

Sentencia T-121/07

DERECHO A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Tratamiento integral a persona de la tercera edad con cáncer de mama

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-Suministro de servicios contenidos en el POS

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusiones y limitaciones

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

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por cuanto se han suministrado los medicamentos para el cáncer de mama a persona de la tercera edad

Referencia: expediente T-1455423

Peticionario: Rita Camila Velásquez López.

Accionado: CAFESALUD EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali – Valle, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Rita Camila Velásquez López contra CAFESALUD EPS.

I. ANTECEDENTES

A. SOLICITUD

La señora Rita Camila Velásquez López interpuso acción de tutela contra CAFESALUD EPS de CALI el 9 de agosto de 2006, solicitando:

1. “La protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la dignidad, la igualdad, la vida y conexos a ella, la salud y la seguridad social, que están siendo amenazados al negarme CAFESALUD EPS de CALI, sin explicación, el suministro de los medicamentos bondronat – ácido ibandrónico 50 mg (tab) y ácido ibandrónico soliny 6 mg/6ml (ampolla) formulados por el médico tratante, afectando así mi salud y arriesgando con ello de manera permanente y en forma grave mi vida y se condene a CAFESALUD EPS de CALI para que deje sin efecto esta negativa y con ello ampara mis derechos fundamentales enunciados y demás conexos.

2. Se condene a CAFESALUD EPS de CALI para que en el futuro autorice sin demoras y sin necesidad de tutelas todos los medicamentos y procedimientos que se requieren para mi salud”.

La petición se fundamentó en los siguientes:

B. HECHOS

1. La señora Rita Camila Velásquez López tiene setenta y dos (72) años de edad y le fue pronosticado cáncer de mama desde hace aproximadamente 9 años.

1. Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en el Régimen Contributivo a través de CAFESALUD EPS desde el primero (1) de agosto de 1997, según consta en el carné de afiliación.

1. Aduce que debido a la enfermedad que padece se ha sometido a diversos tratamientos y procedimientos médicos, por parte de su EPS, entre ellos una mastectomía y que para efectos de su recuperación requiere, con carácter URGENTE los medicamentos bondronat - ácido ibandronico 50 mg (tab) y ácido ibandronico soliny 6 mg/6 ml (ampolla).

1. Afirma que los medicamentos prescritos fueron formulados por su médico tratante, el Dr. Ricardo Gesund, desde hace cerca de un año y que desde el mes de julio de 2006 se le informó verbalmente por parte de funcionarios de la EPS CAFESALUD que las medicinas no se le suministrarían más, motivo por el cual asegura se encuentra en peligro su vida.

1. Finalmente declara que los medicamentos que requiere son de muy alto costo, lo que le impide su adquisición en razón de su limitada capacidad económica.

C. Actuaciones procesales

Mediante auto del 11 de agosto de 2006, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali admitió la demanda interpuesta y dio traslado a la empresa accionada.

D. Traslado y contestación de la demanda.

La señora Carolina Acevedo García, apoderada judicial de CAFESALUD EPS, intervino en el proceso para contestar las acusaciones de la demanda en memorial radicado en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali el 18 agosto de 2006.

La apoderada de la entidad accionada sostiene que la señora Rita Camila Velásquez López, identificada con cédula de ciudadanía 24264147, “se encuentra afiliada a su entidad en calidad de cotizante dependiente desde el 8/1/1997, esta al día en pagos y cuenta con 446 semanas de cotización al sistema”.

Expone que la tutelante es paciente con cuadro de cáncer de mama, que recibe atención por oncología y que solicita medicamento NO POS para el manejo de la hipercalcemia maligna.

En forma general, enuncia que “los medicamentos ácido ibandronico amp x 6mg # 1, ácido

ibandronico tab. X 50mg #30 tienen el mismo efecto del ÁCIDO ZOLEDRÓNICO, medicamento que se encuentra dentro del POS". (Sic). La entidad considera que "el no suministro del medicamento se debe a que el médico tratante no justificó en su formato de solicitud de la medicina la razón por la que la paciente no puede usar el medicamento que esta en el POS, a pesar de tener el mismo efecto". (Sic).

