

T-125-98

Sentencia T-049/98

Sentencia T-125/98

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD PRIVADA-Prestación del servicio según delegación estatal

Ha dicho la Corte cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. Ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale. En extensa argumentación, indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud. Cuando está de por medio la vida, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado. Queda claro que en determinadas circunstancias se debe entregar medicina al paciente, aunque aquella no figure en el listado oficial.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuran en lista

Referencia: Expediente T-150893

Solicitante: Rosa Franco de Betancur

Procedencia: Juzgado 1° Penal del Circuito de Medellín

Tema : Nuevo Acuerdo sobre manual de medicamentos

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por ROSA ANGELICA FRANCO DE BENTANCUR contra UNIMEC E.P.S.

ANTECEDENTES :

Considera la solicitante que a se le ha vulnerado el derecho a la salud y a la vida por cuanto UNIMEC EPS S.A., se ha negado a suministrarle la droga "megace", recetada por el médico tratante para el tratamiento del cáncer de mama en el seno izquierdo, omisión que produciría un deterioro en el organismo de dicha mujer, ya que la droga recetada es indispensable, pues hay que tomarla diariamente.

La peticionaria tiene sesenta años y es beneficiaria de la E.P.S. desde el 30 de noviembre de 1995, ya que su esposo Ovidio Betancur (jubilado) está afiliado a UNIMEC.

UNIMEC informó a la paciente que el no cubrimiento de "megace" se debía a que el medicamento no está contemplado en el Manual de Medicamentos y Terapéutica, listado oficial dentro del POS.

DECISIONES DE INSTANCIA :

El fallo de primera instancia fue dictado por la Juez 1° Penal del Circuito de Medellín el 23 de septiembre de 1997 concediendo la tutela.

La sentencia de segunda instancia revocó lo decidido por el el a-quo, fallo del 11 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Consideró el ad-quem que el medicamento recetado está dentro de las exclusiones luego la E. P. S. se ajustó a los postulados contractuales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación .

B. TEMAS JURIDICOS

En reciente providencia, la SU-480/97 se unificó y desarrolló la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre aspectos relacionados con la salud se reseñará, en lo que tenga que ver con el fallo que se revisa, lo ya determinado por la Corte Constitucional :

1. ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD

Se dijo en la sentencia SU-480/97 que dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Ley 100 de 1993 permite la existencia de las Entidades Promotoras de Salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

“Artículo 177. Ley 100. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.”

Y el artículo 179 establece:

“Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

PARAGRAFO. Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”

Indica la SU-480/97:

“Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994). Y el mismo decreto en su artículo 3º, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS”.

2. ENFERMEDADES CATASTROFICAS

Con relativa frecuencia se acude a las EPS para la curación de unas enfermedades calificadas como ruinosas o catastróficas.

La Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud ordena:

“Artículo 17. Tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas. Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de

enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.”

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.
- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

PARAGRAFO. Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello”. (subraya fuera del texto).

Artículo 117. De la misma Resolución 5261 de 1994. Patologías de tipo catastrófico. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

-Transporte renal

-Diálisis

- Neurocirugía, sistema nervioso
- Cirugía cardíaca
- Reemplazos articulares
- Manejo del gran quemado
- Manejo del trauma mayor
- Manejo de pacientes infectados por VIH
- Quimioterapia y radioterapia para el cáncer
- Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos
- Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas"

3. PELIGRO INMINENTE

Otro aspecto esbozado anteriormente y que no es contradictorio al de las semanas cotizadas. Ha dicho la Corte cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. La Corte ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud. Cuando está de por medio la vida, dijo expresamente la sentencia T-224 de 5 de mayo de 1997, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a los medicamentos, expresamente se dijo en la SU-480/97:

“Los medicamentos señalados por el médico tratante, deben ser los esenciales, con presentación genérica a menos que solo existan los de marca registrada. (artículo 23 del decreto 1938/94).

A lo anterior hay que agregar, por venir al caso en las acciones que motivan este fallo, otra norma de la ley 23 sobre la exigencia de no privar de asistencia al enfermo “incurable”:

“artículo 17.- La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Una de las etapas en el tratamiento es la de recetar medicamentos, la citada ley indica:

“artículo 33.- Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

Además, este aspecto lo desarrolla la Resolución del Ministerio de Salud 5261 de 1994 que contempla el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del P.O.S.; artículo 13, “formulación y despacho de medicamentos,” donde, entre otras cosas, se indica que “La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica”.

Todas esas reglas se recogen en el decreto 1938 de 1994. Precisamente el artículo 23, parágrafo 4º de ese decreto, se refiere a la prescripción de medicamentos, y allí se dice que debe hacerse por escrito, por el personal de salud debidamente autorizado, lo cual excluye la entrega de remedios por auto-medicación, y sólo se permite que quien recete sea “personal profesional autorizado para su prescripción.”

Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en listado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994.

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente”.

Posición que ya aparecía en el fallo T-271/95:

“La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que

conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

L a SU-480/97 redondeó el tema así:

“Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento

cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.

En la T-125/97 reiterándose jurisprudencia, se consideró que la negativa a entregar medicamentos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario, desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado para que tal entidad encargada de la prestación del servicio le de el contenido del derecho que además tiene esta característica”.

Queda claro que en determinadas circunstancias se debe entregar medicina al paciente, aunque aquella no figure en el listado oficial.

4. PUEDEN LAS EPS REPETIR CONTRA EL ESTADO POR ESOS MEDICAMENTOS QUE NO FIGURAN EN LISTADO?

Dice el Artículo 38 del Decreto 1938 de 1994:

“Del aseguramiento para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas: para garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo, definidas como catastróficas o ruinosas en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, deberá establecer algún mecanismo de aseguramiento.

Parágrafo1º. Se clasifican como tratamiento para enfermedades catastróficas de alto costo en su manejo las que se señalan expresamente a continuación. El Ministerio de Salud podrá ampliar o reducir este listado.

- a. Tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer;
- b. Trasplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica;

- c. Tratamiento para el Sida y sus complicaciones;
- d. Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor;
- e. Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos por más de cinco días;
- f. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central;
- g. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito;
- h. Reemplazos articulares.

Parágrafo 2º. El Gobierno Nacional definirá la forma y condiciones para la operación del fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas.

Parágrafo 3º. El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año. Los gastos que superen este valor serán cubiertos por el usuario, lo que podrá hacerse como una modalidad de planes complementarios. Todo lo anterior se hará de la forma como lo regule el Gobierno Nacional.” (subrayas fuera de texto).

Y determinó la SU-480/97:

“Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido”.

Con posterioridad a este fallo, se expidió por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Acuerdo N° 83 de 1998, que en su artículo 8 dice:

“ARTICULO 8º.- Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo.

Si el precio máximo al público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las EPS o ARS.

Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

En el caso de que la formulación de dichos medicamentos se asocie a patología que corresponda a las clasificadas como de alto costo, estos harán parte del recobro al reaseguro.

El Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnico-científico dentro de las EPS, ARS e IPS los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo -efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios.”

Norma esta última que está vigente, no afecta la esencia de la jurisprudencia de la Corte y por lo tanto se tendrá en cuenta en el presente asunto.

CASO CONCRETO

Vistos los anteriores aspectos jurídicos, se tiene que en el caso materia de la presente tutela, ocurre lo siguiente :

Es evidente que hay un trauma mayor y que aunque no se pueda derrotar completamente la enfermedad si existe un tratamiento para aminorar sus efectos. Tratamiento que debe darse con el medicamento “megace”, recetado precisamente por el médico tratante. Forman pues, un conjunto indisoluble, al menos en el estado actual de la ciencia, el mejoramiento de vida de la paciente y el aludido medicamento. También es cierto que el “megace” no figura en el listado.

Vendría la pregunta de si el no empleo de tal droga implicaría un atentado contra la vida del paciente. Es indudable que se deterioraría el núcleo esencial de la vida del paciente; porque el médico del Hospital Universitario de Medellín donde se atiende la paciente, en cuatro oportunidades (costa en el expediente) ordena como única droga el megace para el cáncer de mama de la solicitante. Luego, el empleo del “megace”, en el caso concreto de esta tutela es indispensable y es el medicamento que específicamente se ordenó por el médico tratante.

Aunque el medicamento no figura en el listado aprobado por el gobierno, la E. P. S. estará obligada a entregarlo. Debe hacerlo para mantener el núcleo esencial del derecho a la vida, pero se aplicará el artículo 8º del Acuerdo 83 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para efectos de si hay lugar o no a repetir contra el Estado.

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

RESUELVE.

Primero. REVOCAR la decisión del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, pronunciada en la tutela de la referencia el 11 de noviembre de 1997, y, en su lugar CONFIRMAR el fallo de primera instancia del Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín el 23 de septiembre de 1997, que concedió la tutela ordenando el suministro a la accionante de la medicina “megace”, en el término de 48 horas, con la ADICION de que la E. P. S. UNIMEC podrá tener en cuenta el valor total del suministro del medicamento “megace” y si dicho precio es superior a otro medicamento que reemplace o sea similar al “megace según el Manual de Medicamentos Terapéutica”, la diferencia será cubierta por el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Segundo. Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal de origen hará las notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

{p}