

Sentencia T-048/03

ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Suministro de tratamiento por EPS sin cumplir periodo mínimo de cotización/ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Tratamiento para el cáncer

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Suministro de medicamentos para el cáncer excluidos del POS

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamento suspendido por no estar incluido en POS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T- 678.494

Acción de tutela instaurada por Isidro Merchán contra la E.P.S. Saludvida S.A. Seccional Bogotá

Procedencia: Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil tres (2003).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado el siete (7) de noviembre de dos mil dos (2002), por el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Isidro Merchán contra la E.P.S. Saludvida S.A. Seccional Bogotá.

La Sala de Selección No. 12 de la Corte Constitucional, por auto del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002), seleccionó, para efectos de su revisión, el fallo de la referencia. El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Manifiesta el actor que está siendo tratado en el Instituto Nacional de Cancerología debido a un tumor cerebral, el diagnóstico señala "paciente con tumor de SNC, quien recibió dos ciclos de TTO con BCNU evidenciándose progresión de la enfermedad por lo cual se pasa a segunda línea con temozolamida".

La enfermedad se está tratando con el medicamento temozolamida x 100 mg., que es de alto costo, el Comité Técnico de la E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá, a la que se encuentra afiliado el actor, negó el suministro del medicamento aduciendo “falta de mayor ilustración por parte del médico tratante”, razón por la que afirma el actor que en forma insistente se le ha venido negando la droga por no encontrarse incluida en el Plan Obligatorio de salud.

2. Pretensiones y derechos presuntamente vulnerados.

Considera el actor que la E.P.S. Saludvida le está vulnerando los derechos a la salud y a la vida al no autorizar y entregar el medicamento que necesita su enfermedad cancerígena, por ello, solicita suministro del medicamento temozolamida x 100 mg.

3. Sentencia objeto de revisión.

Mediante sentencia del siete (7) de noviembre de dos mil dos (2002), el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá decide no tutelar los derechos a la salud y la vida del actor.

El argumento expuesto se basa en el oficio que la E.P.S. Saludvida envió al despacho judicial el 28 de octubre de 2002, dentro del cual analiza que el actor se encuentra afiliado a esa E.P.S. desde el 26 de abril de 2002 mediante el régimen subsidiado, que el medicamento ordenado por el médico especialista ha sido suministrado al igual que el tratamiento respectivo durante los meses de mayo a julio de 2002 de acuerdo con lo establecido por el Comité Científico, el cual con posterioridad fue rechazado por la poca efectividad en la patología del paciente, no siendo el motivo principal que el medicamento se encontrara fuera del POS sino que al suministrarse al paciente no mostró avances significativos; no obstante aclaró que no existe en el Acuerdo 228 de 2002 un medicamento homólogo para el uso de la Temozolamida.

El despacho judicial luego de estudiar alguna jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, relacionada con la omisión en suministrar medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud y ordenando a dichas entidades prestar los servicios y entregar medicamentos a los usuarios que no tengan capacidad de pago para adquirir los medicamentos, lo cual debe acreditarse mediante certificado de ingresos y balance de certificado por contador a través de declaración de renta; hecho que no fue probado por el actor.

Así mismo, se argumentó que el actor no ha acudido a ninguna institución pública o privada con las cuales el Estado tenga contrato para obtener la atención requerida si carece de los recursos para asumir el costo de la droga que reclama.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

El interés del actor se encuentra dirigido a que la E.P.S. Saludvida le suministre el medicamento Temozolamida, que fue ordenado dentro del tratamiento que recibe el cáncer que padece, sin embargo al no ser éste suministrado, la Sala de Revisión debe decidir si, esa negativa vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del actor.

Tercera. Puede una E.P.S. negarse a suministrar medicamentos cuando está de por medio la salud y la vida de un paciente de cáncer?.

Las Empresas Promotoras de Salud cuentan con su propia reglamentación para funcionar y pueden establecer los procedimientos y tratamientos médicos que requieren los usuarios, sin embargo para evitar que con esa autonomía se atropellen derechos fundamentales, hay que estudiar cada caso particular¹.

La Corte Constitucional ha dicho que, esa protección puede ser efectiva en casos en los cuales se presentan los elementos mencionados en la sentencia T-328 de 1998, “tal como lo puso de presente esta Sala de Revisión en pronunciamiento anterior², la inaplicación de la legislación citada no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones, a saber: primera, que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado³, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. Segunda, que se trate de un medicamento o tratamiento que 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. Tercera, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante⁴.”.