CAFESALUD EPS, anexa a la contestación de la demanda, "acuerdo del ministerio de protección social donde se aprueba el uso del ácido zoledrónico en el POS y literatura sobre el medicamento ácido IBANDRÓNICO donde en sus propiedades se especifica que tiene el mismo efecto del ácido zoledrónico". (Sic)

La EPS hace referencia también a las reglas jurisprudenciales para el cubrimiento de servicio y medicamentos NO POS y aduce que en el caso concreto la acción es improcedente porque busca la protección económica de tales medicamentos.

Solicita la apoderada de la entidad accionada al juez de tutela que, en caso de conceder el amparo se ordene el suministro del medicamento en presentación genérica o denominación común internacional conforme a la ley, la reglamentación del INVIMA y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y así mismo el recobro al FOSYGA.

Finalmente pide al juez de tutela ordene la improcedencia de la acción por no presentarse violación alguna a un derecho fundamental.

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

A. Pruebas aportadas.

1. Copia del carné de afiliación a CAFESALUD EPS a nombre de la señora Rita Camila Velásquez López. (Folio 1).

1. Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, ácido ibandronico soliny 6mg/6ml (ampolla) No. 3881097 de agosto 26 de 2007. (Folio 2).

1. Copia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, bondronat ácido ibandronico 50mg (tableta), No. 3882069 de agosto 26 de 2007 . (Folio 3).

B. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

Ante la falta de claridad respecto del suministro de medicamentos por parte de CAFESALUD EPS -Seccional Cali- a la señora Rita Camila Velásquez López, esta Sala mediante auto del 24 de noviembre de 2006, ordenó la práctica de algunas pruebas tendientes a identificar el estado de la atención en salud prestada a la accionante.

En el auto que se profirió se solicitó a CAFESALUD EPS que “remitiera a esta Sala copia de la historia clínica de la señora Rita Camila Velásquez López e, informara sobre el suministro de los medicamentos BONDRONAT – ÁCIDO IBANDRÓNICO 50 MG (TAB) Y ÁCIDO IBANDRÓNICO SOLINY 6 MG/6 ML (AMPOLLA) a la usuaria y sí a la misma se le ordenaron otros, tratamientos, procedimientos o servicios médicos que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud y que no pueden ser sustituidos por otros de los contemplados en el POS y si pudiendo sustituirse, el o los sustitutos no pueden generar el mismo nivel de efectividad que el o los excluidos del plan”.

La misma solicitud se hizo a la accionante.

La siguiente es la respuesta de la EPS:

Carolina Acevedo, apoderada judicial de CAFESALUD EPS -Seccional Cali-en respuesta al auto de pruebas allegó a esta Corporación el dos (2) de febrero de 2006 escrito al que adjunta copia de la historia clínica, en la que se evidencia que la tutelante padece de cáncer de mama desde hace aproximadamente 9 años.

Asegura la EPS que la paciente Rita Camila Velásquez López “esta recibiendo manejo con ácido ibandronico ampolla de 6 mg, la cual ha sido entregada por la EPS y que se le ha ordenado adicionalmente el medicamento anastrozol el cual tiene efecto antiestrogénico

como tratamiento para Ca de mama, y en el pos se encuentra el medicamento tamoxifeno que cumple iguales funciones”. (Sic).

En los anexos CAFESALUD EPS envía copia de las actas de entrega de medicamentos dentro de los que se encuentran: anastrozol con constancia del 4 de septiembre y el 24 de octubre de 2006 y, ácido ibandrónico 6mg con constancia del 10 de septiembre y del 10 de octubre de 2006.

Igualmente reposa en los documentos adjuntos carta que se expidió el 7 de junio de 2006 por la misma EPS en la que se informó a la señora Velásquez López que se “determinó negar la solicitud de medicamentos NO POS ácido ibandrónico X 6mg/ml (AMP)”.

