

Sentencia T-162/11

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos excluidos del POS

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

COPAGOS-Concepto y aplicación/CUOTAS MODERADORAS-Concepto y aplicación

Es importante señalar que por copagos, se entienden todos los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado, siendo su finalidad, ayudar a financiar el Sistema. El copago se aplica exclusivamente a los afiliados beneficiarios y su cálculo depende del régimen al que pertenezca la persona. Por su parte, las cuotas moderadoras son aquellas que buscan regular la utilización del servicio de salud, incentivar su buen uso y promover la participación en los programas de atención integral ofrecidos por las E.P.S. Las cuotas moderadoras se aplican tanto a los afiliados cotizantes como a los beneficiarios.

CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-No pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios de salud cuando el usuario no está en la capacidad de sufragar su costo

Referencia: expediente T-2.845.494

Acción de tutela instaurada por Nancy Perdomo Leyva, como agente oficiosa de su madre María Inés Leyva Arias, contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en la acción de tutela instaurada por Nancy Perdomo Leyva, como agente oficiosa de su madre María Inés Leyva Arias, contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

El pasado cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), la ciudadana Nancy Perdomo Leyva, como agente oficiosa de su madre María Inés Leyva Arias, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de los derechos fundamentales de ésta última a la vida, la salud y la seguridad social, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la Nueva EPS.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

- 1.- La señora María Inés Leyva Arias se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de la Nueva EPS S.A en calidad de beneficiaria.
- 2.- En la actualidad, la Sra. Leyva Arias cuenta con 79 años de edad y padece de artritis reumatoidea + osteoporosis.
- 3.- El médico tratante de la accionante le ordenó los medicamentos Risendronato Sódico x 150 mg tabletas y Actemra (Tocilizumab) ampolla de 200 mg para tratamiento de 3 meses. Ambos medicamentos se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud.
4. Indica la parte actora que, la EPS accionada, luego de los trámites administrativos, autorizó el medicamento Actemra (Tocilizumab) para ser aplicado en la liga contra el cáncer y realizó la primera infusión del mismo, pero al solicitar la segunda aplicación la Nueva EPS le informó a la actora que no existía contrato vigente con la liga contra el cáncer y que debía esperar.

5.- Finalmente, en relación con el medicamento Risedronato Sódico, manifestó la accionante que éste fue negado por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Solicitud de Tutela

6.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Nancy Perdomo Leyva, solicita se tutelen los derechos fundamentales de su madre a la vida, la salud y a la seguridad social. En consecuencia, pide se ordene a la Nueva EPS suministrar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, los medicamentos Risendronato Sódico y Actemra (Tocilizumab) prescritos por el médico tratante, así como su aplicación en una unidad de quimioterapia especializada y de manera hospitalaria.

Así mismo, solicita se ordene a la entidad demandada prestar la atención integral que requiera la señora María Inés Leyva con ocasión de la enfermedad que padece.

Finalmente, solicita la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, ya que no cuenta con los medios para cubrir los mismos.

Respuesta de la entidad demandada

7.- Indicó la representante de la entidad demandada, en relación con la petición de la accionante del suministro de los medicamentos solicitados que, al verificar en el sistema se evidencia que en relación el Risendronato Sódico x 150 mg tableta, la usuaria no realizó el trámite correspondiente ante el Comité Técnico Científico, razón por la cual éste no ha sido suministrado.

En relación con la petición del medicamento Actemra (Tocilizumab) ampolla 200mg 6 para tratamiento de 3 meses y ampolla 80 mg cantidad 3 para tratamiento de 3 meses, indicó la representante de la Nueva EPS, que se radicó la solicitud y los mismos fueron aprobados por el Comité Técnico Científico, razón por la cual se le ha estado entregando la droga mensualmente de conformidad con las prescripciones del médico tratante. Preciso, que la primera entrega del medicamento se realizó el 23 de junio de 2010, al igual que la orden de la mono quimioterapia.

Adicional a lo anterior, indicó que la señora Leyva Arias radicó nuevamente medicamento no Pos por el Tocilizumab por concentraciones de 200 y 80 mg, las cuales fueron autorizadas y

entregadas el día nueve (9) de agosto del año 2010 con una duración de dos (2) meses.

