

SENTENCIA T-1030/10

(10 de diciembre, Bogotá DC)

DERECHO A LA SALUD-Fundamental/DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos y tratamientos

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por imposición de barreras administrativas

Las Entidades Promotoras de Salud no pueden imponerle a los usuarios el cumplimiento de exagerados trámites administrativos y burocráticos convirtiéndose estos en un obstáculo para el acceso al derecho a la salud. En el caso objeto de estudio se evidencia que la Nueva EPS le impuso una serie de barreras a la accionante que dilataron la adecuada prestación del servicio de salud. Esta Sala al realizar un estudio de los documentos aportados al expediente sub examine, con fundamento en la normatividad que regula el Sistema de Salud y lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, evidencia que la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la peticionaria por no haber suministrado de manera oportuna los medicamentos FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA. No encuentra justificado la Sala, que la Nueva EPS ignore que la Epilepsia por ser una enfermedad de interés en salud pública, requiere de atención oportuna y de seguimiento permanente, de manera que se logre su control y se garantice la reducción de las complicaciones que puedan ser evitadas y que adicionalmente le imponga barreras administrativas y burocráticas que impide el acceso al servicio de salud y que podrían empeorar las condiciones de la salud de la accionante.

Referencia: Expediente T-2.763.585

Accionante: Gloria Mercedes Piracón Núñez.

Accionado: Nueva EPS.

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado. Penal del Circuito de Ubaté, Cundinamarca, del 13 de Julio de 2010.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela

1. Elementos de la demanda¹

- Derechos fundamentales invocados: Salud, seguridad social y vida digna.

- Pretensión: Ordenar a la Nueva EPS entregar los medicamentos denominados FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA en la cantidad y con la periodicidad que el médico tratante determine, mientras la enfermedad persista.

1. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1 La señora Gloria Mercedes Piracón Núñez es afiliada en calidad de beneficiaria de la Nueva EPS².

1.2.2 La accionante es ama de casa, carece de recursos económicos por encontrarse desempleada y la totalidad de los gastos del hogar como alimentación, vivienda, transporte y servicios públicos, son cubiertos por su compañero permanente José Alirio Salinas Cárdenas.³

1.2.3 El médico tratante le diagnosticó Epilepsia Focal de difícil manejo con síndrome depresivo,⁴ para lo cual le ordenó tomar los medicamentos FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA⁵

1.2.4 Manifiesta la accionante que la Nueva EPS no le ha autorizado la entrega de los medicamentos FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA por las siguientes razones: i) “[M]e dirigí con la formula médica a la Nueva EPS en Ubaté en donde me dijeron que no tenían papelería, otro día me dijeron que habían devuelto los papeles porque el neurólogo no los había llenado bien, que me dirigiera otra vez a Bogotá en San Rafael.”⁶ ii) “[La] OXCACARBAMAZEPINA (sic) de 300 mg no me la han entregado porque primero fui a la Nueva EPS de Ubaté y dejé los documentos y me dijeron que volviera a los 15 días, vine a los 20 días y me dijeron que no había papelería en esos días. Me dijeron que dejara otros días o que me dirigiera directamente a Bogotá, yo no trabajo entonces pues no tengo los recursos para estar yéndome...”⁷.

1.2.5 En cuanto al medicamento FENOBARBITAL expresa la accionante que no se lo han entregado debido a que el neurólogo le dio una fórmula por 180 pastillas y la Nueva EPS para entregarle el medicamento le exige una formula por 30 pastillas, para lo cual le solicita que mande transcribir la formula. Adicionalmente afirma la accionante que puede reclamar el medicamento sin autorización, pero que en la farmacia de Ubaté nunca lo hay, debiéndose desplazar hasta la ciudad de Bogotá⁸.

1.2.6 La tutelante solicita a través de la acción de tutela que se le ordene a la EPS, o a quien corresponda, la entrega de los medicamentos FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA formulados por el médico tratante en forma oportuna y que se le brinde la atención integral.

1. Respuesta de la Nueva EPS⁹

La señora María Mercedes Penagos Gaviria, actuando como gerente zonal de Cundinamarca de la Nueva EPS mediante escrito de 7 de junio de 2010, solicita que la acción de tutela sea negada de acuerdo con los siguientes argumentos:

2.1 La señora Gloria Mercedes Piracón Núñez se encuentra afiliada al Sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo a través de la Nueva EPS S.A., como afiliada tipo beneficiaria categoría A, estado activo con 106 semanas cotizadas en el SGSS.

2.2 EL 22 de abril de 2010, la accionante radica la documentación con destino al Comité Técnico Científico para la aprobación del medicamento OXCARBAMAZEPINA. El comité respondió diciendo que los datos de la historia clínica son insuficientes y que no hay registro de laboratorios clínicos o imágenes que justifiquen el uso de un medicamento NO POS, por lo que no generaron la autorización del medicamento. Esta decisión fue tomada basándose en lo dispuesto en la resolución 3099/0810.

