

T-061-14

Sentencia T-061/14

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL-Casos en que EPS se niegan a autorizar la entrega de medicamentos prescritos a los pacientes por parte de sus médicos tratantes

DEFENSOR DEL PUEBLO-Legitimación para interponer tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Procedencia del amparo por vía de tutela

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud

Una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

Se ha establecido por parte de este tribunal que el suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso específico. En la sentencia T-173 de 2003, se refirió que frente al suministro de medicamentos que no estén registrados en INVIMA ni incluidos en el POS, para que pueda inaplicarse la normativa atinente se debe acreditar (i) que el no suministro realmente pone en riesgo al afiliado al sistema en sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento excluido es el único efectivo para el tratamiento de la enfermedad, o carece de sustituto si incluido en el POS, de la misma idoneidad, (iii) que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS, lo cual debe observarse dentro de la connotación antes expuesta.

DERECHO A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA E INTEGRIDAD PERSONAL-Orden a EPS suministrar medicamento en las condiciones prescritas por los médicos tratantes y continuar prestando

asistencia integral

Referencia: expedientes T-4054261 y T-4055028, acumulados

Acciones de tutela instauradas por Blanca Alicia Carvajal Díaz, contra Salud Total EPS y otros (T-4054261); y la Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, en calidad de agente oficiosa de Carmen Elvinia Salas Rodríguez, contra Coomeva EPS (T-4055028)

Procedencia: Juzgados Segundo Civil del Circuito de Girardot (T- 4054261) y Quinto Civil Municipal de Valledupar (T-4055028)

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C, febrero tres (3) de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Segundo Civil del Circuito de Girardot y Quinto Civil Municipal de Valledupar, dentro de las acciones de tutela promovidas, respectivamente, por Blanca Alicia Carvajal Díaz, en nombre propio, contra Salud Total EPS (T-4054261); y la Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, en calidad de agente oficiosa de Carmen Elvina Salas Rodríguez, contra Coomeva EPS (T-4055028).

Los respectivos expedientes llegaron a la Corte Constitucional por remisión de los señalados despachos judiciales, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. En septiembre 26 del 2013, la Sala 9ª de Selección los eligió para revisión y decidió acumularlos entre sí, por presentar unidad de materia, para que fuesen decididos en un solo fallo, si así lo consideraba la Sala de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Blanca Alicia Carvajal Díaz y Luz Marina Hinojosa Maestre, esta última como Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, incoaron sendas acciones de tutela contra las empresas referidas, pidiendo el amparo de los derechos a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relatos contenidos en los expedientes

T-4054261

1. Manifestó la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz que, desde hace 9 años, se le diagnosticó “Lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y sistemas” (f. 1 cd. inicial respectivo), por lo que en abril 18 de 2013 los médicos especialistas en nefrología y medicina interna le prescribieron la medicina micofenolato mofetil x 500 mgr., que no se le está suministrando, debido a que el comité técnico científico de Salud Total consideró que no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud, POS y no tiene registro INVIMA. No obstante, durante los 3 años anteriores su antigua EPS sí se lo autorizaba, sin restricción.

2. En consecuencia, solicitó que se ordene a Salud Total que, de forma inmediata, autorice la entrega del medicamento requerido.

T-4055028

1. La Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, actuando como agente oficiosa, solicita amparar a la señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez, de 79 años de edad y afiliada a Coomeva EPS en el régimen contributivo en salud, en cuanto ella padece osteoporosis severa, que le dificulta caminar, prescribiéndole el médico tratante, en marzo 22 de 2013, ácido ibandronico (f. 1 ib.), que no le fue aprobado al aducir el Comité Técnico Científico de Coomeva EPS “que no se ha agotado el uso de medicamentos incluidos en el plan obligatorio de salud ni de contraindicaciones para su utilización en este paciente” (sic), habiéndosele suministrado calcitriol y carbonato de calcio dos meses y un mes, respectivamente, “tiempo en el cual no se puede determinar si existe falla terapéutica con el uso de estos medicamentos” (f. 19 ib.), esto es, “no se evidencia que el tratamiento recibido haya sido ineficaz y... por lo tanto debe ser justificado el nuevo medicamento” (f. 1 ib.).

2. Por ello, pidió que se le ordene a la EPS la entrega del medicamento prescrito y la autorización de otras medicinas y exámenes especializados, “incluyendo los viáticos y gastos de viaje cuando por necesidad de su enfermedad, deba ser atendida fuera de Valledupar” (f. 3 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro de los expedientes

T-4054261

1. Cédula de ciudadanía 1.108.453.221 de Flandes, correspondiente a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz (f. 1 cd. inicial respectivo).

