su derecho, de la elección en los términos previstos en las disposiciones legales. La entidad que realice la cesión no podrá realizar nuevas operaciones dentro de la región cubierta por la sucursal o agencia que realizo la cesión durante los cuatro (4) años siguientes”.

El aviso en mención fue publicado en el Diario el Universal el Martes 15 de Julio del 2.003 Fl. 166

Ante la cesión referida, la afiliada Sra. Elvira del Carmen Lorduy , no realizó manifestación alguna dentro del término legal, con relación a su facultad de elección de EPS. Así las cosas , debe concluir esta Corte, que la Sra. Lorduy aceptó tácitamente su traslado a la EPS Salud Total.

Teniendo en cuenta lo anterior y sin existir manifestación expresa de la usuaria del traslado a otra EPS, la cesión se hizo efectiva según la normatividad vigente. En consecuencia, sobre quien reposa la obligación Constitucional y legal de prestar el servicio de salud a la accionante, es SALUD TOTAL EPS, en virtud de la cesión de afiliados efectuada por COLSEGUROS EPS.

b. Dictámenes médicos acerca de la salud de la Accionante

Al interior del proceso de tutela , son varios los dictámenes médicos que se han rendido respecto de la salud de la accionante. Sin embargo, dichos informes especializados no son unánimes respecto de la enfermedad que padece la Sra. Lorduy ni respecto del tratamiento a seguir.

De igual manera, se evidencia que la EPS Salud Total , quien está llamada a responder por la prestación del servicio de salud de la accionante, a través de informes de sus médicos tratantes; no comparte la visión de los médicos tratantes que hacían parte de la EPS Colseguros.

Así las cosas, esta Corporación constata:

1. Dictámenes que coinciden con el diagnóstico de aplasia pura de la serie roja congénita lo que conllevaría como tratamiento un trasplante de médula ósea con cordón umbilical.

1. Médico Internista Enrique Pedraza Mesa Hematólogo Universidad del Rosario- Clínica Marly con fecha 15 de Abril del 2.003. Remitido por la EPS COLSEGUROS. folio 23

1. Unidad de trasplante de sangre y médula ósea sección de hematología adultos - Universidad de Antioquia facultad de medicina, Departamento de Medicina Interna Hospital Universitario San Vicente de Paúl, con fecha 03 de Julio del 2.003. Médico tratante de la EPS COLSEGUROS. Folio 21.

1. Instituto Nacional de Cancerología - Fecha 02 de Enero del 2.004. Junta de Hematología , diagnóstico emitido a solicitud de EPS SALUD TOTAL folio 275.

2. Diagnóstico que descarta la patología mencionada en el párrafo anterior y diagnostica Síndrome Mielodisplásico con mielofibrosis, y hemocromatosis secundaria a transfusiones sanguíneas , sin daño en órgano blanco. Fecha 17 de Marzo del 2.004. Informe emitido por la Junta de Decisiones Multidisciplinarias de la Unidad Médico Oncológica de la EPS SALUD TOTAL. Folio 389

En este orden de ideas, encuentra la Corte , que dos dictámenes médicos emitidos a nombre de la EPS SALUD TOTAL, plasman posiciones diferentes posiblemente debido a la evolución de la enfermedad. De una parte, se tiene el dictamen efectuado por el Instituto Nacional de Cancerología - Fecha 02 de Enero del 2.004, en el cual se afirma :

“ DIAGNÓSTICO

1. APLASIA PURA DE SERIE ROJA BLACKFAAN DIAMOND, desde los tres años de edad , en soporte transfusional múltiple , al parecer mensual últimamente. Desconocemos su calidad de vida y el tipo específico de soporte.

(...)

Se presenta para posibilidad de trasplante alogénico con células de cordón.

(...) “ Fl. 275

De otra parte, se encuentra el dictamen médico que descarta la patología mencionada en el párrafo anterior , de Fecha 17 de Marzo del 2.004. Informe emitido por una Junta Médica especializada perteneciente a la EPS SALUD TOTAL. En este informe se asevera:

“ En cuanto al diagnóstico: En vista de la evolución clínica y la presencia, aunque disminuida , de serie eritroide; y la presencia de mielofibrosis se descarta el diagnóstico de anemia Blackfand Diamond. Los hallazgos morfológicos y clínicos son más compatibles con un diagnóstico actual de base Síndrome Mielodisplásico con mielofibrosis , y hemocromatosis

secundaria a transfusiones sanguíneas , sin daño en órgano blanco.

En vista del nuevo diagnóstico consideramos que la paciente no es tributaria de manejo con trasplante alogénico de médula ósea ...”

Se recomienda un tratamiento consistente en transfusiones a necesidad y manejo de su hemocromatosis con un programa de quelación crónica de hierro con deferoxamina , al igual que otros procedimientos complementarios.