2.3 Por lo expuesto anteriormente, la Nueva EPS argumenta que a la usuaria no se le ha negado la prestación del servicio, por lo que tampoco se la han vulnerado sus derechos fundamentales.

2.4 La Nueva EPS cita algunas sentencias¹¹ de ésta Corte en las que se establece que los usuarios del Sistema General de Salud, en primer término, deben acudir a la EPS y si ésta se niega a prestar el servicio ocasionando la vulneración de los derechos fundamentales, puede el usuario interponer acción de tutela. En este sentido, el conceder una acción de tutela sin que medie una negativa en la prestación del servicio de salud es vulnerarle el debido proceso a la entidad accionada.

2.5 La ley 100 de 1993 estableció dos formas de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por un lado está el régimen subsidiado y por el otro el régimen contributivo, al segundo deben vincularse las personas con capacidad de pago, a las que el sistema de manera especial les concede los beneficios del POS. Sostiene que el sistema General de Seguridad Social se basa en los principios de solidaridad y universalidad.

1. La Nueva EPS señala que del POS han sido excluidos algunos medicamentos y procedimientos, por lo que las entidades pueden negarse legítimamente a prestar estos servicios¹².

1. La Nueva EPS cita algunas sentencias de la Corte Constitucional, ¹³ en las que se ha establecido que para otorgar tratamientos que no estén incluidos dentro del POS se debe demostrar la existencia de un riesgo inminente para la vida del paciente, la imposibilidad de

aplicar dicho tratamiento por uno que sí este contemplado en el POS, la ausencia total o parcial de recursos por parte del paciente y, que el tratamiento haya sido prescrito por un médico tratante de la entidad.

2.8 Por último la entidad accionada solicita que en caso de ser concedida la tutela, el juez ordene el recobro al FOSYGA.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, Cundinamarca, del 13 de Junio de 2010.

3.1 Única instancia¹⁴:

El Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, Cundinamarca negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante con los siguientes argumentos:

“ No es cierto que se le hubiese negado a la Accionante el derecho al servicio médico, y que en esa medida se le hubiese vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, pues se advierte que justamente con ocasión de la enfermedad que aqueja a la señora GLORIA MERCEDES PIRACON NUÑEZ, ésta fue debidamente atendida en el Hospital San Rafael de Bogotá por un Neurólogo, donde le fue formulada la Oxcarbamazepina 300 mg, además su solicitud de autorización de medicamento fue diligenciada por la NUEVA EPS, lo que nota el Despacho es que la Accionante no ha culminado el procedimiento necesario para la obtención de una respuesta que en caso de ser negativa si podría haber sido objeto de estudio, pues en ese momento si se podría estar vulnerando el derecho a la salud de la accionante.

De otro lado, es de resaltar que de la obligación de la EPS llega hasta donde el POS lo permite, luego aunque por medio de acción de tutela se le hiciera exigible a la NUEVA EPS, que se haga entrega del medicamento en mención, en procura de mantener el equilibrio financiero de la EPS, existe un Fondo de Solidaridad y Garantía, al que habrá de acudir pero insistiendo no es el caso, pues aun no ha habido negativa por parte de la entidad. Razón por la cual este despacho negará el amparo solicitado por el accionante.

En lo que respecta al medicamento FENOBARBITAL, sobre el cual la NUEVA EPS no hizo alusión alguna, encuentra este despacho que según las manifestaciones de la accionante

GLORIA MERCEDES PIRACON NUÑEZ, el mismo no requiere autorización alguna, vale decir, se encuentra cubierto por el POS, sin embargo en formato visto a folio 8, diligenciado por el neurólogo tratante el 19 de abril del presente año, referencia dicho medicamento como uno de los cubiertos por el POS utilizado previamente para el manejo de la patología sin obtener respuesta clínica o paraclínica satisfactoria, lo que significaría que GLORIA MERCEDES PIRACON NUÑEZ, no necesita el medicamento que exige le suministren en la presente acción de tutela.

No obstante, la accionante manifiesta que le fue formulado el anterior medicamento, pero en todo caso tampoco se demostró negativa por parte de la EPS para su entrega, simplemente hizo alusión a la transcripción que debe hacer de la orden original de ciento ochenta tabletas a fórmulas de treinta tabletas, situación que no constituye violación de derecho alguno máxime si se tiene en cuenta que la accionante no acreditó que efectivamente se le haya formulado dicho medicamento y que en el formato de solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del POS, fue relacionado como utilizado previamente sin respuesta satisfactoria, es por esta razón que el despacho tampoco amparará los derechos fundamentales solicitados por la accionantes.”¹⁵

4. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del 6 de octubre de 2010¹⁶, se ordenó para que por Secretaria General, se oficiara a la Nueva EPS, a la Asociación Colombiana de Neurología, a la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez y al Ministerio de la Protección Social, con el fin de que dieran respuesta a las siguientes inquietudes, para que sean tenidas en cuenta como pruebas en el presente caso:

4.1 A la Nueva EPS para que informara:

4.1.1 Si al interior de la entidad existe un manual en el que se establezcan los pasos que debe seguir el médico tratante para autorizar un medicamento NO POS y para presentar la respectiva solicitud ante el Comité Técnico Científico; en caso afirmativo, enviar copia del mismo y constancia de su divulgación.

