

Sentencia T-1289/05

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para suministro de vacunas antialérgicas

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No se reúnen los requisitos para que proceda la tutela

Referencia: expediente T-1153896

Peticionario: Gerardo Zamora

Accionado: Servicio Occidental de Salud (S.O.S) E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Santiago de Cali, el 14 de junio de 2005.

I. HECHOS

En breve escrito, manifiesta el señor Gerardo Zamora, actuando como agente oficioso de la menor Ximena Andrea Zamora G, que el médico tratante le formuló a ella vacunas antialérgicas y otros medicamentos y éstos no han sido suministradas por parte de la E.P.S. por no estar incluidas en el P.O.S.

En consecuencia, solicita se entregue por parte de la E.P.S. lo ordenado por el médico

tratante.

Respuesta de la entidad accionada

Servicio Occidental de Salud E.P.S. solicitó se negara la presente tutela, por considerar que los medicamentos aflarex gotas oftálmicas, zaditén gotas, genteal gel oftálmico, ciclosporina gotas, cetirizina tabletas y las vacunas antialérgicas prescritas no están incluidas en el P.O.S.. Además, en virtud de que los padres de la accionante no habían presentado la solicitud de consideración de cubrimiento de los medicamentos por parte de la E.P.S. ante el comité técnico científico de la entidad, comité que determinará si la vida de la paciente se encuentra en peligro al no cubrirle lo ordenado, si el medicamento ordenado es el único para salvarle la vida a la menor, si no hay uno dentro del POS que lo supla y el grado de viabilidad de tales medicamentos.

I. DECISIÓN JUDICIAL

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Santiago de Cali, en sentencia del 14 de junio de 2005, negó la tutela por considerar que el actor no había demostrado la incapacidad de pago ni el agotamiento del procedimiento administrativo ante el Comité Técnico Científico.

I. PRUEBAS

1. Circular de información al paciente sobre la inmunoterapia (formato tipo) en la cual se indica que “primero que todo usted debe saber que no se espera una cura milagrosa de su enfermedad.

Algunos pacientes realmente tienen una mejoría con la inmunoterapia, incluso pueden quedar sin síntomas o disminuir el uso de medicamentos, pero hay un grupo de pacientes que mejora poco con este tratamiento. La inmunoterapia se le ha indicado a usted, porque el Doctor está convencido por su experiencia y por las recomendaciones internacionales de que en su caso puede tener un efecto benéfico, sin embargo, si el tratamiento no es eficaz, es posible que después de un año se modifique o se suspenda.” Después de indicar los posibles

efectos colaterales negativos, el formato señala “la decisión es suya, por lo tanto no acepte la inmunoterapia a menos que tenga información suficiente y piense ser disciplinado y cumplido con el tratamiento, que es prolongado” Si bien al final del formulario aparecen espacios para firma del paciente y un testigo, en la copia allegada al expediente no se consignan tales firmas.

2. Orden de suministro de medicamentos, del 30 de noviembre de 2004. En ésta se señala como diagnóstico querconjuntivitis alérgica en los dos ojos, que viene siendo tratada por oftalmólogo desde hace 5 meses, recibiendo múltiples tratamientos. Como órdenes internas se señalan aflarex, gotas, zaditen, gotas, gental gel, y ciclosporina, gotas, para ser suministradas durante un mes.

3. Carné de afiliación de Ximena Andrea Zamora a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud.

4. Resultados de pruebas cutáneas a aeroalérgenos realizadas a la menor Ximena Zamora el 3 de enero de 2005. En este consta que la menor tiene 12 años. Los exámenes fueron realizados por el Grupo Médico Especializado.

5. Orden médica del Grupo Médico Especializado, el cual trata alergias, del 5 de abril de 2005 (su contenido es ilegible)..

6. Análisis del Grupo Médico Especializado, el cual trata alergias, del 21 de abril de 2005 (su contenido es ilegible).

7. Orden médica del Grupo Médico Especializado, el cual trata alergias, del 24 de mayo de 2005(su contenido es ilegible)..

