

Sentencia T-053/04

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE LA EPS-Su concepto no es requisito indispensable para otorgar medicamentos o tratamientos

El concepto de este Comité no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado. “El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE LA EPS-Función administrativa

La función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente 808786

Acción de tutela de José Alberto Rodríguez Lozano, contra Compensar EPS, Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, y Fondo de Ahorro y Vivienda Favidí.

Procedencia: Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004).

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por José Antonio Rodríguez Lozano, en contra de Compensar EPS, Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá y Fondo de Ahorro y Vivienda Favidí.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el mencionado Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

### I. ANTECEDENTES.

El actor presentó, el primero (1) de agosto de 2003, ante el Juzgado Municipal de Bogotá (reparto), acción de tutela contra Compensar EPS, Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá y Fondo de Ahorro y Vivienda Favidí, por los hechos que se resumen a continuación:

#### A. Hechos.

El señor Rodríguez Lozano, es pensionado del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, y se encuentra afiliado a la EPS Compensar. En noviembre de 2001, fue operado del corazón. En consecuencia, desde esa época le han sido formulados medicamentos tales como “Tersantan x 50 Mg y Pravacol x 40 Mg” de uso continuo.

Expresa, que desde hace tres meses las entidades demandadas se niegan a otorgar los medicamentos mencionados y “la droguería de Favidí, a donde lo envía Compensar, fue cerrada, porque al parecer el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá de la Secretaría de Hacienda, no le presta los recursos económicos”

Según el actor, las entidades demandadas argumentan mil disculpas que ponen en peligro su calidad de vida, pues requiere en forma continua, el suministro de los medicamentos, para continuar con el tratamiento prescrito; dada su enfermedad coronaria.

Finalmente, señala que las entidades demandadas afirman que los medicamentos requeridos se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud.

## B. La demanda de tutela.

El actor solicita la protección rápida y eficaz de su derecho a la vida y a la salud, por medio de una orden que obligue a quien corresponda al suministro continuo de los medicamentos prescritos.

## C. Trámite procesal.

Al contestar la acción de tutela instaurada en su contra, el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, a través de su representante, informó que el accionante es pensionado de esa entidad y aunque en una época Favidí, la Secretaría de Hacienda y el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, habían asumido algunas prestaciones extralegales como el suministro de medicamentos no contemplados en el POS, hoy en día no son entidades autorizadas para la prestación de servicios complementarios de salud, por tanto, en virtud de la ley 100 de 1993 es la EPS Compensar, en donde se encuentra afiliado el demandante, quien debe suministrar los servicios de salud.

Por su parte, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital Favidí manifestó que es un establecimiento público del orden distrital, encargado del pago de las cesantías de los funcionarios distritales afiliados al mismo, sin que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Señaló que en virtud del acuerdo 15 de 2000, expedido por el Concejo de Bogotá, a los pensionados de la Caja de Previsión Social del Distrito, se les suministraba medicamentos no contemplados en el POS a través de contratos de suministro, pero el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de octubre 4 de 2002, declaró la nulidad de tal acuerdo, considerando que Favidí, no es una entidad autorizada por la Ley para prestar Servicios Complementarios de Salud.

Finalmente, Compensar EPS afirmó que el actor se encuentra afiliado desde el 25 de abril de 2002, en su calidad de pensionado de la Secretaría de Hacienda, y le han otorgado los servicios médicos que ha solicitado. Sin embargo, los medicamentos que actualmente reclama no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por lo tanto, de conformidad con el acuerdo 228 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no están obligados a suministrarlos. Señala que para el suministro de los medicamentos excluidos del POS, existe un Comité Técnico Científico, el cual evalúa la necesidad del mismo, previa solicitud del afiliado, procedimiento que no ha sido agotado por el actor.

#### D. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de agosto trece (13) de dos mil tres (2003), el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, concedió la acción de tutela. En consecuencia, ordenó a la EPS Compensar que “en el término de cuarenta y ocho horas, autorice la entrega de los medicamentos prescritos y continúe con el tratamiento integral que demande la enfermedad padecida por el accionante”.

El análisis que efectuó este despacho judicial, para conceder el amparo solicitado, tuvo como fundamento diversos fallos de la Corte Constitucional, en donde en ocasiones excepcionales se ha autorizado la entrega de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de proteger la vida de las personas.

Señaló que no es de recibo el argumento expuesto por la EPS, al afirmar que el afiliado debe acudir al Comité Científico para solicitar los medicamentos prescritos, pues no puede la entidad demandada obligar al paciente a que inicie un trámite administrativo poniendo en peligro su propia vida.

Finalmente consideró que no es procedente la acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, y el Fondo de Ahorro y Vivienda Favidi, pues ellos no han vulnerado derecho fundamental alguno.

#### E. Impugnación.

La apoderada de la EPS Compensar, impugnó el fallo de primera instancia señalando que la entidad no está obligada a suministrar medicamentos que no se encuentren incluidos en el listado oficial, pues su actitud es legítima y por tanto no vulnera ni amenaza derecho fundamental alguno.