4.1.2 Si al interior de la entidad, existe un manual en el que se le indique al paciente los trámites administrativos que debe agotar para la autorización y posterior entrega de medicamentos no POS; de existir ¿cuál ha sido la divulgación de dichos manuales o procedimientos?, en caso afirmativo, enviar copia del mismo y constancia de su divulgación.

4.1.3 ¿Cuál es el ingreso base de cotización del esposo de la accionante, el señor José Alirio Salinas Cárdenas y que otras personas son beneficiarias de este cotizante?

4.1.4 ¿Si la entidad tiene sucursal en Ubaté, explique los motivos por los cuáles se le exige a la afiliada que se desplace hasta Bogotá para la entrega y autorización de los medicamento?

4.2. A la Asociación Colombiana de Neurología para que informara a esta Corporación:

4.2.2 ¿Cuáles son las consecuencias de retrasar y dilatar el suministro del tratamiento y medicamentos indicados por el médico tratante?

4.3. A la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez, para que presentara una relación de los ingresos y gastos mensuales de su núcleo familiar.

1. . Al Ministerio de la Protección Social para que informara:

4.4.1 Si existe un medicamento incluido en el POS, que tenga los mismos efectos que la OXCARBAMAZEPINA x 300mg.

4.4.2 El valor comercial del medicamento OXCARBAMAZEPINA x 300mg.

5. Respuesta a la solicitud de pruebas:

5.1 El 27 de octubre de 2010 la Secretaria General informó que vencido el término probatorio fueron recibidos los oficios de la Nueva EPS, de la Asociación Colombiana de Neurología, de la Comisión de Regulación en Salud - Ministerio de la Protección Social, en los que dan

respuesta al auto de pruebas de fecha 6 de octubre de 201017.

5.1.1. La Nueva EPS mediante oficio de fecha 15 de octubre de 2010, respondió lo siguiente:

“1) La resolución 3099 de 19 agosto de 2008 reglamenta los comités técnicos científicos y establece los procedimientos para el análisis y aprobación de insumos, medicamentos y procedimientos fuera del plan obligatorio de salud, que se establece tanto para las EPS como para las IPS. Nueva EPS S.A. Si tiene establecido un proceso para la autorización de los insumos, medicamentos y procedimientos fuera del plan obligatorio de salud el cual anexamos.

2) En relación a la divulgación del proceso CTC desde las oficina de atención al afiliado (OM) Nueva EPS S.A. los asesores de línea de frente están en la obligación y en la capacidad de informar a los afiliados cual es el proceso para la generación de autorizaciones fuera del P.O.S y además se les entrega un folleto que explica claramente el proceso (anexo).

3) Frente a la solicitud de informar el ingreso base de cotización del cotizante el señor José Alirio Salinas Cárdenas Nueva E.P.S se permite informarle que este es de \$515.000 con un porcentaje de aporte de \$64.400 del total de aporte de salud del 12.5%. Así mismo los beneficiarios del cotizante son: Gloria Mercedes Piracón Núñez, Johana Smith Salinas Piracón, Jeimy Katherine Salinas Piracón, Lina Yoreli Salinas Pedraza y Legren Salinas Pedraza.

4) Nueva EPS S.A. Se permite informar que las autorizaciones NO POS puede radicarlas y reclamarlas en cualquiera de las (OM) de Nueva EPS S.A, pero que el despacho de los medicamentos de control y alto costo por política interna de NUEVA EPS S.A se han centralizado para ser despachados en determinadas farmacias de Bogotá.

c) De otro lado es de resaltar que el 6 de agosto de 2010 Nueva EPS S.A. generó la autorización del medicamento NO POS Oxcarbazepina por 300 miligramos por un periodo de tiempo de tres meses y que con ello se demuestra que usted ha accedido a autorizaciones NO POS y que por ende conoce cuál es el proceso CTC, solicitamos de antemano que para las futuras solicitudes de medicamento, radicar con una semana de anterioridad a la terminación del mismo los soportes correspondientes y necesarios para su aprobación por el Comité Técnico Científico de la Nueva EPS.

d) De lo anterior se colige que NUEVA EPS se aviene a los preceptos legales que rigen la prestación del servicio, pero además, conviene efectuar las siguientes consideraciones para reafirmar que el amparo invocado no puede tener acogida favorable.”¹⁸

5.1.2. La Asociación Colombiana de Neurología dando respuesta a la solicitud realizada por este tribunal mediante comunicación del 13 de octubre de 2010¹⁹, informó:

“En cuanto a la epilepsia focal o epilepsia parcial, dijo que

“existen diferentes formas de clasificar las crisis epilépticas, una forma de hacerlo es denominarlas generalizadas o focales (también conocidas como parciales).

