

DERECHO A LA SALUD – Derecho fundamental. Servicio público esencial. Derecho prestacional / DERECHO A LA SALUD – Alcance / SERVICIO DE SALUD – Eventos de procedencia de la acción de tutela

Advierte la Sala que, con ocasión de la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional. En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexidad con la vida o con la integridad personal, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A en el fallo impugnado, sino que se debe tutelar como derecho fundamental autónomo. En segundo lugar, la Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que el derecho fundamental a la salud tiene en cuenta el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran, es decir, aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal de los pacientes. Asimismo, la Corte precisó las condiciones en las que la vulneración al derecho de acceder a un servicio fundamental a la salud es tutelable, de manera que una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S), (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad, o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la que o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.

EMPRESA PRESTADORA DE SALUD – Deben brindar tratamiento integral y continuo. Debe evitar demoras injustificadas

De lo anteriormente expuesto, se infiere que al actor se le debe garantizar un tratamiento integral y continuo para atender la enfermedad que padece. Ahora bien, del análisis del expediente se observa que existe una autorización en favor del actor para que reciba un tratamiento en un “paquete integral para patología de alto costo” (Cáncer) para el mes de diciembre. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que al actor, en principio, no le fue autorizado el tratamiento, en razón de que la IPS aseguró no tener cupos para tratar la enfermedad del actor.

Advierte la Sala que una de las obligaciones de las EPS del régimen contributivo y subsidiado es garantizar la integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, máxime si se trata de una enfermedad de carácter catastrófico como la que padece el actor. Por lo tanto, se le ordenará a la EPS-S Humana Vivir que brinde al señor Aurelio Gómez Sogamoso el tratamiento integral y continuo que necesita. Deberá, en consecuencia, evitar demoras injustificadas en la prestación del servicio de salud.

CAMBIO DE IPS – Procedencia si no se garantiza prestación integral del servicio de salud

La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede para solicitar el cambio de I.P.S., siempre y cuando se pruebe que ésta no está garantizando la prestación integral de los servicios de salud. En ese entendido, en principio, el usuario debe acogerse a la que fue remitido por la EPS aunque prefiera ser atendido en otra institución. Sin embargo, si tiene quejas puede pedir a la EPS que lo traslade a otra IPS con la que se tenga convenio y que le garantice la prestación integral del servicio de salud. En el caso concreto, no se observa en el expediente prueba de que el actor haya solicitado ese cambio de IPS a la EPS- S Humana Vivir. Tampoco menciona a qué IPS quiere ser trasladado ni demostró que la IPS que actualmente lo atiende no garantiza la prestación integral de los servicios de salud. En consecuencia, no se accederá a esta pretensión.

RECOBROS AL FOSYGA – Improcedente si tratamiento está incluido en el Plan Obligatorio de Salud

En cuanto a la solicitud del Ministerio de Protección Social de revocar la autorización que dio el Tribunal a la EPS-S Humana Vivir de repetir contra el Fosyga, la Sala considera que le asiste razón al impugnante en el sentido de que no se puede autorizar a las EPS que recobre ante el Fosyga cuando el tratamiento requerido por los afiliados está incluido en el POS-S, como en el presente caso. En efecto, las solicitudes de recobro ante el Fosyga se realizan por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud que no están incluidos en el POS y que son autorizados por el Comité Técnico-Científico de las EPS o por fallos de tutela. Según la información de la Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá el diagnóstico del actor de adenocarcinoma de próstata es evento POS. En consecuencia, el manejo de la patología debe ser garantizado por la EPS-S Humana Vivir y no se puede autorizar el recobro ante el Fosyga.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010)

REF.: EXPEDIENTE Nº 25000-23-15-000-2009-01867-01
ACCIÓN: TUTELA
DEMANDANTE: AURELIO GÓMEZ SOGAMOSO
DEMANDADO: MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, EPS-S
HUMANA VIVIR S.A. Y OTROS.