I. DECISIÓN JUDICIAL.

A. Única Instancia. Sentencia proferida por el Juez Cuarto Civil Municipal de Cali – Valle.

El Juez Cuarto Civil Municipal de Cali, mediante providencia del 23 de agosto de 2006, niega el amparo de tutela y manifiesta que no se presentó vulneración de los derechos fundamentales de la señora Rita Camila Velásquez López puesto que el medicamento que se solicitó: bondronat – ácido ibandrónico 50 Mg. (Tableta) y ácido ibandrónico soliny 6 Mg. (Ampolla) puede ser sustituido por otro de igual efectividad y que se encuentra dentro del POS, como es el ácido zoledrónico, aprobado por el Ministerio de Protección Social.

Afirma el a quo que “se observa que la entidad accionada ha obrado conforme a normas legales al proceder a la entrega del medicamento POS para el tratamiento que requiere la señora Rita Camila Velásquez López, y si considera que dicha droga no le produce el resultado esperado deberá agotar el procedimiento administrativo para que el médico tratante determine y justifique ante la entidad que se le debe autorizar el comercial y, si así fuere, deberá entregársele con el respectivo recobro al Fosyga”.

La decisión judicial no fue impugnada.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali - Valle.

B. Fundamentos jurídicos

1. Problema Jurídico que plantea la demanda.

De los hechos expuestos en la acción de tutela se concluye que la señora Rita Camila Velásquez López se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo a CAFESALUD EPS -Seccional Cali- que padece cáncer de mama y requiere para su tratamiento de los medicamentos bondronat - ácido ibandrónico 50 mg. (tab) y ácido ibandrónico soliny 6 mg, que le formuló su médico tratante adscrito a la entidad y los cuales le negó la EPS, con el argumento de que pueden remplazarse por otros incluidos en el POS.

Igualmente se concluye, de la observación de la historia clínica, que la tutelante sufre de una enfermedad de alto riesgo desde hace aproximadamente 9 años, lo que significa que requiere de un tratamiento permanente e integral que le garantice sus derechos fundamentales.

En consecuencia, corresponde a esta Sala de Revisión de Tutelas identificar: (i) si CAFESALUD EPS -Seccional Cali- vulneró los derechos de la accionante al negarle la entrega de los medicamentos bondronat - ácido ibandrónico 50 mg. (tabletas) y ácido ibandrónico soliny 6 mg que le ordenó el médico tratante adscrito a la entidad y, (ii) si en el presente caso en razón de la enfermedad que presenta la tutelante es posible demandar la prestación de tratamiento integral para la misma.

1. Hecho Superado. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sostiene desde sus primeros pronunciamientos que el objeto de la acción de tutela, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, consiste en garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

En efecto, el juez de tutela tiene la obligación de salvaguardar la Constitución y en el mismo sentido de velar por el amparo de los derechos que ésta consagra; sin embargo, en aquellos casos en los que cesa la vulneración o amenaza del derecho fundamental que se pretende proteger por la vía de la acción de tutela, esta Corporación sostiene que se configura el fenómeno del hecho superado, puesto que no persiste la trasgresión del bien jurídico que se pretendía amparar y en consecuencia desaparecen las situaciones fácticas que originaron la vulneración.

Al respecto esta Corporación sostiene que:

“(...) la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde su eficacia y su razón de ser (...)”¹.

Así, en aquellos procesos en los que el juez de tutela encuentre que pierde sentido su intervención en el caso concreto, porque desaparecieron los supuestos fácticos que dieron origen a la presentación de la acción es del todo inoperante proferir una orden judicial al respecto con la pretensión de salvaguardar derechos fundamentales².

No obstante, en los casos en los que se encuentre un yerro en las decisiones de instancia porque se apartan de los fundamentos constitucionales, pese a admitir la existencia del hecho superado, el juez de tutela debe revocarlos y en su lugar ordenar la protección de los derechos fundamentales que se incoaron en la acción.

Así, la Sentencia T-271 de 20013 la Corte revocó los fallos de instancia pese a existir en el

caso un hecho superado con fundamento en los siguientes argumentos:

“(…) La Sala no comparte la argumentación hecha por el juez de instancia para denegar la tutela solicitada por la señora Ana Hermencia Solano Jiménez, y procederá a revocar el fallo objeto de revisión. No confirma el fallo porque la tutela ha debido ser concedida.