Finalmente, en lo relacionado con la solicitud de tratamiento integral, manifestó la representante de la Nueva EPS que, la tutela no procede contra para ordenar prestaciones futuras e inciertas, ya que el juez constitucional no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, pues éste debe constatar que en realidad exista la violación de un derecho fundamental.

Por las razones antes expuestas, la apoderada de la entidad demandada solicita se deniegue el amparo solicitado.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de única instancia.

8.- El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, denegó el amparo solicitado por la señora María Inés Leyva Arias, a través de agente oficioso, por considerar que se había presentado carencia de objeto.

Lo anterior, por cuanto el a quo al valorar las pruebas concluyó que la entidad demandada ya había cumplido con lo solicitado, pues la señora María Inés Leyva ha recibido las autorizaciones de los medicamentos respectivas, lo que demuestra que la vulneración de sus derechos fundamentales ha cesado.

Pruebas obrantes en el expediente.

Se destacan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- 1.- Cédula de ciudadanía de las señoras Nancy Perdomo Leyva y María Inés Leyva Arias.
- 2.- Carnet de afiliación a la Nueva EPS.
3. Fórmula de los medicamentos expedida por el médico tratante.
- 4.- Órdenes de aprobación de servicios aportadas por la entidad demandada.
- 5.- Acta telefónica de conversación establecida con la agente oficiosa, señora Nancy Perdomo

Leyva.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.-En atención a lo expuesto, corresponde esta Sala de Revisión determinar si la Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud y la vida de la señora María Inés Leyva Arias, al negarle los medicamentos prescritos por el médico tratante para el manejo de la artritis reumatoidea + osteoporosis que padece, por encontrarse éstos fuera del POS y no haber agotado el trámite respectivo ante el Comité Técnico Científico.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia; (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud- Reiteración de jurisprudencia-; (iii) el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado a través del mecanismo de tutela. Reiteración de jurisprudencia, y (iv) el caso concreto.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y por otro en un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, le corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Al respecto ha dispuesto esta Corte: “El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se

derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”¹

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva”² es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarrearía a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.³

Y ello se entendió así porque tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos -derechos fundamentales-, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional -derechos de segunda generación- para cuya realización es necesario de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho -de segunda generación- conllevaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental.⁴

Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de

Salud, el Plan Obligatorio de Salud o el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado o (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal. Con todo, la jurisprudencia de esta Corte, también, señaló que el derecho a la salud era tutelable “en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”⁵ en virtud del “principio de igualdad en una sociedad”⁶

Ahora bien, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional, la jurisprudencia constitucional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud. Así, haciendo una relación entre derecho fundamental y dignidad humana llegó a la conclusión de que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”⁷ pues, “uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”⁸

Con base en ello, esta Corporación en sus más recientes pronunciamientos consideró “artificial” tener que acudir a la tesis de la “conexidad” para poder darle protección directa al derecho a la salud y estimó que “la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”⁹

A su vez, también precisó que en el derecho fundamental a la salud “su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.”¹⁰

Y, en sentencia T-760 de 2008 se señaló:

“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”¹¹

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales¹².

El suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y

obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida digna, y la salud.

En esas condiciones, es claro que hay una tensión entre la determinación constitucional de exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente¹³ y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida e integridad física, habida cuenta la condición de inmunidad que los cobija, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.¹⁴

Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia de esta Corte, en aplicación del artículo 4° Superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos o procedimientos médicos.

Así las cosas, para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud el juez de tutela debe verificar:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
2. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
3. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención

suministrados por algunos empleadores.

4. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 15

El concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado a través del mecanismo de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El Comité Técnico Científico es un órgano administrativo de la E.P.S. encargado de asegurar que las actuaciones y procedimientos de la entidad se adecuen a las formas preestablecidas y de garantizar el goce efectivo del servicio de salud de los afiliados.¹⁶

La Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, en los artículos 1º y 2º, manifiesta que los Comités Técnicos Científico son instancias administrativas de las E.P.S., conformadas por un representante de la misma, un representante de la I.P.S. y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno debe ser médico, y cuya función es:

“(…) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”.¹⁷

En relación con la función de estos comités frente a la autorización de medicamentos no POS la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito para el suministro de los mismos. En sentencia T-1063 de 2005 esta Corporación señaló lo siguiente:

“cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8º del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las

EPS, esta Corporación ha precisado que (i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.¹⁸

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.”