2. Historia clínica de la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz, en la que se advierte el diagnóstico “lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y sistemas” (f. 2 ib.).

3. Prescripción médica de micofenolato mofetil x 500 mgr. (f. 3 ib.).

4. Formato de solicitud de medicamentos no POS (fs. 4 y 5 ib.).

5. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos (f. 8 ib.).

7. Respuesta a la solicitud del medicamento micofenolato mofetil, recetado a la paciente Blanca Alicia Carvajal Díaz (fs. 54 y 55 ib.).

T-4055028

1. Cédula de ciudadanía 27.018.203 de Urumita, correspondiente a la señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez (f. 4 cd inicial respectivo).

2. Historia clínica de Carmen Elvinia Salas Rodríguez, en la que se observa que padece “osteoporosis” (f. 5 ib.).

3. Prescripción del medicamento ácido ibandronico, emitida por un especialista en reumatología (f. 7 ib.).

4. Respuesta a solicitud de medicamento no POS emitida por Coomeva EPS, negando la

entrega de la medicina recetada (f. 13 ib.).

C. Actuación procesal y respuesta de las entidades accionadas

Expediente T-4054261

Mediante auto de junio 21 de 2013 (f. 12 cd. inicial respectivo), el Juzgado Segundo Civil Municipal de Girardot admitió la acción de tutela, disponiendo oficiar a Salud Total EPS para que ejerciera su derecho a la defensa.

De la misma manera, mediante auto de junio 26 de 2013 (f. 46 ib.), ordenó vincular al laboratorio farmacéutico Productos Roche, a la Comisión de Regulación en Salud -CREG- y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-, así como oficiar al médico tratante de la actora, para que se pronunciaran sobre lo demandado, advirtiéndoles que de no contestar en el lapso referido se tendría por cierto lo aseverado.

Respuesta de Salud Total EPS

Salud Total EPS, a través de la respectiva gerente en Girardot, solicitó “se deniegue por improcedente” (f. 34 ib.) la tutela, pues la accionante no cumplió el requisito de subsidiariedad, al no acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud. Respecto del registro INVIMA del micofelonato de mofetilo, señaló que solo está permitido en Colombia “para la profilaxis del rechazo de órganos y para el tratamiento del rechazo de órganos resistente en pacientes sometidos al trasplante renal” (f. 27 ib.), por lo que la negación no es por capricho, sino para proteger la salud de la paciente.

Así mismo, indicó que el tratamiento con el medicamento solicitado es “experimental para paciente con lupus eritomaso sistémico”.

Respuesta del médico tratante

El médico especialista adscrito a la empresa demandada señaló, mediante escrito de junio 27 de 2013 (f. 54 ib.), que la accionante estaba siendo tratada desde hacía tres años con el micofelonato de mofetilo prescrito, sin presentar efectos secundarios ni deterioro en la salud; al contrario, no consumirlo sí afecta de inmediato a la paciente, mientras otros medicamentos para el tratamiento de la enfermedad que podrían ser utilizados, sí arrojan

efectos secundarios.

Respuesta del INVIMA

El representante legal del INVIMA señaló que el uso del medicamento solicitado por la accionante, está registrado únicamente “para la profilaxis del rechazo de órganos y para el tratamiento del rechazo de órganos resistente en paciente sometidos al trasplante renal” (f. 74 ib.).

Respuesta de productos Roche S. A.

Por fuera del término indicado, la representante legal de productos Roche S. A. manifestó que recomienda el uso del medicamento recetado, estrictamente bajo las indicaciones y tratamientos autorizados por el INVIMA.

Expediente T-4055028

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, mediante auto de junio 28 de 2013 (f. 17 cd. inicial respectivo), admitió la acción de tutela y ofició al gerente de Coomeva EPS, para que ejerciera el derecho a la defensa, pidiendo su representante legal, en escrito de julio 9 de 2013 (f. 19 ib.), que se declarara improcedente la acción de tutela, al estimar que se ha obrado conforme a la ley, al no haberse agotado el uso de medicinas sí incluidas en el POS.

D. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de julio 4 de 2013 (fs. 79 a 101 cd. inicial respectivo), el Juzgado Segundo Civil Municipal de Girardot negó el amparo de los derechos invocados por la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz, señalando que la EPS demandada ninguna vulneración ha causado, ya que “se encuentra en ejercicio de una acción legítima, pues de conformidad con la normatividad que rige la materia no es factible la entrega de un medicamento que no está prescrito para determinada enfermedad, pues con ellos se estaría poniendo en grave riesgo no solo la salud de la accionante sino de todas las personas que quisieran pasar por alto tales disposiciones”.

Añadió que no se ha demostrado que el medicamento pueda ser suministrado sin que corra riesgos la salud de la actora, por lo cual no cumple los requisitos establecidos en la jurisprudencia para ser autorizado por vía de tutela.

Impugnación

La señora Blanca Alicia Carvajal Díaz impugnó la referida sentencia, sin suministrar nuevos argumentos.

Sentencia de Segunda Instancia

En fallo de agosto 6 de 2013 (fs. 11 a 19 cd. 2 respectivo), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot confirmó el pronunciamiento impugnado, al considerar que “el juez constitucional no puede autorizar la entrega de un medicamento que no tiene Registro Sanitario para determinado diagnóstico pues se trata de un conflicto de carácter científico que requiere de un conocimiento específico a fin de resguardar el derecho a la salud del paciente, en la medida en que dicho análisis se escapa de la esfera jurídica”.

Expediente 4055028

Sentencia única de instancia

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, mediante sentencia de julio 15 de 2013 (fs. 23 a 30 cd. inicial respectivo), negó el amparo de los derechos invocados por la agente oficiosa, al estimar que no se cumplían los requisitos para que el medicamento fuera autorizado, a saber, “la urgencia determinada por el galeno tratante; ... El cumplimiento de la emisión del concepto... Como tampoco que se encuentre en revisión ante los planes de beneficios”.

E. Actuaciones en sede de revisión.

Mediante auto de noviembre 8 de 2013, esta corporación dispuso oficiar, por medio de la Secretaría General:

“Al representante legal de Salud Total EPS o quien haga sus veces, para que informe si a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz, identificada con la cédula de ciudadanía 1.108.453.221,

se le está suministrando o se le puede suministrar otro medicamento que supla el micofenolato mofetil x 500 mgr, que sea igualmente idóneo para contrarrestar su enfermedad, indicando, complementando y/o contradiciendo lo que estime del caso y aportando los elementos de demostración que considere necesarios para su defensa y mejor proveer en esta acción de tutela.

A la Asociación Colombiana de Reumatología y a la Asociación Colombiana de Nefrología, por conducto de sus respectivos directores, o quienes hagan sus veces, informen acerca de los estudios realizados sobre los efectos del micofenolato mofetil en pacientes diagnosticados con Lupus, y si existen otros medicamentos que se encuentren registrados en el INVIMA que puedan ser utilizados para tratar la enfermedad; además de lo anterior, que indiquen las posibles consecuencias de suspender el tratamiento con el medicamento ya mencionado.

Al doctor José Luis Yglesias Sánchez, médico especialista de primer grado en reumatología y tratante de la señora Carmen Elvina Salas Rodríguez, que informe si existe algún medicamento incluido en el Plan Obligatorio de Salud que sea idóneo y apropiado para el tratamiento de la accionante, advirtiéndole los efectos que podría causarle si se sustituye la medicina inicialmente prescrita.”

Respuesta de la Asociación Colombiana de Nefrología e Hipertensión Arterial (T-4454261)

El Presidente de dicha Asociación informó, en noviembre 26 de 2013, que “el micofenolato mofetil es una droga útil puede utilizarse en el tratamiento de esta enfermedad. El micofenolato mofetil se ha usado ampliamente como tratamiento de la nefritis lúpica. Varios ensayos clínicos y metaanálisis han demostrado que este fármaco es eficaz y seguro en el tratamiento de la nefritis lúpica grave”.

Indicó que otras medicinas que se pueden utilizar para tratar la enfermedad son ciclofosfamida, azatioprina, ciclosporina, prednisolona y rituximab.

En relación con las posibles consecuencias del tratamiento, señaló que “los efectos secundarios son de origen gastrointestinal y leves”, comparados con otros medicamentos que se pueden utilizar. Dichas conclusiones estuvieron sustentadas en diferentes estudios científicos que fueron allegados a la acción[1].