En estos casos, la técnica empleada es que la decisión de instancia es confirmada, por las razones expuestas por la Corte⁴. Pero confirmar un fallo contrario a la Carta no es lo procedente. Por eso, la técnica que se empleará en la parte resolutive será la de revocar y declarar la carencia de objeto (…).”

Así, es claro que la Corte no debe confirmar fallos que se separan de los fundamentos constitucionales y en los que se profiere una sentencia contraria a la protección de los derechos constitucionales de las personas, a pesar de la existencia de un hecho superado.

1. Derecho a la Salud de los sujetos de especial protección.

La Constitución Política de Colombia de 1991 amplió el marco de protección de aquellas personas que en razón de sus especiales condiciones físicas, mentales o económicas requieren de garantías que les permitan vivir dignamente.

El inciso primero del artículo 46 de la Carta Constitucional establece que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

En consecuencia, es una obligación del Estado estructurar y ejecutar una política pública que garantice el acceso a diversos servicios para las personas de la tercera edad, como los de educación, cultura, recreación, turismo y, fundamentalmente, el acceso a la seguridad social.

Así, es necesario priorizar los derechos fundamentales de aquellas personas que por sus condiciones de longevidad necesitan de una mayor atención y cuidado en su salud física y mental, sobre todo en los casos en los que se presenta alguna enfermedad de carácter catastrófico que pone en alto riesgo la vida de la persona de la tercera edad.

El Estado Social de Derecho, al ampliar los beneficios sociales de los habitantes del territorio introdujo un trato preferencial para las personas que por su edad requieren de una atención integral y de tratamientos en materia de salud que deben ser permanentes y continuos. Esto obliga a considerar un lugar privilegiado para los adultos mayores e igualmente un deber para las EPS de prestar servicios que se dirijan a la rehabilitación y recuperación total de las personas que se encuentre incluidas en este sector de la población.

Las entidades que prestan servicios de salud y el Estado deben así garantizar la prestación de los mismos y propender hacia la recuperación de las personas de la tercera edad y especialmente, dentro de tal sector, de la población de aquellos sujetos que por su riesgosa situación de salud necesiten de servicios, medicamentos o procedimientos para desarrollar una vida digna.

La jurisprudencia sostiene, al respecto, que el derecho a la salud debe garantizarse en forma plena a los adultos mayores, ya que para dicho sector de la sociedad se eleva a la categoría de fundamental⁵. Así, en la Sentencia T-1081 de 2001 esta Corporación tuteló los derechos de una persona de la tercera edad a quien su EPS le negó el reconocimiento de un lente intraocular que requería para ser implantado en una cirugía de cataratas; la Corte Constitucional amparó los derechos del actor y ordenó a la entidad prestadora del servicio la entrega de los medicamentos requeridos para el procedimiento quirúrgico y con ello amparó los derechos del sujeto de especial protección.

1. Obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud (EPS) de prestar los servicios que se encuentran contenidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y de los tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del mismo en los casos en que se cumplen los requisitos definidos por la jurisprudencia.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen como servicios públicos a cargo del Estado la seguridad social y la atención en salud por medio de los cuales se materializan los derechos contenidos en la Carta fundamental.

Así, en el ordenamiento jurídico existen disposiciones que definen los beneficios de los que gozan los habitantes del territorio colombiano afiliados al sistema general de seguridad social

en salud y los servicios que están obligadas a prestar tanto las entidades públicas como privadas prestadoras de los mismos en materia de salud.

El Plan Obligatorio de Salud es así la directriz que define los servicios, procedimientos, tratamientos y medicamentos a los que tienen derecho los afiliados del sistema. Es⁶ “el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

La prestación de servicios a los que tienen derecho los afiliados del régimen contributivo están contenidos en el POS, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y los beneficios que allí se contienen deben prestarse por las EPS en forma obligatoria, sin que existan justificaciones para la negación de los mismos, pues de omitirse dicha responsabilidad se estaría ante un incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de la entidad promotora de salud⁷.