De igual manera expresa, con relación a las personas que no tienen medios económicos para sufragar el costo del tratamiento o medicamento, o no han cumplido con las semanas de cotización, lo siguiente: “No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos⁵ y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”

Todo ello resulta, por cuanto, como lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-170 de 2002, es imperioso iniciar y culminar el tratamiento ordenado por el médico tratante, de acuerdo con el principio de la continuidad del servicio, que si bien tiene limitaciones, debe ser necesario: “2.2. Ahora bien, desde la sentencia T-406 de 1993 se reconoció que este

principio puede ser objeto de limitaciones razonables. La Sala fijó en aquella ocasión la necesidad como el criterio que permite establecer cuándo es inadmisibles que se detenga el servicio público.

Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario.”

Pero es oportuno resaltar que, no solo el término necesario se utiliza para la continuidad del servicio frente a la atención médica, sino también, necesario en el sentido de evitar que se cause sufrimiento o que la vida se disminuya con ocasión a la enfermedad padecida.

Razón por la que, si algún medicamento no se encuentra en el listado del Plan Obligatorio de Salud y la enfermedad es de las catalogadas como catastrófica, sin dilación ni obstáculo alguno se debe suministrar lo necesario para que se recobre la salud del afectado. Este punto ha sido el que la Corte Constitucional ha tenido como punto de partida para proteger a los usuarios del sistema de salud creado con ocasión a la Constitución política de 1991, cuando resultan amenazados los derechos fundamentales a la salud a la vida y a la seguridad social. Por ello, la sentencia T-016 de 1999 remontándose a 1997 hace referencia a la SU-480 que sentó entre otros, el criterio de solidaridad y donde protegiéndose los derechos de una persona enferma de cáncer dijo: “Pero si la razón estriba en que los medicamentos recetados en receta de 14 de octubre de 1998 no figuran en el listado oficial de todas maneras, por tratarse de una enfermedad catastrófica, como es el cáncer, que pone en peligro la vida de la paciente, la EPS también debe entregarlos sin demora y puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, como en numerosas sentencias lo ha indicado esta Corte Constitucional, con la advertencia de que el reclamo es por lo que supere el valor de un medicamento de similar condición, que si figure en el listado.”

Finalmente, ha de recordarse por la Sala que en la sentencia T-421 de 2001 con relación a la carga de la prueba, se dijo: “Ahora bien, interesa resaltar, en punto a la verificación de los hechos capaces de dar nacimiento al derecho de invocar la protección del juez constitucional, que la carga de su demostración no recae exclusivamente en el actor, puesto que al fallador le corresponde desplegar una actividad sin límites, con miras a alcanzar la convicción que requiere el emitir órdenes precisas e inmediatas tendientes al restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados, como también para dejar de hacerlo.”

La Corte Constitucional se ha referido a la acreditación de la falta de capacidad de pago de los servicios que prestan las E.P.S., en la sentencia de unificación 819 de 1999 y la retoma en la jurisprudencia T-170/02, así: “3.3. Ahora bien, incluso si se tuviese en cuenta el argumento de la capacidad de pago de la paciente, es inadmisibles la suspensión del servicio. Como se mostró, la jurisprudencia se ha preocupado por separar las discusiones de orden constitucional de las de nivel legal que puedan afectar el goce de un derecho fundamental, tales como a quién corresponde financiar el medicamento, quién es responsable de prestar el servicio o quién debe asumir el costo del mismo, por ejemplo.”

Bajo los argumentos constitucionales expuestos, la Sala de Revisión estudiará el caso concreto del señor Isidro Merchán.

Como primera medida tenemos que la E.P.S. Saludvida reconoció la afiliación que tiene el actor a esa empresa en el régimen subsidiado desde el 26 de abril de 2002, bajo el contrato No. 168 y con ficha del Sisben No. 1280608, estableció que el diagnóstico es “astrocitoma gemistocítico frontal compatible con grado III” y que el medicamento ordenado por el médico especialista es Temozolamida.

En estas condiciones, tenemos que no es para la entidad demandada desconocida la necesidad que tiene el actor de que se le siga un tratamiento adecuado ya que la enfermedad de cáncer que él presenta, afecta directamente su salud con gran incidencia sobre la duración de la vida.

Como se observa, la afiliación del actor se hace a partir del 26 de abril de 2002, es decir que aún no cumple con el periodo mínimo de cotización para acceder a la atención médica especializada que una enfermedad catastrófica como el cáncer requiere. Además pese a que el medicamento ordenado ha sido suministrado durante tres meses del año 2002 por orden del Comité Técnico Científico, le fue suspendido y como dijo el ente demandado dentro del oficio de contestación de la demanda, dicha orden no se debe a que el medicamento se encuentre fuera del Acuerdo 228 de 2002, sino que obedece a la poca efectividad en la patología del paciente. Pese a ello, el medicamento se venía suministrando sin inconveniente y posteriormente, cuando se habló de la falta de efectividad no se recomendó un nuevo tratamiento o medicamento acorde con la enfermedad que presenta el actor. Razón por la cual, la Sala comparte la apreciación del actor en la demanda de tutela, fl. 5, cuando atribuye la omisión en suministrar el medicamento a las exclusiones del POSS y por el periodo mínimo de cotización que aún no se ha completado.