Respuesta de la Asociación Colombiana de Reumatología (T-4454261)

El Presidente de la Asociación Colombiana de Reumatología, en escrito de noviembre 20 de 2013, expuso que “micofenolato mofetilo es un medicamento inmunosupresor que inicialmente se utilizó para el rechazo de los trasplantes pero posteriormente se han realizado estudios principalmente en el compromiso severo del riñón en el lupus eritematoso sistémico” (f. 37 cd corte.).

Añadió que no hay medicinas autorizadas por INVIMA para tratar la afección que padece la actora, por lo cual la suspensión del micofenolato mofetilo “con toda seguridad llevará a la pérdida de los riñones y por lo tanto debe someterse a un proceso de diálisis y estaría condenado irremediablemente a una muerte prematura” (f. 37 ib.).

Respuesta de Salud Total EPS (T-4454261)

Salud Total EPS, mediante representante legal, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda de tutela, señalando (f. 32 cd. inicial respectivo) que la medicina micofenolato de mofetilo “SE UTILIZA OFF LABEL del tratamiento para una de las complicaciones propias de la patología AUTOINMUNE LUPUS ERITOMATOSO SISTÉMICO COMO ES EL DE LA NEFRITIS LÚPICA, y por tanto no existe medicamento que lo reemplace, sin embargo a nuestra afiliada se le ha garantizado el acceso integral para el manejo de su patología por la especialidad de NEFROLOGÍA para contrarrestar las afecciones en el riñón” (f. 32 ib., las mayúsculas son del texto original).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Esta corporación es competente para examinar las actuaciones referidas, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos invocados por Blanca Alicia Carvajal Díaz, obrando en nombre propio, en acción dirigida contra Salud Total EPS; y por la

Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, en calidad de agente oficiosa de Carmen Elvinia Salas Rodríguez, contra Coomeva EPS, fueron vulnerados por la negativa de las entidades demandadas a autorizar la entrega de medicamentos prescritos por los médicos tratantes.

Para ello, serán abordados los siguientes temas: (i) legitimación en la causa por activa de los defensores del pueblo; (ii) las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS; (iii) el concepto del médico tratante como principal criterio para otorgar los servicios en salud; (iv) la procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho a la salud; (v) el suministro de medicamentos no registrados en INVIMA.

Tercera. Legitimación en la causa por activa, de los defensores del pueblo. Reiteración de jurisprudencia

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 se especifica que esta acción podrá ser ejercida por (i) la propia persona, por sí misma o a través de representante, que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran en riesgo; (ii) quien manifieste agenciar derechos ajenos, cuando el titular no pueda promover su defensa; (iii) por el Defensor del Pueblo[2] y los personeros municipales.

Cuarta. La procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

4.1. Esta Corte ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, entre otras disposiciones y en consonancia con la dignidad humana y con la vida misma, que la salud, dentro del ordenamiento jurídico nacional, presenta la doble connotación de servicio público esencial[3] y de derecho fundamental[4].

De tal dualidad ha emergido una correlatividad entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto la atención ha debido ajustarse al contenido

propio que se le ha reconocido y, a su vez, se ejerce dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre con ajuste al desarrollo constitucional que corresponde al derecho fundamental.

Cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

Posteriormente, la corporación observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de su esencia intrínseca, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto propiciaba las condiciones de dignidad inherentes a la existencia humana, razón suficiente para tutelarlos directamente.

4.2. Adicionalmente, se ha realizado que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”[5].

Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, han sido acogidas las consideraciones expuestas en la Observación Catorce del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas[6], sobre (i) el carácter fundamental de tal derecho, asumido como el disfrute del más alto nivel posible de salud, que permita a las personas vivir dignamente y (ii) la necesidad de implementar para su efectividad “numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”[7].

Así, cuando el Estado, en desarrollo del deber de organizar, dirigir y regular la prestación del servicio[8], diseña e implementa el marco legal para el funcionamiento del Sistema General

de Seguridad Social en Salud, el plan obligatorio del mismo y demás normas complementarias, surge para las personas la posibilidad de acudir ante un juez de tutela a exigir las prestaciones contenidas en la reglamentación nacional, lo que a su vez comporta, de un lado, un avance sobre la perspectiva meramente programática del derecho a la salud y, de otro, una concreción del contenido normativo de esta garantía como derecho subjetivo.

Al respecto, se expuso en fallo T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental, pues no es subjetivo; sin embargo, observó que “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”.