ASUNTO: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el demandante y el Ministerio de Protección Social contra la sentencia del 16 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta, Subsección A, que resolvió:

“1. Tutelar los derechos a la salud en conexidad con la vida y la integridad física, se dispone:

*- Se **ordena** al Director de la IPS Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, que dentro de un término no mayor a 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a prestarle al tutelante de manera completa y oportuna toda la atención en salud que le fue determinada por el médico tratante, según autorización No. 5930612 (fl.11). Asimismo, la EPS HUMANA VIVIR deberá proveer como parte de la prestación del servicio de salud, el medio de transporte, acorde con las limitaciones físicas y económicas del actor.*

*- Se **AUTORIZA** a HUMANA VIVIR EPS a repetir contra FOSYGA, por el cobro de los dineros invertidos en el tratamiento brindado al actor y que no estén amparados por el POS”.*

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

El señor Aurelio Gómez Sogamoso reclama la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

La demandante formuló las pretensiones así:

- “1. Se tutelen mis derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la digna (sic) humana, y demás que se consideren vulnerados el honorable despacho de conocimiento.*
- 2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a HUMANA VIVIR S.A. EPS-S lo siguiente: a) que de manera inmediata suministren (sic) el tratamiento que requiero con necesidad, la quimioterapia recetada; b) que me remitan a la IPS más cercana a mi domicilio, en tanto que no hacerlo afecta ostensiblemente mi salud, mi situación económica y mi mínimo vital; c) que de ahora en adelante se preste el servicio de salud bajo el estándar de calidad mas alto posible y DE MANERA INTEGRAL; d) se suministre o cancele el transporte especializado requerido para efectos de acceder al tratamiento médico necesario para mi enfermedad catastrófica.*
- 3. Se ordene el tratamiento medico integral para mi enfermedad.*
- 4. Que se decrete la medida provisional solicitada en escrito aparte”.*

B. Hechos

Los hechos se narraron así:

- “1. Me encuentro afiliado al régimen subsidiado de salud.*
- 2. Hace un mes fui operado de trastorno de disco lumbar ante un tumor canceroso.*
- 3. Tengo 68 años de edad y me encuentro completamente discapacitado tras la operación, razón por la cual le ha correspondido a mi esposa encargarse de mi atención en el hogar.*

4. Debido a mi discapacidad, no he podido trabajar, situación que afecta considerablemente la economía familiar, pues de mí dependen económicamente los miembros de mi hogar.
5. Estoy afiliado a la EPS-S HYMANA VIVIR.
6. Anteriormente, estaba sido (sic) atendido en la Clínica Simón Bolívar.
7. El 3 de noviembre de 2009 fui remitido por la EPS –S Humana Vivir al Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, institución ubicada en el Municipio de Soacha, al otro extremo de mi lugar de residencia, ubicado en la calle 190 N° 5-52 de la ciudad de Bogotá D.C., con el fin de que prestara mi atención médica en salud.
8. El 6 de noviembre de 2009, mi esposa Luz Hermila Díaz se comunicó con el Hospital al cual fui remitido con el fin de solicitar la atención que requiero para el tratamiento por operatorio de mi cirugía y del cáncer que padezco, donde le dijeron que no autorizaban mi entrada porque el cupo estaba lleno hasta el mes de enero. Razón por la cual no me puede atender sino hasta ese momento en dicha IPS.
9. Desde el momento de la práctica de mi cirugía no he podido acceder al servicio médico que garantice los cuidados especiales que requiero para mi salud, la cual ha ido empeorando progresivamente debido a que me informan que solo hasta enero seré atendido en la IPS asignada. El día 30 de noviembre me iniciaron las quimioterapias por razón de la queja presentada ante la Supersalud, pero en el municipio de Soacha.
10. De otro lado, debido a mi condición de salud, ya no puedo desplazarme por mis propios medios, la ubicación de la IPS no programada no garantiza mi atención médica oportuna de calidad y me implica además de la complejidad en el desplazamiento, unos sobre costos, situación que no puedo asumir por mi carencia de recursos económicos.
11. Dado que carezco de otro medio de defensa, acudo a la acción de tutela consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Política, para solicitar que se tutelen mis derechos a la salud en conexidad con la vida digna”.