En las generalizadas la actividad eléctrica anormal descarga en el cerebro al mismo tiempo en forma simultánea en los dos hemisferios cerebrales.

En las denominadas crisis focales o epilepsia focal las crisis epilépticas son originadas en una parte del cerebro, que pueden ser el lóbulo frontal, temporal, parietal, occipital o en todo un hemisferio cerebral.

Las crisis focales son aproximadamente el 60% de todas las epilepsias.

Hay diferentes etiologías de este grupo de epilepsias. Solo el 5% son causa genética o hereditaria y tienen un inicio en la infancia o la adolescencia.

Las causas del restante 95% de las epilepsias focales incluyen: tumores, infecciones del sistema nervioso central, malformaciones arteriovenosas, angioma cavernoso, metástasis cerebral, trauma, malformaciones del desarrollo de la corteza, evento cerebrovascular isquémico o hemorrágico, entre otras. En aproximadamente un 40% de los casos no se puede identificar una causa de la epilepsia.”²⁰

En lo que se refiere a las consecuencias de dilatar el suministro del tratamiento y medicamento manifestó:

“En aproximadamente un 60-70% de los pacientes se puede lograr un control adecuado de las crisis epilépticas con el empleo de anticonvulsivantes. Se requiere si que el

anticonvulsivante sea el adecuado para cada caso y cada paciente responde en forma individual a uno y otro medicamento. En el caso de pacientes mujeres en edad reproductiva debe tenerse en consideración los efectos potenciales teratogénicos de algunos anticonvulsivantes.

Una de las causas de falla del tratamiento es la falta de empleo de la medicación correcta, la dosis apropiada, la calidad de la medicación, falta en el suministro constante de la medicación por parte de la entidad aseguradora. El empleo del medicamento debe ser el que su médico tratante le indique, pues es el que conoce mejor el caso de su paciente. En muchos pacientes se producen fluctuaciones entre un medicamento y otro por el cambio de la prescripción de su médico tratante por parte de intermediarios en la prestación del servicio de salud, haciendo que el paciente tenga crisis y/o efectos secundarios a la medicación.

La falta de control adecuado de la crisis por no uso de los anticonvulsivantes o de la terapia adecuada genera que el paciente no tenga control de su epilepsia y que las crisis epilépticas se sigan presentando. La persistencia de las crisis epilépticas puede llevar a que el paciente durante la crisis sufra cualquier tipo de trauma por caída, fractura de algún hueso, aplastamiento de cuerpos vertebrales, broncoaspiración, edema pulmonar, falla renal, status epiléptico que pone en riesgo la vida del paciente, hipoxia cerebral y muerte súbita o como consecuencia de alguna de las complicaciones de las crisis.

La persistencia de crisis está también asociada a la posibilidad de desarrollo de otros focos epilépticos, deterioro cognitivo en los casos de crisis frecuentes como en los niños de edad escolar donde se compromete el desarrollo intelectual y académico del paciente afectando la calidad de vida del individuo o en su entorno laboral”

5.1.3. El Ministerio de la Protección Social a través de la Comisión de regulación en Salud CRES respondió que en el Anexo 1 del acuerdo 008 de 2009, existen una serie de medicamentos de carácter anticonvulsivante, entre los cuales se encuentran:

- CARBAMAZEPINA
- FENOBARBITAL
- PRIMIDONA

- FENITOINA O DIFENILHIDANTOINA . ACIDO VALPROICO

- DIAZEPAM

- CLONAZEPAM

“Dada la existencia de varios tipos de epilepsia, existen medicamentos específicos (monoterapia) o incluso con utilización en politerapia que pueden ser utilizados en diversa forma según el cuadro clínico y la clasificación de la epilepsia en cada paciente”.

Adicionalmente, informa que revisaron la base de datos SISMED y que el precio comercial es de:

Precio mínimo

Precio máximo

Precio Promedio

\$36.162,50

\$41.094

\$ 40.291

5.1.4. La Señora Gloria Mercedes Piracón Núñez, no presentó la relación de los ingresos y gastos mensuales de su núcleo familiar.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del veinticinco de agosto de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de la Corte Constitucional.

1. Problema jurídico

Corresponde a esta Corte establecer ¿Si se vulnera el derecho a la salud por parte de la EPS, al imponer barreras administrativas que dilatan la entrega de medicamentos prescritos por el médico tratante?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará lo siguiente: a) El derecho a la salud como derecho fundamental tutelable; b) El acceso a tratamientos y medicamentos; c) La imposición de barreras administrativas y violación del derecho a la salud; y, d) por último se resolverá el caso concreto.