Mediante auto del 10 de octubre de 2005 la Sala Sexta de Revisión resolvió:

“PRIMERO: OFICIAR al Servicio Occidental de Salud (S.O.S.) E.P.S. (Calle 23 A # 3 N- 57 Cali) para que en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente providencia, remita el siguiente cuestionario al actual médico tratante de la menor Ximena Andrea Zamora, y, una vez recibida la respuesta, informe a esta Corporación, ateniéndose a la indicado por el médico tratante:

- a. ¿Cuál es el actual estado de salud de la menor Ximena Andrea Zamora?
- b. ¿Sigue la menor Ximena Andrea Zamora requiriendo los siguientes medicamentos y tratamientos: aflarex gotas oftálmicas, zaditén gotas, gental gel oftálmico, ciclosporina gotas, cetirizina tabletas y las vacunas antialérgicas?
- c. En caso afirmativo, ¿con qué urgencia se requieren los medicamentos y tratamiento de vacuna antialérgica?
- d. ¿Cuál es el grado de efectividad de los medicamentos y tratamiento ordenado para la mejoría de los problemas de salud de la menor Ximena Andrea Zamora?
- e. ¿Son insustituibles los medicamentos y tratamientos ordenados por otros con igual eficacia que sí estén incluidos en el P.O.S.?

No obstante, a pesar del requerimiento probatorio realizado, tanto a la EPS accionada como al accionante, no se allegó ninguna información al Despacho.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

1. Problema jurídico

En la presente ocasión, la Corte debe determinar si la negativa de suministro de la vacuna antialérgica y los medicamentos ordenados a la menor Ximena Andrea Zamora constituye una vulneración a su derecho fundamental a la salud.

2. El concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito imprescindible para la entrega

de medicamentos excluidos del P.O.S.

Esta Corte ha estimado que la falta de aquiescencia del Comité Técnico Científico no determina la imposibilidad de entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Entre otras razones se ha señalado que el mencionado Comité, no puede determinar en forma definitiva cuándo un medicamento debe ser entregado porque su naturaleza no es claramente técnica. En sentencia T-344/021, esta Corporación señaló que:

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

En esta ocasión se indicó que para que la decisión del Comité Técnico Científico tuviera validez sobre la orden del médico tratante, de la cual se presumía su superioridad, debía desvirtuar las consideraciones médicas con argumentos de autoridad médica suficientes y no con su mero dicho².

Posteriormente, en la Sentencia T-053/04, en la cual se conocía de la tutela interpuesta por un pensionado a quien la EPS no le suministra medicamentos para el tratamiento de enfermedad coronaria, no POS, a menos que fueran autorizados por el comité técnico científico -trámite aún no agotado-, se indicó que “la función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”. Al encontrar que sí se daba una afectación grave a la salud y la vida del actor, a pesar de no haberse agotado la instancia del Comité, se concedió el amparo.

En la presente ocasión, por tanto, no es válido el principal argumento esgrimido por la EPS

accionada y el juez de instancia según la cual los medicamentos y el tratamiento antialérgico no se le suministraba por no haber sido sometido al Comité Técnico Científico.

3. Suministro de vacunas antialérgicas -improcedencia general por vía tutela-

Esta Corporación ha conocido con anterioridad de solicitudes de tutela del suministro de tratamientos antialérgicos a través.

En la Sentencia T-406/01, se negó el suministro de tratamiento antialérgico de un año para el manejo de la rinitis del actor. La Sala encontró que no estaba probada la inminencia de la afectación de la vida del peticionario con su no realización y que, además, por estar empleado, no se veía que el cubrimiento de este tratamiento por parte del actor afectara su mínimo vital.

“Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso.”

Al entrar a analizar si la negativa del suministro de exámenes antialérgicos desconocía el derecho a la salud, al fallo mencionado llegó a la conclusión de que la conducta de la E.P.S. accionada no contrariaba la Constitución puesto que:

1. El examen estaba excluido del P.O.S. por lo que, prima facie, “está por fuera del ámbito de

protección del derecho a la salud que puede invocarse por tutela”

2. El hecho de que el derecho a la salud ostente el carácter fundamental en el caso de los menores no lo hace ilimitado.

3. Si bien la enfermedad alérgica que padecía el menor impedía que su estado de salud fuera pleno, esto no hacía que se debiera conceder la tutela porque (i) la afección del menor implicaba una molestia que sin bien era desagradable, no conllevaba, según el concepto médico tratante, una obstrucción grave de las funciones corporales ni su deterioro, (ii) con la información suministrada por el examen no se solucionaría el problema, sino que se podría determinar mejor el tratamiento, (iii) la vida e integridad del menor no corría riesgo con la no realización del examen, (iv) la enfermedad del menor no le generaba fuertes dolores, ni le impedía su vida de relación con otros, (v) el costo del examen no era imposible de cubrir por el padre del menor, (vi) el padre del menor no estaba en incapacidad económica para cubrir el examen.