#### F. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en fallo de octubre dos de 2003 revocó la decisión de primera instancia, al considerar que no existe vulneración de ningún derecho fundamental, pues el actor debe dirigirse al Comité Técnico Científico de Medicamentos, con el fin de que el personal administrativo lo oriente en los trámites a seguir para la entrega de los medicamentos requeridos.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

### Segunda. Lo que se debate.

Ha de establecer esta Sala si, en el presente caso, se hace procedente la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos denominados “Tersantan x 50 Mg y Pravacol x 40 Mg”, pese a que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, teniendo en cuenta circunstancias, tales como la enfermedad, la edad del actor y la reiterada jurisprudencia que sobre la materia ha proferido esta Corporación.

### Tercera. Reiteración de jurisprudencia en la materia objeto de discusión.

3.1. En relación con la negativa de las Empresas Promotoras de Salud, de no otorgar medicamentos, excluidos del listado oficial, se ha pronunciado esta Corporación en múltiple jurisprudencia, así:

“[l]as Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.<sup>1</sup>

2.2. De los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para determinar si el anterior precedente es aplicable o no, ocupa un lugar destacado establecer si en realidad el afiliado necesita el medicamento o el tratamiento solicitado, esto es, si en

realidad están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y la salud del paciente. La urgencia con la que se requiere el servicio, más la imposibilidad de costearlo, son los elementos centrales que llevan al juez a tutelar los derechos de una persona en un caso de este tipo. Ahora bien, definir el carácter de necesidad es un asunto primordialmente técnico que por lo general supone conocimientos científicos de los cuales los jueces carecen, por lo que es preciso fijar un criterio objetivo en el cual el funcionario judicial pueda sustentar su decisión.<sup>2</sup>

2.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.<sup>3</sup>

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,<sup>4</sup> así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.<sup>5</sup> De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tomada en cuenta prioritariamente por el juez. (Corte Constitucional. Sentencia T-344 de mayo 9 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

De igual manera, pueden consultarse las sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández), entre otras.

3.2. Por consiguiente, para la Corte la protección del derecho a la vida va más allá de cualquier discusión de naturaleza legal o reglamentaria y será tarea del juez constitucional velar porque efectivamente, este derecho no sea quebrantado.

En este sentido: "(...) la aplicación concreta de un sistema legal regulatorio de carácter general, como el de seguridad social en salud, en la medida en que implique la exclusión de

determinados servicios sin consideración de las situaciones particulares a que ello dé lugar, puede resultar lesionando derechos fundamentales de las personas.”<sup>6</sup>

3.3. Dentro de este contexto, analizando el caso objeto de revisión, encuentra la Sala que se trata de una persona de 65 años de edad, pensionada que padece de problemas del corazón y según su médico tratante necesita el suministro constante de medicamentos denominados “Tersantan x 50 Mg y Pravacol x 40 Mg” , los que en un principio fueron otorgados a través del Fondo de Pensiones Públicas. Sin embargo, por decisión judicial los contratos de suministro fueron suspendidos, siendo únicamente la EPS a la que se encuentra afiliado la entidad encargada de otorgarlos, pero ésta se niega a suministrarlos bajo el argumento de su exclusión del Plan Obligatorio de Salud, argumento que según la consolidada jurisprudencia constitucional no es de recibo, pues se pone en peligro la vida del actor.

3.4. Por otra parte, para el juez de segunda instancia, debe el actor acudir al Comité Técnico Científico, y esperar que dicha entidad lo oriente sobre los trámites necesarios para la entrega de los medicamentos que requiere. Al respecto, es pertinente aclarar que a nivel jurisprudencial, el concepto de este Comité no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado. En sentencia T-344 de 2002, esta Corporación señaló que:

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

En estos términos, la función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas, razón por la que, la Sala no comparte el criterio expuesto por el ad- quem.

3.5. Debe tenerse en cuenta que al actor, lo que le interesa es obtener efectivamente el

suministro de los medicamentos que han sido prescritos por su médico tratante, adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado y no puede dilatarse su entrega, mientras se espera el concepto de dicho Comité.

Entonces, la función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud y no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado.

3.6. En consecuencia, la entidad promotora será la obligada a suministrar los medicamentos prescritos al señor Rodríguez Lozano y tendrá a su favor la acción de repetición contra el Estado, para que éste, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías asuma el valor que correspondía al afiliado (sentencia SU- 480 de 1997), por cuanto, el Estado no puede desconocer su principal obligación de velar por la salud de la población.

En estos términos, se revocará la decisión proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar se concederá la protección de los derechos del actor, ordenando al representante legal de la EPS Compensar, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre los medicamentos “Tersantan x 50 Mg y Pravacol x 40 Mg” prescritos al actor, por el tiempo que ordene el médico tratante y se otorgue la atención médica necesaria para el tratamiento de su enfermedad.

### 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: Revócase, la sentencia del dos (2) de octubre de 2003 proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por el señor José Alberto Rodríguez Lozano, en contra de la EPS Compensar. En su lugar, Concédase el amparo

solicitado.

Segundo: Ordénase al representante legal de la EPS Compensar o a quien haga sus veces que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre los medicamentos “Tersantan x 50 Mg y Pravacol x 40 Mg” prescritos al actor, por el tiempo que ordene el médico tratante y otorgue la atención médica necesaria para el tratamiento de su enfermedad.

Tercero: A la Empresa Promotora de Salud demandada, le asiste el derecho de repetir por lo que pague en cumplimiento de este fallo de tutela ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Al respecto puede verse las sentencias SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-236/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y, la SU-819/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

2 Sentencia T-597/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

3 Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)

4 Sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández)

5 Sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Decisión reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

6 Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)