3. Consideraciones generales

3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental tutelable

El derecho a la salud está consagrado en la Constitución Política de 1991 en el capítulo II, que versa sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 49. En un principio la Corte consideraba que el derecho a la salud por estar en el capítulo de los DESC tenía como principal característica el de la conexidad, por lo que no era susceptible de protegerse a través de la acción de tutela, a no ser que se demostrara que al no protegerse este derecho se estaba vulnerando otro derecho fundamental como la vida o la dignidad humana de las personas.

Posteriormente el argumento de la conexidad empezó a ser reevaluado y en el año 2003 en la sentencia T-760 de 2008 la Corte dijo “ (...) que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho²¹. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es

una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.²² La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo”.²³²⁴

La Corte en la sentencia T-760 de 2008 reiteró lo anotado por la sentencia C-811 de 2008 en el sentido de establecer que “la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.” Mas adelante la T-760 de 2007 concluye diciendo que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda que en este momento el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que lo hace exigible de manera directa a través de la acción de tutela.

3.2. El acceso a tratamientos y medicamentos. Reiteración de jurisprudencia

La ley 100 de 1993 que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableció el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados al régimen contributivo - POS-C y al régimen subsidiado - POS-S-; que incluyen los medicamentos y procedimientos por él amparados, es decir, que si el servicio requerido por el usuario se encuentra incluido en el POS, el paciente tiene el derecho al mismo y por lo tanto la EPS no puede negarse a su prestación.

Sobre el particular, la Corte en la sentencia T-760 de 2008 manifestó que negar un medicamento o procedimiento POS, implica la vulneración del derecho fundamental a la salud.

Por otro lado, están los medicamentos y procedimientos que no hacen parte del POS, por lo que las EPS en principio pueden negarse a prestar el servicio sin embargo la jurisprudencia ha indicado que se vulnera el derecho a la vida cuando:

- a. La falta del servicio médico vulnera o amenaza el derecho a la vida y a la integridad personal de quien requiere el servicio;
- b. no haya un servicio incluido dentro del POS que cumpla con la misma función y que tenga

el mismo grado de efectividad que el NO POS;

c. el afiliado no cuente con los recursos económicos suficientes para sufragarse el servicio;

d. el servicio médico requerido haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud.²⁵

En el mismo sentido la Corte expresó en la sentencia T-104 de 2010:

“la Corte Constitucional consideró, desde sus inicios, que si una persona necesitaba un servicio excluido del plan obligatorio de salud, pero carecía de la capacidad económica para asumir su costo, la entidad prestadora de servicios en salud estaba obligada a autorizar el servicio médico requerido, teniendo derecho al reintegro por parte del Estado del costo derivado del servicio no cubierto por el Plan obligatorio. Para fundamentar dicha posibilidad, esta Corporación consideró que la normativa reglamentaria del sistema de seguridad social en salud no podía ser un obstáculo para el goce efectivo de derechos de rango constitucional como la vida, la dignidad y la salud. Así, en aras de salvaguardar el derecho fundamental a la salud de las personas, la Corte consideró admisible la inaplicación de la reglamentación que excluía los servicios requeridos del catálogo de beneficios, permitiendo en consecuencia el acceso a los denominados “servicios no POS””

De lo anterior se observa que las Entidades Promotoras de Salud, EPS, no se encuentran en la obligación de autorizar un medicamento o tratamiento que no esté incluido dentro del POS, siempre y cuando lo hagan en observancia de los parámetros fijados por la Corte, pues este Tribunal en determinadas situaciones, ha evidenciado que las EPS al aplicar las exclusiones y limitaciones previstas en los Planes Obligatorios de Salud, lo hacen atendiendo a criterios diferentes, lo que en algunas ocasiones ha implicado la vulneración de derechos fundamentales.

3.3. Caso Concreto

De acuerdo con lo señalado por la ley y por la jurisprudencia de esta Corte, a los usuarios del Sistema General de Salud les asiste el derecho a acceder a los diferentes tratamientos y medicamentos que están incluidos dentro del POS, lo que implica que las EPS les deben permitir a las personas tener acceso efectivo sin poner limitaciones de ninguna índole.

En lo que se refiere al medicamento FENOBARBITAL, es importante aclarar que se encuentra incluido en el POS, tal como esta Sala lo corroboró revisando la página Web www.pos.gov.co y como lo manifestó la CRES, en su respuesta al auto de pruebas²⁶. Así, el suministro de este medicamento por parte de la EPS debe ser garantizado en forma oportuna sin limitación alguna, en la localidad de residencia del paciente, no obstante, según las políticas de la Nueva EPS, cierto tipo de medicamentos se entregan solamente en algunas de las farmacias de la ciudad de Bogotá.

Frente a los medicamentos y procedimientos que no están incluidos dentro del POS la situación es diferente, pues las entidades promotoras de salud antes de acceder a prestar este tipo de servicios tienen que verificar que se cumplan con los criterios antes mencionados.