Llama poderosamente la atención de la Corte, el hecho que el primer informe mencionado , efectuado por el Instituto Nacional de Cancerología , donde se establece como diagnóstico la aplasia pura de serie roja , esté firmado por los Doctores Guillermo Quintero, Alicia Henao y Andrés Ávila. Lo anterior, por cuanto el segundo informe referido , posterior sólo en dos meses al primero y que efectúa un diagnóstico diferente; es igualmente firmado, en este caso, por los Doctores Henao y Ávila.

Es de agregar, que no obstante los dictámenes médicos aludidos, no puede pasar desapercibido esta Corporación, documento remitido por la accionante y firmado por el Dr. Francisco Cuellar Ambrosi , en su calidad de Director de la Unidad de trasplantes de Sangre y Médula Ósea del Hospital San Vicente de Paul; quien si bien en la actualidad no es el médico tratante de la Sra. Lorduy por cuanto no media relación contractual con la EPS SALUD TOTAL , es el médico que mayor tiempo ha tenido conocimiento de los padecimientos de la accionante .

Dicho informe expresa lo siguiente:

“

(...)

¿ Que va a suceder (sic) a Carmen Elvira si no se le practica el mencionado trasplante con fines curativos ?

Además de lo mencionado en la referencia a la sobrecarga de hierro hay evidencia de que su

enfermedad se está transformando en un Síndrome Mielodisplásico con Mielofibrosis (recientemente estudiada en Bogotá D.C.) . Este síndrome mielodisplásico es premonitorio de Leucemia aguda secundaria que tiene un pronóstico grave y su único tratamiento es también el trasplante alogénico arriba mencionado. En estas etapas de evolución de su enfermedad la respuesta al tratamiento de trasplante es alrededor de 35 % contra 0 % si no se hace nada.

Pues bien, ante la disparidad de opiniones médicas respecto de la enfermedad y tratamientos a realizar en la accionante, el juez Constitucional no es competente para establecer y determinar consideraciones eminentemente técnicas. Al respecto a afirmado esta Corte:

“La indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.”⁶

En consecuencia, considera oportuno esta Corporación la citación de un Comité Médico Científico que defina la situación de salud de la accionante y determine el tratamiento a seguir. Esto teniendo en cuenta que los galenos que actuarán en dicho comité lo harán con base en los postulados de la ética médica. Con relación a esta a manifestado la Corte:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño -principio de beneficencia-; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el

principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo”7.

c. Convocatoria de un Comité Médico Científico

Con relación a la convocatoria mencionada, es oportuno recordar los postulados generales que respecto de tratamientos experimentales expuso esta Corte en Sentencia T- 597 de 2001:

“2.4 Las condiciones de eficacia de los tratamientos sustitutivos a los excluidos del POS: los procedimientos experimentales

8. Como se dijo anteriormente, uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que sea exigible la prestación de servicios excluidos del POS es que el “medicamento o tratamiento ... no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.”

Por otra parte, en el caso concreto, la razón por la cual en segunda instancia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió denegar la presente acción fue precisamente porque consideró que el tratamiento de trasplante de médula no mieloablativo, practicado en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín, era un sustituto adecuado al trasplante mieloablativo en el exterior. En sentido contrario, en la Sentencia de primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá consideró que el procedimiento de trasplante no mieloablativo no era un sustituto adecuado del tipo de trasplante solicitado. Por lo anterior, corresponde a esta Corporación decidir si el primer tratamiento es un sustituto que preste un “nivel de eficacia adecuado para preservar el mínimo vital del paciente”. Para ello, es necesario determinar, antes que nada, si un tratamiento experimental tiene el nivel de eficacia adecuado para preservar el mínimo vital del paciente.

9. Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de

validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.

10. El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema. Así lo establece el inciso 2º del artículo 10 del Decreto Reglamentario 806 de 1998:

“Artículo 8º (...)

“En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, organización mundial de la salud y la organización panamericana de la salud.” (resaltado fuera de texto)

Si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para

los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, un correcto entendimiento del derecho de acceso a los servicios de recuperación de la salud implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro acreditado como alternativa terapéutica válida.

(...)

11. Por otra parte, coincidieron los galenos en afirmar que las evaluaciones de los procedimientos médicos debe hacerse a partir de un criterio científico especializado en acreditación, que cuente con los conocimientos necesarios para hacerlas, a partir de estándares médicamente aceptables. Dentro de la ciencia médica, la evaluación de procedimientos clínicos corresponde a los epidemiólogos clínicos. Son estos especialistas quienes están en capacidad de evaluar si determinado procedimiento es experimental o está reconocido como un procedimiento terapéutico.

(...)