Sin embargo, existen excepciones a los límites y exclusiones en la prestación de servicios definidos en el Plan pues en algunos casos y para salvaguardar los derechos a la salud y la vida digna de las personas se hace necesario inaplicar disposiciones legales referentes a los beneficios a los que tienen derecho los afiliados al sistema y en efecto brindar la atención que se requiera por parte de los usuarios, aún en el caso de que el servicio no figure dentro del POS.

Al respecto la jurisprudencia de esta Corte sostiene que la EPS debe prestar todos los servicios que requiera el afiliado, así estén excluidos del POS, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos⁸:

“a. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁹, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;

b. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;

d. Y, finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”.

El cubrimiento del tratamiento para los afiliados que cumplan con las condiciones descritas implica necesariamente que se acojan los principios sobre los cuales se cimienta el sistema de seguridad social y específicamente el principio de integralidad¹⁰ en la prestación de los servicios de salud.

La ley 100 de 1993, en su artículo 2, define el régimen de seguridad social en salud como “(...) la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley”.

Igualmente, los artículos 153, numeral 3, artículo 162, el preámbulo de la misma ley y el artículo 4° numeral 4 del Decreto 1938 de 1994, establecen directrices sobre el principio de integralidad. El primero define el principio al indicar que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud”¹¹.

La atención que se presta a los afiliados del sistema debe encaminarse a rehabilitar las condiciones físicas y mentales de los usuarios que finalmente logren recuperar plena y óptimamente la salud física de los pacientes, más aún cuando se trate de sujetos de especial protección.

Al respecto sostiene la Corte¹²:

“(...) En esa medida, el tratamiento médico que se le brinde a los usuarios del servicio de salud no puede limitarse a la atención de urgencias, o al diagnóstico de un médico tratante

sin que este se complemente con el suministro de los medicamentos que integran el tratamiento y la realización de terapias de rehabilitación requeridas para una plena u óptima recuperación. (...)”.

El sistema general de seguridad social salud y las entidades que lo componen deben asegurar a los usuarios tratamientos que impliquen su recuperación total y rehabilitación. Así, en caso de enfermedades catastróficas y de alto riesgo las EPS tienen a cargo una función de protección y salvaguarda de los derechos fundamentales y para ello están en la obligación de prestar los servicios que se dirijan a la restauración y restitución de las condiciones físicas de los afiliados y beneficiarios en observancia del principio de integralidad, supuesto que es del todo relevante en los casos de sujetos de especial protección y concretamente de personas de la tercera edad.

C. CASO CONCRETO.

De la acción de tutela sub examine se hace evidente que la señora Rita Camila Velásquez López demanda la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, la vida, la salud y la seguridad social como afiliada al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo a través de CAFESALUD EPS.

Solicita la accionante que CAFESALUD EPS le suministre los medicamentos (bondronat - ácido ibandronico 50mg -tab- y ácido ibandronico soliny 6mg/6ml -ampolla-) que requiere para el tratamiento del cáncer de mama que la aqueja y que le fueron negados por la EPS por encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Analizado el contenido de la acción de tutela, la contestación de la entidad accionada y las pruebas aportadas al proceso esta Sala de Revisión de Tutelas entra a analizar el caso concreto.

De las pruebas obrantes en el expediente se concluye que la tutelante padece de una enfermedad catastrófica y que se encuentra en delicado estado de salud razón por la que se ha sometido a diversos tratamientos médicos, entre ellos una mastectomía y diferentes quimioterapias con medicamentos de alto costo, desde hace aproximadamente 9 años.

Además, se evidencia que desde hace más de un (1) año su médico tratante, adscrito a la

EPS, el Dr. Ricardo Gesund, le formuló como tratamiento urgente para su enfermedad los medicamentos bondronat – ácido ibandronico 50mg -tab- y ácido ibandronico soliny 6mg/6ml -ampolla y que pese a que se le suministraron por algunos meses, la entrega le fue suspendida sin motivación alguna y sin tener en cuenta su estado delicado de salud como consecuencia de la enfermedad crítica que sufre.