4.3. Lo anterior permite reafirmar la fundamentalidad del derecho a la salud y su inescindible acceso efectivo a las prestaciones contenidas en el POS y en el plan de beneficios (Ley 100 de 1993 y normas complementarias), por la categorización de los derechos prestacionales como subjetivos.

Por tanto, en escenarios en los que se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela. De ahí que el análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procederá, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico que se estudia.

4.4. De otra parte, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador, en ejercicio de lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, atribuyó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios[9].

Dicha competencia cobijó, inicialmente[10], las controversias relativas a (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha

negativa amenace la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por la EPS, en instituciones (IPS) con las que no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir la EPS libremente y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

En la sentencia C-117 de febrero 13 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se determinó la exequibilidad de esta vía judicial frente al cargo planteado en la demanda, relativo al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

En la sentencia C-119 del mismo día, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corte analizó otro cargo de inconstitucionalidad contra la misma disposición, referente a la presunta vulneración al debido proceso, ante la competencia del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS, hallándose exequible el demandado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias

judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas’.”

4.5. Bajo tales presupuestos, esta corporación en sentencia T-825 de octubre 19 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo, declaró la improcedencia de la acción de tutela que se estudiaba en esa oportunidad, por incumplimiento del requisito de subsidiaridad, explicando:

“En el presente caso, la acción de tutela instaurada por las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona contra Saludcoop EPS resulta improcedente, en la medida en que se logró verificar el incumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la pretensión de las accionantes y la conducta que vulnera los derechos fundamentales de sus hijos menores tienen que ver con la negativa de la entidad prestadora de servicios de suministrar algunos tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, tal como se mencionó anteriormente, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver este tipo de conflictos.”

Dicha sentencia y otras que ratifican ese criterio interpretativo[11], han resaltado que el procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011, para resolver las controversias que se suscitan entre las EPS u otras entidades que se les asimilen y los usuarios del SGSSS, resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, dado su carácter informal, sumario, principal y preferente.

Por tanto, como se ha expuesto con anterioridad, dichas determinaciones tienden a apoyar la tesis relativa a que se debe agotar el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pero previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto, pues “tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la

acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección”[12].

4.6. No obstante, resulta significativo recordar que, en sede de revisión, esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio, frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alternativo, el instrumento jurídico bajo análisis adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección efectiva de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

En ese orden, ha advertido las lesivas consecuencias que comporta la competencia preferente otorgada al ente de la Rama Administrativa para conocer sobre la protección de garantías tan sensibles como el acceso al derecho fundamental a la salud, consignada en un recurso judicial que carece de suficiente desarrollo normativo y de la capacidad tuitiva del juez de tutela para amparar de manera idónea el acceso al derecho a la salud.

En efecto, la sentencia T-206 de abril 15 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, al abordar el juicio de procedibilidad de la acción incoada contra una EPS-S, por no aprobar los costos de transporte que requería una menor de edad para acceder a especialidades de reumatología y dermatología pediátrica, estableció que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como “preferente y sumario”[13], hay vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto precisó:

“Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los

requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”

Acorde a todo lo expuesto y conforme a la reafirmada jurisprudencia constitucional sobre el acceso indefectible al servicio de salud y los criterios interpretativos que deben orientar la labor del servidor judicial, no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al servicio.

Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS.

Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales.

En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma.

4.7. Por las razones expuestas, no puede entenderse desplazada la competencia del juez de tutela en el escenario constitucional de acceso efectivo al servicio (actividades, procedimientos e intervenciones en relación con el POS), en tanto que lo que está en discusión es la protección directa del derecho fundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez de tutela inexorablemente conserva la competencia.

Quinta. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, la prestación de servicios asistenciales a cargo de una EPS se encuentra fijada por el contenido del POS, que delimita la responsabilidad y las obligaciones a cargo de las EPS y crea tensión entre las exclusiones y la cabal preservación y restablecimiento de los derechos fundamentales.

Ante ello, se han indicado los requisitos que deben concurrir en cada caso, para inaplicar por contrarias a la Constitución[14] las normas del POS, que no incluyen el suministro de determinadas medicinas, procedimientos e intervenciones, a saber[15]:

“1. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

2. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

3. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

4. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”

Frente a lo anterior, no todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de tutela, puesto que para que sea procedente la orden de suministrar un servicio no incluido en el POS, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales mencionados.

Sexta. El concepto del médico tratante como principal criterio para otorgar los servicios en

salud

La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud.

No obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica[16], pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.

Adicionalmente, esta Corte ha estimado que cuando surja un conflicto entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, se puede acudir a la acción de tutela, teniendo en cuenta que “mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario”[17].

También se ha advertido que “frente a un caso límite, donde exista duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio pro homine”[18], que constituye una valiosa pauta hermenéutica, que conduce a que se adopte la interpretación que mejor se ajuste al amparo de los derechos fundamentales en juego.

En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

Séptima. El suministro de medicamentos no registrados en INVIMA

Se ha establecido por parte de este tribunal que el suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso específico[19].

También se ha expresado[20] que “para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, así como también, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente y que no se trata de una droga en etapa experimental; lo cual se presume, si el médico tratante prescribe el medicamento y el diagnóstico no es controvertido en dicho sentido. Por último, se debe verificar que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo”.

En la sentencia T-173 de febrero 28 de 2003, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, se refirió que frente al suministro de medicamentos que no estén registrados en INVIMA ni incluidos en el POS, para que pueda inaplicarse la normativa atinente se debe acreditar (i) que el no suministro realmente pone en riesgo al afiliado al sistema en sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento excluido es el único efectivo para el tratamiento de la enfermedad, o carece de sustituto si incluido en el POS, de la misma idoneidad, (iii) que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS, lo cual debe observarse dentro de la connotación antes expuesta.

Por similares razones a las expuestas, en otras varias providencias[21] esta Corte ha ordenado el suministro de medicamentos que no tienen registro sanitario, constituyendo así una línea jurisprudencial en la cual se otorga la correspondiente supremacía a la Constitución Política sobre normas legales y reglamentarias, en la imperativa defensa de los derechos fundamentales.

Con todo, debe acotarse que en el fallo T-042 de enero 28 de 2013, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, se negó el suministro de la medicina micofenolato de mofetilo, en consideración a que podía existir un medicamento sucedáneo.

Expediente T-4054261

8.1. En el primer caso objeto de revisión, a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz le fue

formulado, a través de sus médicos tratantes, adscritos a Salud Total EPS, el medicamento micofenolato mofetil x 500 mgr., por cuanto padece de “lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y sistemas”, pero no fue autorizado por el Comité Técnico Científico al no estar incluido en el POS y carecer de registro INVIMA para dicha enfermedad.

8.2. Los jueces de instancia negaron el amparo de los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana, que reclamaba la actora, considerando que no es factible la entrega de la medicina recetada, no apareciendo demostrado que su suministro no genera riesgos para la salud de la propia demandante.

8.3. Ante todo, debe tomarse en consideración la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra la accionante por la enfermedad que padece y el severo perjuicio que le acarrea no consumir el medicamento, lo que ostensiblemente redunda en la procedencia de esta acción.

Se puede constatar, de otra parte, que la demandante ha realizado el trámite ante la EPS y aunque existe la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud (artículo 41 de la Ley 1122 de 2007), exigirlo en el presente asunto desnaturalizaría la acción de tutela, extendiendo los graves riesgos contra la salud[22], después de tanto que ha esperado la paciente.

Como se mencionó en precedencia, la Corte Constitucional ha definido bajo qué parámetros se puede autorizar el suministro de medicamentos que no estén incluidos en el POS y carezcan del registro específico en INVIMA, indicando que: i) la exclusión ha de amenazar verdaderamente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema, (ii) el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad, que sí esté relacionado en el POS, (iii) el paciente no pueda sufragar su costo, y (iv) que, por lo general, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

Esta Sala constató, en el caso concreto, el cumplimiento de los mencionados requisitos, estableciendo:

i) Es necesario el suministro del medicamento micofenolato mofetil a la actora, de conformidad con la orden médica expedida por los galenos tratantes, pasada al respectivo Comité Técnico Científico, debiendo tomarse en cuenta las adicionales manifestaciones

allegadas[23].

ii) El medicamento no puede ser sustituido por otro que tenga la misma efectividad, según las observaciones científicas referidas, que apuntan a que “otros medicamentos como esteroides, ciclofosfamida, azatioprina para tratamiento del lupus presentan efectos comparables o superiores que limitan el uso y dosificación, o en el caso de la azatioprina es de difícil consecución y por lo tanto causa fácil suspensión del tratamiento. Los esteroides se relacionan a cushing iatroaénico, osteoporosis, diabetes etc, la ciclofosfamida a freno medular, neoplasias incluyendo cáncer de vejiga, y la azatioprina con freno medular”. También la Asociación Colombiana de Nefrología e Hipertensión Arterial señaló que el micofenolato mofetil tiene efectos leves, mientras que los otros medicamentos tienen efectos secundarios más fuertes; además, la entidad accionada no se pronunció sobre algún eventual medicamento sucedáneo.