Al respecto, se puede aclarar que, sino se ha determinado un medicamento o tratamiento distinto al ordenado por el médico que estudia el caso del paciente, se le estaría violando los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y la integridad física. De otro lado, la entidad demandada no dijo nada respecto del medicamento por el cual se puede sustituir, si ello fuera posible, ofreciendo las mismas o mejores garantías de salud que la Temozolamida.

De acuerdo a los argumentos expuestos, no se considera que la actuación de la entidad demandada hubiera sido legítima al decidir unilateralmente (Comité Técnico Científico) y sin tener en cuenta el concepto del médico tratante, suspender el suministro del medicamento que le ha permitido al actor conservar su estado de salud, sin que exista concepto médico de la falta de efectividad del medicamento para tratar el cáncer cerebral que presenta el actor. Ha de reiterarse que en la sentencia T-170 de 2002, se dijo por la Corte; “3.2. Advierte la Sala que según la jurisprudencia constitucional, inclusive en el evento en que al paciente no se le hubiese iniciado tratamiento alguno, y solicitara un servicio no contemplado por el POS, no es aceptable constitucionalmente que la EPS niegue la atención médica si se limita a repetir que lo solicitado está por fuera del POS. La entidad sólo podría negarse si tiene una razón suficiente a la luz de la Carta Política, es decir, si además de constatar la exclusión del plan básico de salud, presenta alguna de las siguientes razones: (a) se demuestre, con base

en pruebas médicas empíricas que refuten el concepto del médico tratante, que el medicamento o tratamiento solicitado no es necesario; (b) que no haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS o (c) que la persona está en capacidad de asumir el costo del medicamento o tratamiento pedido. (El subrayado es nuestro).

Ahora bien, si ni siquiera en el evento en el que no se haya iniciado un tratamiento es admisible, constitucionalmente, que las EPS se limiten a citar, para excusarse, el listado de medicamentos consignados en un Acuerdo de un ente regulador como lo es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, puesto que ello en modo alguno garantiza que no se estén vulnerando los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios, con mayor razón carece de legitimidad constitucional dicho argumento cuando el tratamiento ya se inició.”

Por ello, si en lo que se apoya el despacho judicial es en la falta de prueba de la capacidad económica del actor, la Corte Constitucional ha dicho que la carga de esa demostración no está exclusivamente en el actor, también le corresponde al juez utilizar los mecanismos judiciales a su alcance para llegar al convencimiento pleno de los hechos y decidir en derecho, equidad y justicia. Situación que no se presentó en este caso, ya que la negativa de conceder la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor, radicó exclusivamente en la manifestación de la E.P.S. Saludvida, sin tener en cuenta que el actor es una persona que pertenece al Sisben y que presenta una enfermedad catastrófica de alto costo.

En conclusión, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá y en su lugar, concederá la protección de los derechos a la salud y por conexidad el derecho a la vida del señor Isidro Merchán, para que la E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá, establezca en forma precisa y oportuna el tratamiento que se le debe seguir al actor y el medicamento a suministrar en caso de que el efecto de la Temozolamida este en entredicho.

Entonces, se ordenará a la E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá continuar prestando el servicio de salud al actor, incluyendo exámenes de laboratorio, suministro de medicamentos y en general, el tratamiento integral que la enfermedad requiera, con el fin de que se garanticen los derechos a la salud y a la vida del paciente.

La E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá podrá en todo caso repetir los sobrecostos en que incurra contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (Fosyga).

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido el siete (7) de noviembre de dos mil dos (2002), por el Juzgado 26 Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Isidro Merchán contra la E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, se CONCEDE el amparo solicitado por el actor,

en los términos de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la empresa promotora de salud Saludvida de esta ciudad que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, evalúe el estado actual de la enfermedad del actor y establezca el tipo de tratamiento a seguir. Para que ello ocurra, la E.P.S. Saludvida deberá autorizar la práctica de las pruebas de laboratorio, exámenes y suministro de medicamentos que sean prescritos por el médico respectivo.

Así mismo, se declara que le asiste derecho a la E.P.S. Saludvida Seccional Bogotá, de repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (Fosyga), lo que pague en cumplimiento con lo establecido en la presente sentencia.

Tercero: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Reiteración de jurisprudencia T-108/99.

2 Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

3 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sala octava de Revisión, sentencia T-639 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.