En efecto, en la contestación de la acción de tutela (Folios 24 – 38) Carolina Acevedo en su condición de apoderada judicial de CAFESALUD EPS -Seccional Cali-sostuvo que la tutelante como consecuencia del “cáncer de mama que se le diagnosticó es manejada por oncología y que solicita medicamento NO POS para tratar la hiperglicemia maligna. (...) Aduce que el medicamento prescrito tiene la misma acción del ácido zoledrónico que se encuentra contenido en el POS (...) que fue llevado a estudio por el Ministerio de Protección Social. (...) Afirma que por tal motivo no fue autorizado el medicamento ácido ibándronico ya que el médico tratante no justificó el por que la afiliada no puede usar el medicamento que esta en el POS y tiene el mismo efecto”.

Con fundamento en la referida respuesta de CAFESALUD EPS, el juez de instancia negó la protección de los derechos de la tutelante y argumentó que la entidad obró conforme a las normas legales, bajo el argumento de que la droga que se formuló era sustituible por otra de igual efectividad.

Ciertamente, las normas que reglamentan los beneficios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no contemplaban, para la fecha de presentación de la tutela, el ácido ibandronico como medicamento que debía suministrar la entidad prestadora del servicio.

Sin embargo, si se revisan las normas que reglamentan el POS y que definen los servicios que tienen la obligación de prestar las EPS, se advierte que el Acuerdo 0336 de 2006 proferido el diecinueve (19) de mayo de 2006 por el Ministerio de Protección Social, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en su artículo cuarto incluyó en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado el medicamento ácido ibandronico inyectable 6mgrs para el tratamiento de hipercalcemia secundaria a Cáncer, siempre que sea prescrito exclusivamente por oncólogos y de conformidad con la guía para la prescripción de bifosfonatos elaborada por el Instituto Nacional de Cancerología y adoptada por el Ministerio de la Protección Social.

El Acuerdo referido fue publicado en el Diario Oficial No. 46364 del 18 de agosto de 2006 lo que significa que entró a regir desde dicha fecha, novedad que no tuvo en cuenta el juez de instancia al proferir el fallo el veintitrés (23) de agosto de 2006.

Así, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali argumentó en la sentencia que el medicamento ácido ibandrónico era sustituible por el ácido zoledrónico sin tener en cuenta la nueva reglamentación expedida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que actualizó parcialmente el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud e incluyó otras prestaciones en los Planes de Beneficios de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Lo anterior indica que el a quo no se percató de la disposición que se introdujo en el sistema normativo pues de haberlo hecho el fallo habría amparado los derechos fundamentales de la tutelante.

De lo expuesto, se deduce que CAFESALUD EPS tiene la obligación de entregar a la señora Rita Camila Velásquez López el medicamento ácido ibandrónico soliny 6 mg/6ml (ampolla) sin que sea posible sustituirlo por otro debido a que éste se encuentra incluido en el POS.

De la revisión de la historia clínica de la paciente se concluye que el suministro del ácido ibandrónico debe responder a las órdenes impartidas por el médico tratante de la señora Velásquez López con el objeto de que se le suministre a ésta el tratamiento adecuado¹³.

Se colige de lo anterior que en el caso concreto se presenta el fenómeno del hecho superado solamente respecto de la entrega del medicamento ácido ibandrónico, ya que obra prueba de la entrega del mismo en el expediente en cumplimiento de la orden que expidió el médico tratante.

Sin embargo, encuentra esta Sala que el medicamento se formuló el día treinta y uno (31) de mayo de 2006 por el Dr. Ricardo Gesund, médico adscrito a la entidad, y que solo se entregó hasta el dieciocho (18) de septiembre de 2006, pese a que el Acuerdo que amplió los servicios contenidos en el POS entró a regir el dieciocho (18) de agosto del mismo año, lo que da cuenta de una dilación en la entrega del medicamento y de una vulneración de los derechos de la accionante.