Por su parte la Sentencia T-324 de 200819, dijo:

“no es dable al Juez de tutela negar la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela”²⁰.

Para esta Corporación el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o procedimiento requerido por un afiliado en instancia de tutela sea reconocido.

Ahora bien, la razón por la cual para esta Corte el concepto del Comité Técnico Científico no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las EPS se encuentra en la misma naturaleza administrativa de dicha Junta. Efectivamente, el hecho de que su composición no sea en su totalidad de profesionales de la salud, sino que se exija que tan sólo uno de sus miembros sea médico, demuestra que el Comité Técnico Científico no es, en estricto sentido, un órgano de carácter técnico, ni un Tribunal Profesional interno de la EPS sino un ente de carácter administrativo, cuya función primordial es asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos se adecuen a las formas preestablecidas y garantizar el goce efectivo del servicio a la salud. Por ello, de ninguna manera puede ponerse en sus manos la decisión de la protección de los derechos fundamentales de las personas ni constituirse en otro mecanismo de defensa para los afiliados.²¹

En ese sentido esta Corporación, en sentencia T-298 de 2008, precisó lo siguiente:

i) Que atendiendo la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente le sea otorgado. En

efecto, “el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”²² En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”.²³

ii) Que el Comité Técnico Científico no puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud²⁴ “por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad.

iii) Que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente.²⁵

iv) Que el acudir al Comité Técnico Científico “no es un requisito para la procedencia de la acción de tutela que se haya acudido a los anteriores Comités Técnico Científicos solicitando un medicamento excluido del P.O.S., por lo cual no es jurídicamente admisible negar el amparo de derechos fundamentales con el argumento de no haber acudido de manera previa al Comité en cuestión.”²⁶ En consecuencia se ha entendido que “los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.”²⁷

Una vez expuesto lo anterior procede esta Sala a estudiar el caso concreto de la señora María Inés Leyva Arias.

Caso concreto

La señora María Inés Leyva Arias cuenta con 79 años de edad y padece artritis reumatoidea + osteoporosis, por lo que en aras de mejorar su estado de salud el médico tratante le

ordenó los medicamentos Risendronato Sódico y Actemra (Tocilizumab). Indica la hija de la accionante, quien actúa como agente oficiosa, que la Nueva EPS se niega a suministrar los medicamentos prescritos, por encontrarse éstos excluidos del POS y no haberse agotado el trámite ante el Comité Técnico Científico.

La EPS accionada indicó en su escrito de contestación, que a la señora Leyva Arias se le ha venido entregando el medicamento Actemra (Tocilizumab). Así mismo, señaló que el Risendronato Sódico no ha sido autorizado por no haber agotado el trámite para ello ante el Comité Técnico Científico.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a esta Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

-Establecer si la entidad demandada vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora María Inés Leyva Arias con la negativa a suministrar el Risendronato Sódico ordenado por el médico tratante, por no haberse agotado el trámite respectivo ante el Comité Técnico Científico.

-Determinar si la Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales al no exonerar a la accionante de copagos y cuotas moderadoras y negarle el tratamiento integral solicitado vía tutela.

En relación con los dos primeros puntos, es preciso señalar que, en el escrito de tutela se pide ordenar el suministro de dos medicamentos, son ellos: Risendronato Sódico y Actemra (Tocilizumab).

En relación con el Actemra (Tocilizumab), manifestó la entidad demandada que el mismo fue aprobado y se ha venido suministrando a la señora Leyva Arias conforme a lo prescrito por el médico tratante, previa autorización del Comité Técnico Científico. Para acreditar su afirmación, la representante de la Nueva EPS allega al expediente las órdenes de aprobación de servicio del medicamento en mención.