C. Intervención de los demandados

a. Ministerio de la Protección Social

La Coordinadora de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela y se exonerara de toda responsabilidad a ese Ministerio.

Explicó que el actor puede elegir la IPS de su preferencia para que le preste el servicio de salud, pero que esa libertad de escogencia se limita a las instituciones que ofrece la entidad prestadora de salud, con las que tiene contrato.

b. Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá

El Director de Aseguramiento en Salud de la Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá solicitó que se desvinculara a esa entidad del trámite de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Explicó que la entidad responsable de la prestación de los servicios de salud que requiera el señor Gómez Sogamoso es la EPS Humana Vivir, pues es la entidad encargada de brindar la atención ordenada por el médico tratante del actor.

D. Fallo impugnado

La Sección Cuarta, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 16 de diciembre de 2009, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida, y la integridad física del señor Aurelio Gómez Sogamoso y, en consecuencia, ordenó al Director de la IPS Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca que, dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de ese fallo, procediera a prestarle de manera completa y

oportuna la atención de salud que le determinó el médico tratante, según autorización N° 5930612. Asimismo, ordenó que la EPS-S Humana Vivir deberá proveer como parte de la prestación del servicio de salud el medio de transporte, acorde con las limitaciones físicas y económicas del actor y autorizó a Humana Vivir para que repitiera contra el Fosyga el cobro de los dineros invertidos en el tratamiento brindado al actor y que no estuviera incluidos en el POS.

E. Impugnación

La Coordinadora de Acciones Constitucionales del Ministerio de Protección Social impugnó el fallo del 16 de diciembre de 2009. Pidió que se revocara el numeral tercero de la sentencia recurrida que facultó a la EPS Humana Vivir para que repitiera contra el Fosyga, en razón de que el Ministerio de Protección Social no es el responsable directo de la prestación de servicios de salud.

El señor Aurelio Gómez Sogamoso también impugnó el fallo del 16 de diciembre 2009 para que se modificara. Dijo que el Tribunal no dio una solución clara y certera respecto de su situación porque no se pronunció sobre el cambio de IPS ni del tratamiento integral para su enfermedad.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas

reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley. Procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado, pues de lo contrario, el juez constitucional deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado.

En el *sub examine*, el actor pretende que se amparen los derechos fundamentales a la vida y a la salud y, en consecuencia, pidió que se ordenara a la EPS-S Humana Vivir que diera el tratamiento integral para su enfermedad catastrófica y que lo cambiara a una IPS más cercana del lugar de su residencia o, en su defecto, suministrara el transporte especializado requerido para efectos de acceder al tratamiento médico.

En esta instancia, procede la Sala a establecer si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la demandante.

En primer lugar, advierte la Sala que, con ocasión de la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexidad con la vida o con la integridad personal, como lo

hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A en el fallo impugnado, sino que se debe tutelar como derecho fundamental autónomo.

En segundo lugar, la Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que el derecho fundamental a la salud tiene en cuenta el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran, es decir, aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal de los pacientes.

Asimismo, la Corte precisó las condiciones en las que la vulneración al derecho de acceder a un servicio fundamental a la salud es tutelable, de manera que una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S), (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad, o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la que o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.

En el *sub lite*, una de las pretensiones del actor es que se le ordene a la EPS-S Humana Vivir que le brinde el tratamiento integral a su enfermedad catastrófica (Cáncer).

Según el informe que dio la Secretaría Distrital de Bogotá la enfermedad del demandante está incluida en el POS-S y, además, las quimioterapias fueron ordenadas por el médico tratante (FI 12)

De lo anteriormente expuesto, se infiere que al actor se le debe garantizar un tratamiento integral y continuo para atender la enfermedad que padece. Ahora bien, del análisis del expediente se observa que existe una autorización en favor del actor para que reciba un tratamiento en un “paquete integral para patología de alto costo” (Cáncer) para el mes de diciembre. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que al actor, en principio, no le fue autorizado el tratamiento, en razón de que la IPS aseguró no tener cupos para tratar la enfermedad del actor.