(iii) La actora no cuenta con ingresos para sufragar el valor de la medicina, como se colige de que ella y su esposo devengan salario mínimo, teniendo un hijo de tres años y ascendiendo el costo del referido fármaco, del que debe consumir diariamente 4 tabletas, a \$468.000 por caja de 50 tabletas[24].

(iv) Tomando en cuenta el Formato de Solicitud de Medicamento no POS enviado al Comité Técnico Científico respectivo y las órdenes de los facultativos, los que ordenaron el medicamento sí están adscritos a Salud Total EPS, empresa a la cual cotiza la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz.

8.4. Por todo lo expuesto, será revocada la sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, en agosto 6 de 2013, que en su momento confirmó la dictada en julio 4 de dicho año por el Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad, negando el amparo pedido por la actora, el cual debe concederse.

En consecuencia, se ordenará a Salud Total EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre el medicamento micofenolato mofetil a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz, identificada con cédula de ciudadanía 1.108.453.221 de Flandes, en las condiciones prescritas por los médicos tratantes, y continúe prestándole toda la asistencia integral que al efecto requiera.

8.5. A la señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez, quien sufre osteoporosis severa, le prescribió su galeno tratante ácido ibadrónico, cuyo suministro le fue negado por la EPS Coomeva, a la cual está vinculada, que apoyó su negativa en que dicha sustancia no se encuentra incluida en el POS.

Incoada acción de tutela por la Defensora del Pueblo, Seccional Cesar, quien está legitimada por activa de conformidad con los preceptos antes indicados, el despacho judicial de primera instancia, en decisión que no fue impugnada, negó la protección reclamada, creyendo que no se cumplían los requisitos determinados para que pueda autorizarse, en amparo constitucional, un medicamento que no se encuentre previsto en el POS.

8.6. La señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez está en la tercera edad (nació el 4 de diciembre de 1933, f. 4 cd. inicial respectivo) y merece especial protección constitucional, hallándose en grave posibilidad de sufrir un mayor padecimiento si no le es suministrado el medicamento ordenado.

Acorde con lo expuesto en apartes precedentes de esta providencia sobre el acceso al servicio de salud y los criterios que deben orientar la labor del servidor judicial, tratándose de la protección directa de los derechos expuestos, no es posible exigirle acudir a un trámite más, como recurrir a la Superintendencia Nacional de Salud, que repercutiría en gestión adicional de contingente resultado, frente a algo que no puede seguirse negando.

Constatada esta segunda situación con los requisitos anteriormente planteados para el suministro de medicamentos no POS, se concluye que (i) no suministrarle la medicina prescrita ciertamente incide en los riesgos contra la salud, la integridad y la vida digna de la señora agenciada, quien (ii) se halla afiliada al régimen contributivo como beneficiaria de su hija, pensionada por invalidez con el equivalente de un salario mínimo legal mensual vigente, ingreso ostensiblemente insuficiente para sufragar el fármaco prescrito, que precisamente cuesta cerca de \$600.000 mensuales (f. 34 cd. inicial respectivo); (iii) la medicina fue prescrita por el galeno tratante, como se observa en la receta respectiva y lo reafirma la EPS accionada en su contestación; y (iv) si existen algunos medicamentos alternativos incluidos en el POS para el tratamiento de la osteoporosis severa, no se tienen

pruebas de que alcancen la misma efectividad del ácido ibadrónico, y a la paciente ya le han sido suministradas otras medicinas, que el médico tratante ha descartado.

En su lugar, serán tutelados sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad y a la vida digna, y se ordenará a Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo autorice el ácido ibadrónico, en las condiciones prescritas por el médico tratante, y continúe prestándole toda la asistencia integral que al efecto requiera.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot en agosto 6 de 2013, que en su momento confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Girardot en julio 4 del mismo año, negando la tutela solicitada por la accionante (T-4054261), la cual debe concederse en defensa de sus derechos fundamentales a la salud, la integridad y la vida digna.