Esta Sala encuentra que la NUEVA EPS no realizó un análisis juicioso de dichos criterios al estudiar el caso de la señora Gloria Mercedes Piracón N., pues para la sala resulta evidente que la falta del suministro de los medicamentos prescritos por el Médico Tratante, de acuerdo a lo manifestado por la Asociación Colombiana de Neurología, genera que: “el paciente no tenga control de su epilepsia y que las crisis epilépticas se sigan presentando. La persistencia de las crisis epilépticas puede llevar a que el paciente durante la crisis sufra cualquier tipo de trauma por caída, fractura de algún hueso, aplastamiento de cuerpos vertebrales, bronco aspiración, edema pulmonar, falla renal, status epiléptico que pone en riesgo la vida del paciente, hipoxia cerebral y muerte súbita o como consecuencia de alguna de las complicaciones de las crisis” lo cual pone en riesgo la vida y la integridad personal del paciente.

En cuanto al segundo requisito que es que no haya un servicio incluido dentro del POS que cumpla con la misma función y que tenga el mismo grado de efectividad que el NO POS, esta Sala se acoge al criterio del médico tratante debido a que este es el que tiene un mayor conocimiento de la enfermedad y de todo lo que la epilepsia le ha podido generar a la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez y por lo tanto asume que los medicamentos ordenados por éste, son los mas indicados para tratar a la accionante.

Sobre el tercer parámetro consistente en que el afiliado no cuente con los recursos económicos suficientes para sufragar el servicio o el medicamento, encuentra la Sala que la accionante carece de los recursos económicos en razón de que es ama de casa y no cuenta con ingresos, adicionalmente la EPS informó a este tribunal que es beneficiaria del señor José Alirio Salinas Cárdenas, cuyo ingreso base de cotización corresponde al del salario mínimo, es decir a \$515.000 y que éste tiene 5 beneficiarios, entre los que se encuentra la accionante.

En cuanto al último requisito, relacionado con que el servicio médico requerido haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, encuentra la Sala que no hay evidencia de que la EPS haya manifestado que la prescripción hubiese sido hecha por un médico no adscrito a la misma.

Del estudio de la documentación aportada al expediente sub examine, se visualiza que la Nueva EPS le ha impuesto una serie de obstáculos a la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez para acceder a los medicamentos FENOBARBITAL27 y OXCARBAMAZEPINA como son el acudir de manera recurrente a las dependencias tanto en la localidad de Ubaté, lugar de su residencia, como a la ciudad de Bogotá; realizar la transcripción de las formulas prescritas, por haber sido expedidas por el médico tratante para 180 pastillas y requerirse de 30 pastillas; tramitar las correcciones que deban realizarse a las formulas emitidas por el médico tratante, ante el Comité Técnico Científico, generando la dilación en la entrega de los medicamentos, sin justificación alguna para ello, asignándole a la paciente cargas que deben ser solucionadas por la EPS, dentro de sus tramites administrativos internos.

En cuanto al medicamento OXCARBAMAZEPINA, no incluido dentro del POS; el médico tratante lo prescribió desde el día 14 de abril de 2010 y en la respuesta entregada a la Corte por parte de la entidad accionada, informa que se autorizó su entrega el día 6 de agosto de 2010, por un periodo de tres (3) meses, dándose una dilación injustificada en el suministro del tratamiento prescrito por el médico tratante, en aproximadamente cuatro (4) meses.

3.4. La imposición de barreras administrativas y la violación del derecho a la salud

En desarrollo de la Constitución de 1991, el derecho a la salud regulado en el capítulo que versa sobre los derechos económicos, sociales y culturales, fue considerado jurisprudencialmente en sus inicios como un derecho tutelable por conexidad con un derecho

fundamental como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, para posteriormente ser tratado como un derecho fundamental en los casos en que el tutelante era una persona le especial protección y es a partir de la T - 760 de 2008 que se no queda ninguna duda que la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo²⁸

La sentencia T-246 de 2010 cita la regla jurisprudencial establecida en la sentencia T-760 de 2008, así:

“(…) que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad. Primordialmente, este componente del derecho se desconoce cuando la negación para la autorización de un servicio incluido o no en el POS es justificada por parte de la EPS, debido a la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva constitucional, carecen de razonabilidad puesto que son excesivos, demorados y engorrosos. Si bien puede exigirse llevar a cabo algunas formalidades administrativas, estas no pueden llegar al punto de obstaculizar y amenazar el goce de la vida y la integridad personal de quien requiere el servicio”.

En este orden de ideas, es razonable que para la prestación de algún servicio médico el paciente tenga que cumplir con algunos trámites administrativos, pero lo que resulta inadmisibles es que dichos trámites sean excesivamente demorados y que además le impongan una carga al usuario que no está en condiciones y que no le corresponde asumir, al respecto la Corte ha dicho:

Expresamente, la regulación ha señalado que “(…) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.”³⁰ En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.³¹”³²

La jurisprudencia³³ de esta Corte al analizar las diferentes vulneraciones al derecho a la salud, ha evidenciado que los usuarios se tienen que enfrentar a múltiples trabas administrativas y burocráticas para poder acceder a la prestación del servicio de salud.