A la luz de los casos expuestos, se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Sala negará la tutela al derecho fundamental a la salud de la menor Ximena Andrea Zamora puesto que (i) si bien la razón esgrimida por la entidad accionada relativa a la no evaluación por parte del comité técnico científico no es de recibo, (ii) en el presente caso no se reúnen los requisitos para la procedencia de la tutela en materia de salud de menores.

(i) Como quedó señalado en la parte considerativa, la no evaluación por parte del Comité Técnico Científico no implica la negativa definitiva del suministro de medicamentos o tratamientos.

En el caso de la menor, para el momento de la presentación de la tutela, no se había sometido a análisis del mencionado comité el estudio del cubrimiento de tratamientos y medicamentos no P.O.S.. No obstante, de este factor no deriva la decisión de negar la tutela.

(ii) Si bien los supuestos de hecho de la Sentencia T-1279/01 no son idénticos a los del presente caso, la Sala, por la alta semejanza entre las dos tutelas, seguirá los parámetros

utilizados en la ocasión reseñada.

a. La presente tutela pone a juicio de la Corte la eventual vulneración del derecho a la salud de la menor Ximena Andrea. Tal derecho es fundamental.

b. Tanto las gotas recetadas como las vacunas antialérgicas que estaban pendientes de ser aplicadas están excluidas del P.O.S.

c. No consta en el expediente prueba de que la molestia de la conjuntivitis alérgica sea notoria o afecte en alto grado la salud de la menor.

d. Si bien ni la E.P.S. ni el padre de la menor dieron respuesta a las pruebas solicitadas por la Sala acerca de la efectividad del tratamiento a suministrar a la menor, dentro del expediente aparece un formulario genérico acerca de la efectividad de dicho tratamiento y se indica: "primero que todo usted debe saber que no se espera una cura milagrosa de su enfermedad.

Algunos pacientes realmente tienen una mejoría con la inmunoterapia, incluso pueden quedar sin síntomas o disminuir el uso de medicamentos, pero hay un grupo de pacientes que mejora poco con este tratamiento. La inmunoterapia se le ha indicado a usted, porque el Doctor está convencido por su experiencia y por las recomendaciones internacionales de que en su caso puede tener un efecto benéfico, sin embargo, si el tratamiento no es eficaz, es posible que después de un año se modifique o se suspenda."

Después de indicar los posibles efectos colaterales negativos, el formato señala "la decisión es suya, por lo tanto no acepte la inmunoterapia a menos que tenga información suficiente y piense ser disciplinado y cumplido con el tratamiento, que es prolongado" Es de resaltar que si bien al final del formulario aparecen espacios para firma del paciente y un testigo, en la copia allegada al expediente no se consignan tales firmas.

Esto lleva a la Sala a afirmar que la mejoría con el tratamiento excluido del P.O.S. si bien es probable no es indefectible.

e. No está probado ni alegado en el expediente que la conjuntivitis alérgica le impida la interacción con otros individuos a la menor.

f. El padre de la menor al interponer la tutela no allegó pruebas de la incapacidad económica del cubrimiento del costo, ni alegó siquiera que no estuviera en capacidad financiera de pagarlo.

g. Si bien se estudia el caso de una menor, esta, además de la protección especial establecida en el artículo 44 constitucional, no es merecedora de ningún otro tratamiento especial derivado de sus condiciones mentales, físicas o económicas, artículo 13 C.P..

En consecuencia, la tutela se negará por no ser ilegítima la conducta de la E.P.S. cuestionada a través de la presente demanda.

V. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO : LEVANTAR la suspensión de términos impuesta por el Auto del 10 de octubre de 2005.

SEGUNDO : CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Santiago de Cali, el 14 de junio de 2005 y, en consecuencia, NEGAR la tutela al derecho a la salud de la menor Ximena Andrea Zamora.

TERCERO : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En esta ocasión la tutela se concedió en virtud de que se comprobó que el Comité Técnico Científico no había presentado argumentos suficientes para desvirtuar la validez de lo ordenado por el médico tratante, y que si bien afirmaba que lo ordenado estaba en etapa experimental esto no era cierto, según pruebas decretadas por la Corte. Por tanto, la tutela se concedió ordenando el suministro de lo negado por el Comité.

2 Se dijo en la mencionada Sentencia: “Aunque las normas legales no se han ocupado de indicar un procedimiento para dirimir esta clase de conflictos, advierte la Sala que es posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante. Pero no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. El Comité debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Para ello, la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.”