12. De los anteriores conceptos, para esta Sala resulta evidente que de acuerdo con la opinión científica más generalizada, el procedimiento de trasplante de médula heterólogo no mieloablativo es un procedimiento que se encuentra en fase experimental. Por otra parte, tampoco puede la Sala desconocer que de acuerdo con la evaluación hecha por el epidemiólogo clínico, no existe evidencia de que el trasplante no mieloablativo esté indicado en los casos de leucemia linfoblástica aguda. Aunque no le corresponde a la Corte decidir definitivamente sobre la validez o la indicación de los procedimientos médicos, sí le compete fijar qué niveles de certeza son jurídicamente aceptables en estos casos, para preservar la eficacia de los derechos fundamentales. En tal sentido, un principio de cautela impide que se puedan desplazar alternativas terapéuticas excluidas del POS, cuando exista una duda razonable sobre la validez o la indicación de un procedimiento médico que se presenta como sustituto. En estos casos, si por lo demás, la persona que solicita el servicio tiene el derecho a que le sea prestado, la entidad responsable, o en su defecto, el juez de tutela, deben ordenar que se preste el servicio solicitado cuando no hacerlo comprometa los derechos fundamentales del solicitante.

13. Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos.

Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.

2.5 El alcance del principio del consentimiento informado y cualificado cuando no exista certeza sobre la indicación o el carácter experimental de un servicio de salud

14. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño -principio de beneficencia-; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.

15. También ha dicho la Corte que en nuestro ordenamiento constitucional prevalece prima facie el principio de la autonomía en la relación médico - paciente, aunque ello no implica que su aplicación, o la de cualquier otro principio haga inaplicables los demás, pues la complejidad de este tipo de situaciones hace imposible asignarles a los principios el carácter de reglas susceptibles de ser encuadradas de manera específica y excluyente en una situación fáctica. Por el contrario, en cada caso se debe efectuar una ponderación de estos principios a partir de los hechos, para determinar la medida en que cada uno resulta relevante.

“12- Esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos

en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad. Esto explica entonces por qué el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece, de manera perentoria, que 'nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos'. Esta disposición es un desarrollo directo de las normas establecidas por el Código de Nuermberg, cuyo primer principio es precisamente que en estas investigaciones 'el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial'". (Resaltado fuera de texto)

17. Es necesario concluir entonces, que el principio de utilidad que tienen los diversos procedimientos experimentales para el desarrollo de la ciencia médica está limitado por el principio de autonomía que le impone a los profesionales de la ciencia médica un mayor rigor cuando presentan a sus pacientes un procedimiento experimental para su curación. Por supuesto, debido a que la validación de los procedimientos médicos no es un proceso matemático exento de discusiones al interior de la comunidad científica, y debido también a que -como ya se dijo- existen tanto mecanismos formales como informales para llevar a cabo estas acreditaciones, el deber de los médicos de proveer a sus pacientes la información necesaria respecto de un procedimiento cuya validez científica sea incierta, no se agota con la simple opinión de un especialista. Es necesario cualificar el criterio por el cual se determina el procedimiento a efectuar, cuandoquiera que existan dudas razonables acerca de su validez terapéutica o de su indicación a la situación de salud específica del paciente.

En este sentido se orientaba la normatividad sobre remisiones de pacientes al exterior,

incorporada en la Ley del Plan de Desarrollo (Ley 508 de 1999), recogida por la Sentencia SU-819/99, que estableció que era indispensable la aprobación y el concepto técnico científico del médico tratante para aprobar la respectiva remisión. Dicha providencia, como parámetro para conceder el beneficio excepcional de remisión de pacientes al exterior, recogió las siguientes condiciones:

“b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales.”

18. El anterior requisito se impone entonces, como consecuencia, principalmente, de que es el médico tratante quien mejor conoce la situación de su paciente, y en esa medida, es quien está en mejor capacidad de establecer qué procedimientos son los indicados en su situación. Sin embargo, la indicación de un determinado procedimiento, aunque está relacionada con su carácter experimental, no se identifica plenamente con este último aspecto. Ciertos procedimientos pueden estar orientados a investigar la cura de patologías muy específicas, pero no por ello dejan de tener carácter experimental. Por lo tanto, la presencia del médico tratante en el comité técnico científico es una garantía necesaria pero no suficiente para el paciente que va a ser sometido a un procedimiento cuya eficacia y riesgos son inciertos.