En consecuencia, se ordena a Salud Total EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre el medicamento micofenolato mofetil a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz, identificada con cédula de ciudadanía 1.108.453.221 de Flandes, en las condiciones prescritas por los médicos tratantes, y continúe prestándole toda la asistencia integral que requiera, particularmente a raíz de su enfermedad, Lupus Eritomatoso Sistémico con compromiso de Órganos y Sistemas.

Segundo.- REVOCAR el fallo único de instancia, proferido en julio 15 de 2013, por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, que negó el amparo a la señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez (T-4055028).

En su lugar, serán tutelados sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad y a la vida digna, y se ordenará a Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien

haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo autorice el ácido ibadrónico en las condiciones prescritas por el médico tratante y continúe prestándole toda la asistencia integral que requiera, particularmente a raíz de la osteoporosis severa que padece.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-061/14

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-La

Sala debió estudiar los gastos de transporte y viáticos que fueron solicitados, y que debieron ser estudiados de manera individual y concedidos o negados de manera independiente del tratamiento integral de la accionante (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expedientes T- 4054261 y T- 4055028

Magistrado Ponente:

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Salvo parcialmente el voto en la ponencia del Magistrado Nilson Elías Pinilla Pinilla, acogida por la mayoría de la Sala Sexta de Revisión, pues considero que en el caso T-4.055.028 se debió hacer una consideración sobre el tema de procedencia de la acción de tutela para solicitar “viáticos y gastos de transporte”, teniendo en cuenta que la Defensora del Pueblo, seccional Cesar, actuando como agente oficiosa de la señora Carmen Elvinia Salas Rodríguez que sufre de osteoporosis severa, solicitó ordenar a la EPS la entrega del medicamento ácido ibandronico y la autorización de otras medicinas y exámenes especializados, “incluyendo los viáticos y gastos de viaje cuando por necesidad de su enfermedad deba ser atendida fuera de Valledupar”.

Lo anterior, en atención a que en el estudio del caso concreto, así como en la parte resolutive de dicho expediente, la Sala sólo se refirió al medicamento y atención integral que debe autorizar y prestar la EPS demandada, pero no hizo alusión a los gastos de transporte y viáticos que también fueron solicitados, y que debieron ser estudiados de manera individual y concedidos o negados de manera independiente del tratamiento integral de la accionante.

De esta manera, expongo la razón que me lleva a salvar parcialmente el voto con respecto a la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Fs. 111 y 112 ib. En comparación con ciclofosfamida, los estudios allegados concluyen que micifenolato es superior para inducir remisión parcial y completa, y con menos efectos secundarios.

[2] Cfr. también arts. 46 a 51 D. 2591 de 1991.

[3] Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

[4] Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (ambas).

[5] Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto.

[6] La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de agosto 20 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”.

[7] “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

[8] Arts. 49 Constitución y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[9] Art. 41, Ley 1122 de 2007.

[10] La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia de Salud, al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente

relacionados e instituir, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario”, el cual se debe desarrollar “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

[11] Cfr. T-914 de junio 13 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; T-004 de junio 1° de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[12] T-1180 de diciembre 2 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[13] De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia.

[14] Cfr. art. 4° Const..

[15] T-760 de 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] Cfr. T-760 de 2008, precitada.

[17] Cfr. T-344 de mayo 9 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] Cfr. T-285 de abril 14 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[20] T-884 de septiembre 10 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre la etapa experimental a que se hace referencia en esta sentencia, es necesario constatar que en la T-418 de 2011 se especificó que “un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes”.

[21] Cfr. T-945 de octubre 1° de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-1328 de diciembre 15 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-975 de diciembre 2 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

[22] En respuesta a las pruebas solicitadas por esta Sala en sede de revisión, la Asociación Colombiana de Reumatología advirtió que la suspensión del medicamento solicitado por la

accionante tiene como posible consecuencia la pérdida de los riñones y la muerte prematura (f. 37 cd. Corte).

[23] Además de la recién referida respuesta de la Asociación Colombiana de Reumatología, es preciso citar lo señalado por el médico especialista en medicina interna y nefrología, Fabián Barrios Manco: “La paciente presenta activación de la enfermedad Lupus Eritematoso Sistémico en el momento con riesgo de perder su función renal, o incluso presentar condiciones clínicas que podrían llevarla a la muerte y muy probablemente esto está en relación a la suspensión del tratamiento inmunosupresor” (f. 54 cd. inicial respectivo)..

[24] Cfr. fs. 56 y 57 cd. inicial respectivo.