En este punto, encuentra La Sala que la entidad demandada ha entregado el medicamento Actema (Tocilizumab), lo que efectivamente se encuentra acreditado en el expediente, como consta a folios 33, 34, 35, 36 y 37 del mismo. Lo anterior fue constatado además, en

comunicación telefónica establecida con la agente oficiosa de la señora Leyva Arias, quien confirmó la entrega del medicamento Tocilizumab²⁸.

Ahora, es importante señalar que si bien se acreditó la entrega del Tocilizumab, la petición de la accionante no se agota con ello, por cuanto la solicitud estaba dirigida, además, al suministro del Risendronato Sódico. De allí, que no le asista razón al juez de instancia al manifestar que ha cesado la vulneración del derecho a la salud y la vida de la señora María Inés Leyva con entrega de sólo uno de los medicamentos prescritos por el médico tratante.

En relación con la solicitud del medicamento Risendronato Sódico, se desprende del escrito de contestación de la entidad demandada que éste no se ha entregado por cuanto la accionante no realizó el trámite ante el Comité Médico Científico.

En relación con la autorización del Comité Médico Científico, se señaló en la parte considerativa de esta providencia que atendiendo la naturaleza administrativa de éste, su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente le sea otorgado. Al respecto se señaló:

“el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”²⁹ En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”.³⁰

Por ello, el argumento esgrimido por el representante de la entidad demandada, referente a que la accionante aún no ha agotado el trámite administrativo del CTC para la autorización del medicamento Risendronato Sódico, no es de recibo por esta Sala de Revisión, pues como bien se señaló de manera precedente, el concepto emitido por el médico tratante es suficiente para ello.

Así mismo, se indicó que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a

la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente, lo que se constituye en razón adicional para que la Sala Octava de revisión se aparte de lo expuesto por la entidad demandada.

Sentado lo anterior, procede la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos señalados por esta Corporación para el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en este caso el Risendronato Sódico.

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

Sobre este punto, la agente oficiosa señaló que, la ausencia del fármaco prescrito por el galeno tratante afecta el derecho a la salud de su madre, ya que las medicinas solicitadas deben ser entregadas de manera pronta, pues la artritis es una enfermedad degenerativa que si no es tratada a tiempo puede acarrear daños irreparables.

En segundo lugar, la entidad accionada no planteó una alternativa diferente al medicamento prescrito que cumpla con las mismas funciones de éste y que se encuentre dentro del POS a fin de que el Risendronato Sódico sea sustituido.

Así mismo, manifiesta la hija de la accionante, quien actúa como agente oficiosa, que no cuenta con los recursos para sufragar el costo de los medicamento, pues la artritis es una enfermedad de alto costo. La anterior afirmación se presume cierta y correspondía a la entidad demandada aportar elementos de juicio para desvirtuarla.³¹

Finalmente, se encuentra acreditado que la orden de medicamento proviene del médico tratante de la Sra. María Inés Leyva.

Por lo anterior, al cumplir la señora María Inés Leyva Arias con las exigencias requeridas por esta Corporación para acceder a los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, procederá esta Sala en la parte resolutive de esta providencia a ordenar el suministro del medicamento Risendronato Sódico conforme a lo prescrito por el médico tratante.

Resuelto lo referente a la solicitud del medicamento excluido del POS, procede la Sala a

resolver lo referente a la solicitud de exoneración de Copagos y Cuotas moderadoras.

En relación con este punto se hace necesario precisar lo siguiente:

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación que tienen tanto los afiliados como los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud de contribuir en el financiamiento del sistema, y para ello expresa literalmente que: “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud”.

Así mismo es importante señalar que por copagos, se entienden todos los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado, siendo su finalidad, ayudar a financiar el Sistema. El copago se aplica exclusivamente a los afiliados beneficiarios y su cálculo depende del régimen al que pertenezca la persona. Por su parte, las cuotas moderadoras son aquellas que buscan regular la utilización del servicio de salud, incentivar su buen uso y promover la participación en los programas de atención integral ofrecidos por las E.P.S32. Las cuotas moderadoras se aplican tanto a los afiliados cotizantes como a los beneficiarios.

A pesar de la importancia del pago de los anteriores emolumentos, esta Corporación ha expuesto dos situaciones excepcionales en las que, a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales y de evitar que los mismos se conviertan en una barrera para que los usuarios accedan al servicio de salud. Sobre el particular la Corte en Sentencia T-296 de 200633, entre otras34, desarrolló dos reglas:

1- Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.35

Así mismo, el Acuerdo 206 de 2004 por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el parágrafo 2 del artículo 6, señala que “si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.