1. El principio de justicia aplicable a la ética médica, cuya base constitucional ha sido considerada evidente por esta Corporación, implica una igualdad de “acceso a los beneficios de la ciencia y de la cultura”. Sin embargo, la igualdad de acceso a los beneficios del conocimiento científico no sólo hace referencia al acceso a determinados servicios de salud en función del principio de beneficencia. Resulta aplicable también en función de la preservación del principio de autonomía del paciente. En un sentido amplio, el principio de justicia es aplicable para cualificar el consentimiento informado del paciente en los casos en que exista una duda razonable sobre la validez de un procedimiento médico. El acceso a la ciencia implica que, como parte del servicio de salud prestado, y cuando quiera que existan

estas dudas, el conocimiento que tiene una rama especializada de la ciencia médica, dedicada a evaluar la validez de los procedimientos esté a disposición del paciente, para garantizar la efectividad del derecho a decidir autónomamente los procedimientos a los cuales desea someterse.

Es necesario, en esa medida, que dentro de los comités técnico-científicos en que se plantee al paciente un procedimiento cuya validez terapéutica no sea generalmente aceptada, esté presente un profesional especializado en la evaluación científica de procedimientos médicos, un epidemiólogo clínico.

(...) “8

Así las cosas, es indispensable que en el Comité Médico Científico que se ordenará , se escuche a la Sra. Carmen Elvira Lorduy y participen el médico tratante y un epidemiólogo clínico . Este último deberá comunicar, previa información detallada y aceptación de la accionante, si el tratamiento por el cual opte el comité es terapéutico o es un tratamiento experimental.

En consecuencia, se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL realizar un Comité Médico Científico cuyo objeto será el de evaluar y determinar finalmente la situación actual de salud de la accionante , la enfermedad que padece y el tratamiento a seguir; con base en una opinión mayoritaria. Dentro de dicho comité deberán participar, al menos, los especialistas en trasplantes de médula ósea que conocen el caso, es decir el Dr. Francisco Cuellar Ambrosi, el Dr. Enrique Pedraza Mesa, el médico tratante asignado por la EPS SALUD TOTAL , el Dr. Guillermo Quintero, la Dra. Alicia Henao y el Dr. Andrés Ávila . Así mismo, se invitará a participar un especialista en Hematología y Trasplante de médula ósea de la Universidad Nacional y del Instituto de Seguros Sociales. De manera similar, deberá participar en dicho comité un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria . Por consiguiente, se determinará en dicho comité, qué procedimientos son indicados para el tratamiento de la enfermedad que padece la accionante, para lo cual se requerirá la intervención del médico tratante , del epidemiólogo referido y se escuchará a la Sra. Lorduy.

Una vez celebrado el respectivo comité y previa información detallada y aceptación de la accionante, se aplicará el tratamiento y procedimiento mayoritariamente decidido.

En lo que se refiere a que el procedimiento no se encuentra cubierto por el Plan Obligatorio de Salud, la Corte Constitucional se ha manifestado en numerosas oportunidades al respecto, en el sentido de que el mismo se trata de una norma jurídica de rango inferior a la Constitución, no se desconocen los motivos presupuestales que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni se cuestionan los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración.

Sin embargo, al hilo de lo argumentado, ratifica esta Corporación que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo tratamiento prescrito. No debe perderse de vista que Salud Total EPS, ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de protegerla es de naturaleza comprensiva, pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, una función activa que busca preservarla por todos los medios institucionales y legales a su alcance.

Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia T-165 de 1995 manifestó:

“Siempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho.”

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, Bolívar, el 17 de marzo de 2004, con base en los argumentos expuestos.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud SALUD TOTAL E.P.S. que, dentro de los cinco (5) días corrientes siguientes a la notificación de la presente Sentencia, conforme un Comité Técnico Científico que determine la enfermedad de la accionante y el tratamiento a seguir. Dicho Comité contará al menos con participación del médico tratante asignado por

la EPS SALUD TOTAL, los especialistas en trasplantes, Dr. Francisco Cuellar Ambrosi y Enrique Pedraza Mesa, además de los Drs. Guillermo Quintero, Alicia Henao y Andrés Ávila; de igual forma deberá participar un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria y dos especialistas en Hematología y Trasplante de médula ósea , uno de ellos de la Universidad Nacional y el otro del Instituto de Seguros Sociales.

TERCERO.- ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud SALUD TOTAL E.P.S. realizar el tratamiento que se determine en el Comité Técnico Científico , previa información detallada y aceptación de la Sra. Carmen Elvira Lorduy.

CUARTO.- Los costos del tratamiento seleccionado estarán a cargo de SALUD TOTAL EPS , empresa promotora de salud que podrá repetir con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías "FOSYGA" solamente en lo que este por fuera del Plan Obligatorio de Salud "POS".

QUINTO: La parte demandada dará estricto cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, tomará las medidas adecuadas para ello y mantendrá informada a esta Sala de Revisión.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver sentencia Nº T-271/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

2 Los tres principios son más bien características del sistema.

3 SU- 111/97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Sentencia T-114/97, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

5 Sentencia SU-562 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Ibidem

8 Sentencia T- 597 de 2001