Estas barreras atrasan la prestación del servicio, aumentan el sufrimiento de las personas y muchas veces tiene consecuencias graves en la salud de los usuarios, como las siguientes: a) Prolongación del sufrimiento, que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento; b) Complicaciones médicas del estado de Salud, esto se debe a que la persona ha tenido que esperar mucho tiempo para recibir la atención efectiva, lo cual se refleja en el estado de salud debido a que la condición médica empeora; c) Daño permanente, cuando ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y hasta el momento en que recibe la atención efectiva, empeorando el estado de salud y por lo tanto generándole una consecuencia permanente o de largo plazo; d) Discapacidad permanente, se da cuando el tiempo transcurrido es tal entre el momento que el paciente solicita la atención y hasta cuando la recibe, que la persona se vuelve discapacitada; e) Muerte, esta es la peor de las consecuencias, y se puede dar cuando la falta de atención pronta y efectiva se tarda tanto que reduce las posibilidades de sobrevivir o cuando el paciente necesita de manera urgente ser atendido y por alguna circunstancia el servicio es negado.³⁴

Sin duda alguna la imposición de barreras administrativas y burocráticas, que impiden la prestación, pronta, adecuada y efectiva del servicio de salud tiene consecuencias perjudiciales en la salud de las personas y en la medida en que las condiciones del paciente empeoren necesitará una mejor atención o la prestación de servicios de mayor complejidad lo que implicara una erogación económica mayor a la inicialmente requerida de haberse prestado el servicio de manera oportuna y con calidad.

3.5. Caso Concreto.

Como ya se indicó, las Entidades Promotoras de Salud no pueden imponerle a los usuarios el cumplimiento de exagerados trámites administrativos y burocráticos convirtiéndose estos en un obstáculo para el acceso al derecho a la salud.

En el caso objeto de estudio se evidencia que la Nueva EPS le impuso una serie de barreras a la accionante que dilataron la adecuada prestación del servicio de salud, pues la tutelante manifiesta que “fui a la EPS de Ubaté y deje los documentos, me dijeron que viniera a los 15 días, vine a los 20 días y me dijeron que no había papelería en esos días. Me dijeron que dejara otros días o que me dirigiera directamente a Bogotá, yo no trabajo entonces pues no

tengo los recursos para estar yéndome y allá tocaba creo que presentarme a pedir las autorizaciones en el Restrepo y eso no entregan la droga ahí mismo sino en otro lugar, entonces pues por eso se me dificulta estar desplazándome a Bogotá. Eh... volví otra vez aquí a Ubaté y lo único que me dijeron fue que ellos por ahí en dos días me llamaban para darme respuesta. Cuando llame aquí a la EPS de Ubaté hable con la señora Sandra Sánchez y me dijo que los documentos los habían devuelto que porque el formulario de medicamentos estaban mal llenado y que debido a eso no daban el medicamento”³⁵.

Para la Sala resulta evidente que la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez, padece de Epilepsia, que es una enfermedad que requiere un tratamiento especial y preeminente, que la dilación en la prestación adecuada del servicio puede tener diversas consecuencias en la salud de la accionante, tal como lo manifiesta la Asociación Colombiana de Neurología y como se explicó en el acápite anterior, sobre las consecuencias que pueden traer la imposición de barreras administrativas para demorar de manera injustificada la prestación de servicios de salud a las personas.

Aunque la EPS manifestó que ya le fueron entregados los medicamentos a la accionante, esta Corte le hace un llamado a que disminuya sus trámites administrativos y a que no le imponga cargas desproporcionadas a sus usuarios, y en el presente caso le ordenará que a la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez le sea prestado el servicio de salud de manera eficiente y con calidad, dándole aplicación a los principios generales que rigen el Sistema General de Salud.

En conclusión esta Sala al realizar un estudio de los documentos aportados al expediente sub examine, con fundamento en la normatividad que regula el Sistema de Salud y lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, evidencia que la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez por no haber suministrado de manera oportuna los medicamentos FENOBARBITAL y OXCARBAMAZEPINA

No encuentra justificado la Sala, que la Nueva EPS ignore que la Epilepsia por ser una enfermedad de interés en salud pública, requiere de atención oportuna y de seguimiento permanente, de manera que se logre su control y se garantice la reducción de las complicaciones que puedan ser evitadas y que adicionalmente le imponga barreras administrativas y burocráticas que impide el acceso al servicio de salud y que podrían empeorar las condiciones de la salud de la accionante.

Por todo lo anterior esta Sala amparará los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida de la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez y como consecuencia revocará el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté de Cundinamarca de fecha 13 de Julio de 2010, ordenando la prestación integral del servicio de salud, a través de los tratamientos que sean requeridos para el manejo de la epilepsia focal que sufre la paciente.

4. Razón de la decisión.

La Sala considera que en el presente caso la acción de tutela es procedente, debido a que la accionante solicita la protección del derecho fundamental a la salud, que de acuerdo a la evolución jurisprudencial de esta Corte es autónomo y fundamental y que se ha visto vulnerado con la imposición de barreras administrativas y burocráticas por parte de la Nueva EPS, que han dilatado la entrega oportuna de medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud y el no suministro de medicamentos No POS prescritos por el médico tratante, previo el cumplimiento de las condiciones establecidas por esta Corporación para su entrega.

Al analizar el presente caso, ésta Sala reitera que si bien existen trámites administrativos que son necesarios para la prestación del servicio, éstos trámites no pueden ser excesivos, de manera tal, que se conviertan en barreras para el usuario, que le impidan acceder al servicio de salud y que impliquen el traslado de cargas que deben ser asumidas por las EPS, sumado a las condiciones de la patología de la que padece la accionante, que amerita su atención de manera integral.

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 Política,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté de Cundinamarca, del 13 de Julio de 2010, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Gloria Mercedes Piracón Núñez y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y la vida.

SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal de la Nueva EPS para que en lo sucesivo entregue de manera rápida y oportuna los medicamentos POS y NO POS prescritos por el médico tratante en la farmacia de Ubaté.

TERCERO ORDENAR a la Nueva EPS ABSTENERSE de imponer barreras administrativas o trámites burocráticos excesivos a la paciente, que impidan la adecuada y pronta prestación del servicio de salud.

CUARTO. AUTORIZAR a la Nueva EPS para que recobre con cargo al FOSYGA, la diferencia de los procedimientos, tratamientos o medicamentos que no se encuentren incluidos en el POS y que hayan sido prescritos por su médico tratante y suministrados a la Señora Gloria Mercedes Piracón Núñez.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La demanda fue interpuesta el 28 de junio de 2010, ver folios 1 al 8 del cuaderno 1.

2 Afirmación de la accionante, a folio 2 del cuaderno 1 y carné de la Nueva EPS, a folio 7 del

cuaderno 1.

3 Afirmaciones realizadas por la accionante en los hechos de la demanda. Folio 2 del cuaderno 1.

4 Afirmación de la accionante, a folio 2. Registro de consulta externa Folio 5 anverso, del cuaderno 1.

5 Registro de consulta externa Folio 5, fórmula médica folio 6

6 Afirmación de la accionante, en los hechos de la demanda. Folio 2, del cuaderno 1.

7 Afirmación de la accionante en la diligencia de declaración de la accionante ante el juez de tutela realizada el 30 de junio de 2010. Folio 11 del cuaderno 1.

8 Diligencia de declaración de la accionante ante el juez de tutela realizada el 30 de junio de 2010. Folio 11,

9 Ver folios del 13 al 18 del cuaderno 1.

10 Resolución derogada por la Resolución 548 del 2 de febrero de 2010.

11 Sentencias T-187/09, T - 900/00 y la T - 240/03

12 Decreto 806 de 1998 Artículo 10.- Exclusiones y limitaciones. Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.

13 SU-480/97 y SU-819/99

14 Folios 19 al 25 del cuaderno 1.

15 Folios 24 y 25 cuaderno 2.

16 Cuaderno principal, Folios 10 y 11

17 Cuaderno principal, Folio 18.

18 Cuaderno principal, Folios del 19 al 27

19 Cuaderno principal, Folios 46 y 47

21 En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

22 Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el

acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

23 Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

24 T-760 de 2008

25 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007, T-1079 de 2007 y T - 574 de 2010.

26 Cuaderno principal, Folios 83 y 84

27 Este medicamento esta incluido dentro del POS según la página web. www.pos.gov.co

28 T-760 de 2008 “Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles”.

29 Corte Constitucional, sentencia T-635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quien padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

31 En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

32 T-760 de 2008

33 La sentencia T-760 de 2008 realiza un recuento en el que expone las diferentes barreras que han tenido que afrontar las personas para poder acceder al sistema de salud entre las cuales esta el pago de cuotas moderadoras y los pagos compartidos, la incertidumbre con relación a los contenidos del plan obligatorio de servicios de salud, fallas en la regulación. La Defensoría del Pueblo al realizar un estudio sobre el derecho a la salud también evidencio múltiples factores que le dificultan a los usuarios acceder al sistema de salud.

34 Abadía Cesar Ernesto y Oviedo Diana G. "ITINERARIOS BUROCRATICOS EN COLOMBIA. UNA HERRAMIENTA TEÓRICA Y METODOLÓGICA PARA EVALUAR LOS SISTEMAS DE SALUD BASADOS EN LA ATENCIÓN GERENCIADA"

35 Afirmación realizada en el folio 11 y hay otras afirmaciones en el mismo sentido en el folio

2