En el caso objeto de estudio, es importante señalar que se encuentra demostrado en el expediente que la entidad demanda ha venido exonerando a la señora Leyva Arias del pago de los anteriores emolumentos, como se desprende de las ordenes de aprobación de medicamentos y procedimientos allegada en las que se hace la claridad en que “afiliado no cancela ningún valor por concepto de pago moderador o copago”³⁸

Por ello, en la parte resolutive de esta providencia se instará a la entidad demandada continuar con la exoneración de cuotas moderadoras por lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Acuerdo 206 de 2004.

Finalmente, en lo relacionado con la solicitud de tratamiento integral, encuentra la Sala que le asiste razón a la entidad demandada al indicar que la acción de tutela no procede contra actos futuros e inciertos³⁹, pues se carece de una razón objetiva, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir cuales hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales de la accionante.

Por ello, al no existir en el caso concreto una amenaza cierta, inminente y clara de los derechos fundamentales de la señora María Inés Leyva Arias, en la parte resolutive de esta providencia se denegará el amparo solicitado.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia proferida Por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva y, en consecuencia CONCEDER PARCIALMENTE, por las razones antes expuestas, el amparo

del derecho a la salud y la vida de la señora María Inés Leyva Arias.

Segundo: Ordenar a la Nueva EPS el suministro del medicamento Risendronato Sódico, según prescripción médica.

Tercero: Declarar la existencia de hecho superado en relación con la solicitud del medicamento Actemra (Tocilizumab).

Cuarto: Ordenar a la entidad Nueva EPS a continuar eximiendo a la señora María Inés Leyva Arias de copagos y cuotas moderadoras.

Quinto: Negar la solicitud de tutela en lo referente a la solicitud de tratamiento integral.

Sexto: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

- 1 Corte Constitucional. Sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.
- 2 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.
- 3 Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.
- 4 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.
- 5 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.
- 6 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993.
- 7 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.
- 8 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.
- 9 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.
- 10 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.
- 11 Corte Constitucional. Sentencia T-736 de 2004.
- 12 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.
- 13 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.
- 14 Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.
- 15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999, Sentencia T-237/03 Y T-324-08.
- 16 Sentencia T-741 de 2008
- 17 Resolución 5061 de 1997, artículo 2

18 Ver las sentencias T-344 de 2002 y T-053 de 2004 entre otras.

19 En este caso, la madre de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias manifiesta que ésta nació con una deficiencia en su desarrollo físico y psicológico, por lo que en la actualidad realiza actividades de una niña de 5 años aunque tiene 13, y su aspecto físico es el de una niña de 7 años. A la menor le fueron ordenados los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos, exámenes que la EPS demandada se negaba a suministrar por estar excluidos del POS. La Corte ordenó a la entidad demandada que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorizara la práctica de los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos a la misma.

20 Sentencia T-071 de 2006.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-936 de 2006, T-227 de 2006, T-616 de 2004 y T-053 de 2004.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007

23 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004

24 Corte Constitucional. Sentencias T-344 de 2002 y T-053 de 2004 entre otras.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-1164 de 2005

26 Corte Constitucional. Sentencia T-306 de 2006

27 Corte Constitucional. Sentencia T-1063 de 2005. En el mismo sentido en la Sentencia T-071 de 2006 la Corte señaló que: “cuando el Juez de Tutela niegue la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela.”

29 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007

30 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004

31 Al respecto ver sentencia T-744 de 2004, T-557 de 2006 y T-1099 de 2008.

32 Cfr. Artículo 1 del Acuerdo 260 de 2004.

33 Sentencia T-296 de 2006

34 Entre otras T-669 de 2010.

35 En la sentencia T-743 de 2004 esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

36 Al respecto ver Sentencias T-381 de 2007 ; T-330 de 2006 ; T-310 de 2006

37 Sentencia T-296 del 7 de abril de 2006

38 Folio 33 a 37, cuaderno 1.

39 Sentencia T-502 de 2006.