Por lo expuesto esta Sala considera importante llamar la atención de la EPS en lo que concierne al suministro de los medicamentos que se encuentren contenidos en el POS y que

sean prescritos a la accionante por el médico tratante pues, es obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud estar atentas a los cambios que se introduzcan por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud al respecto y así mismo de las actualizaciones que éste mismo realice con el objeto de amparar los derechos de los afiliados del sistema

Hecha tal claridad se reitera la posición de la Corte en cuanto a que en aquellos eventos en los cuales la pretensión de tutela fue satisfecha, la acción pierde eficacia e inmediatez. No obstante, respecto al fallo de instancia, es claro que se incurrió en un yerro al negar la prestación de un medicamento que se encuentra incluido en el POS, lo que conduce a esta Sala a utilizar la técnica jurídica en la que pese a existir el hecho superado se revocará el fallo de instancia proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali pues este debió amparar los derechos de la tutelante, motivo por el que no es jurídicamente aceptable que se confirme un fallo de instancia que es contrario a los fundamentos constitucionales.

En consecuencia, se decidirá revocar la sentencia proferida por el Juez Cuarto Civil Municipal de Cali y declarar que la tutelante tiene derecho a que se le suministre el ácido ibandronico en presentación de ampolla de 6 MG, de acuerdo con la fórmula del médico tratante adscrito a la entidad y en cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles a CAFESALUD EPS.

Por otra parte, es relevante analizar la protección reforzada a la que tiene derecho la señora Rita Camila Velásquez López como persona de la tercera edad. En efecto, si se revisan los hechos que dieron origen a la acción de tutela, se encuentra que ésta tiene 72 años de edad y que la aqueja una enfermedad de alto riesgo como es el cáncer de mama.

Bajo los supuestos referidos es indiscutible que la accionante tiene derecho a una protección del derecho a la salud reforzada debido al grado de vulnerabilidad que debe afrontar con ocasión de su edad y el cáncer que padece, aspecto que debe tener en cuenta la EPS al momento de prestar los servicios.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto mediante auto del 24 de Noviembre de 2006.

SEGUNDO. - REVOCAR el fallo proferido por el Juez Cuarto Civil Municipal de Cali, mediante providencia del 23 de agosto de 2006, el cual negó el amparo de tutela al considerar que el medicamento demandado puede sustituirse por uno que se encuentra contenido en el POS, por los motivos expuestos en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO.- CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, la vida y la seguridad social de la señora Rita Camila Velásquez López y ORDENAR a CAFESALUD EPS continúe suministrando el medicamento ácido ibandrónico y los demás que se prescriban a la señora Rita Camila Velásquez López de acuerdo con lo prescrito por su médico tratante, adscrito a la entidad.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Sentencia T-495 de 2001 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

2 En la Sentencia T - 961 de 2005, M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró la existencia del hecho superado por que durante el proceso de la acción de tutela la EPS accionada prestó a la menor de edad la atención médica que requería y demandaba por intermedio de su padre como agente oficioso.

3 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

4 En relación con la existencia de sustracción de materia en fallos de tutela pueden consultarse las sentencias T-818 y T-1051 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-013 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa entre otras.

5 Ver entre otras las Sentencias: T-747 de 2003, T-1126 de 2005 M. P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. T-1228/05 M.P.:Dr. Jaime Araújo Rentería.

6 Decreto 806 de 1998. Artículo 2.

7 En la sentencia T-329 de 2006. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño, esta Corporación ordenó el traslado del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud debido a que la EPS accionada negó la prestación de un servicio que se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, incumpliendo así con las obligaciones legales a su cargo.

9 Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Ver sentencias: T- 122 de 2001. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo de tutela la Corte Constitucional ordena a COOMEVA EPS. A prestar los servicios de salud en forma integral a la accionante por padecer ésta cáncer de mama y necesitar en consecuencia medicamentos y tratamientos que se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud. T-133 de 2001. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo de tutela se ordenó a CAJANAL realizar todos los tratamientos, terapias, medicamentos y brindar la atención necesaria para el transplante de pulmón que requería la tutelante debido al enfisema que presentaba, con

fundamento en el principio de integralidad del sistema de seguridad social en salud.

11 Artículo 156, literal c de la ley 100 de 1993.

12 Sentencia T-111 de 2003. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 En las hojas de evolución de los días veintinueve (29) de agosto (Folio 31. Cuaderno Corte Constitucional) y diecinueve (19) de septiembre de 2006 (Folio 30. Cuaderno Corte Constitucional), que reposan en la historia clínica aparece prescrito por la médica Angela Zambrano H. el ácido ibándronico.