Advierte la Sala que una de las obligaciones de las EPS del régimen contributivo y subsidiado es garantizar la integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, máxime si se trata de una enfermedad de carácter catastrófico como la que padece el actor. Por lo tanto, se le ordenará a la EPS-S Humana Vivir que brinde al señor Aurelio Gómez Sogamoso el tratamiento integral y continuo que necesita. Deberá, en consecuencia, evitar demoras injustificadas en la prestación del servicio de salud.

En el *sub examine*, el actor solicitó, además, ser trasladado de IPS, pues, argumenta que el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca se encuentra muy alejado de su residencia, lo que afecta su salud. Pide también el actor que, de no concederse la anterior pretensión, la IPS tratante le cubra los gastos de transporte.

Al respecto, la Sala negará las pretensiones del actor por las razones que pasan a exponerse:

La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede para solicitar el cambio de I.P.S., siempre y cuando se pruebe que ésta no está

garantizando la prestación integral de los servicios de salud.

En ese entendido, en principio, el usuario debe acogerse a la que fue remitido por la EPS aunque prefiera ser atendido en otra institución. Sin embargo, si tiene quejas puede pedir a la EPS que lo traslade a otra IPS con la que se tenga convenio y que le garantice la prestación integral del servicio de salud.

En el caso concreto, no se observa en el expediente prueba de que el actor haya solicitado ese cambio de IPS a la EPS- S Humana Vivir. Tampoco menciona a qué IPS quiere ser trasladado ni demostró que la IPS que actualmente lo atiende no garantiza la prestación integral de los servicios de salud. En consecuencia, no se accederá a esta pretensión.

Finalmente, en cuanto a la solicitud del Ministerio de Protección Social de revocar la autorización que dio el Tribunal a la EPS-S Humana Vivir de repetir contra el Fosyga, la Sala considera que le asiste razón al impugnante en el sentido de que no se puede autorizar a las EPS que recobre ante el Fosyga cuando el tratamiento requerido por los afiliados está incluido en el POS-S, como en el presente caso. En efecto, las solicitudes de recobro ante el Fosyga se realizan por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud que no están incluidos en el POS y que son autorizados por el Comité Técnico-Científico de las EPS o por fallos de tutela.

Según la información de la Secretaría Distrital de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá el diagnóstico del actor de adenocarcinoma de próstata es evento POS. En consecuencia, el manejo de la patología debe ser garantizado por la EPS-S Humana Vivir y no se puede autorizar el recobro ante el Fosyga.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el numeral primero del

fallo impugnado y revocará los numerales 2 y 3, que ordenaron a la IPS Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca que le de al actor la atención en salud y a la EPS –S Humana Vivir que provea el medio de transporte de acuerdo a las limitaciones físicas y económicas del actor. En su lugar, se ordenará a la EPS Humana Vivir que de al actor el tratamiento integral y continuo para su enfermedad y se negará el recobro ante el Fosyga.

En consecuencia, la Sala modificará el fallo impugnado en el sentido antes mencionado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

Modifícase el fallo del 16 diciembre de 2009, proferido por la Sección Cuarta, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el siguiente sentido:

- 1. Confírmase** el numeral primero de la sentencia impugnada.
- 2. Revócase** los numerales segundo y tercero. En su lugar se dispone:
 - a. Ordénase** a la EPS-S Humana Vivir S.A. que preste el servicio de salud al señor Aurelio Gómez Sogamoso de manera integral y continua para tratar la enfermedad de adenocarcinoma de próstata.
 - b. Niégase** la autorización a la EPS-S Humana Vivir S.A. para el recobro ante el Fosyga.

3. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO