

NOTA DE RELATORIA: Mediante Auto 479 de fecha 13 de octubre de 2015, el cual se anexa en la parte final de esta providencia, se corrige el numeral quinto de su parte resolutive, en el sentido de corregir el error mecanográfico en el que se incurrió al digitar el nombre de la accionante

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

En sede de revisión, esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio, frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alternativo, el instrumento jurídico bajo análisis adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección efectiva de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

La fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Ello implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad. De otro lado debe resaltarse que este derecho es tutelable de manera autónoma, sin necesidad de que deba acudirse al criterio de conexidad para que pueda lograrse su efectividad.

SERVICIOS DE SALUD INCLUIDOS Y NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Fundamentabilidad del derecho a la salud

La jurisprudencia ha señalado que los conceptos incluidos en el POS deben ser suministrados de manera ineludible, en razón a que es el médico tratante quien los ordena

con base en la valoración médica que ha hecho previamente a su paciente, es decir, que dicho estudio permite al galeno establecer qué tecnología en salud es más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad, de tal suerte que si la promotora de salud niega la prescripción médica realizada, está vulnerando el derecho fundamental a la salud de los afiliados. La Corte ha sostenido que no es constitucionalmente válido que se niegue la prestación de cualquier tecnología en salud que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios y haya sido formulada por el médico tratante, ya que tal accionar pone en riesgo la vida e integridad de la persona, máxime cuando el servicio ya se encuentra financiado por la UPC.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Tratamiento integral prescrito por médico tratante

Uno de los principios que rodean al Sistema de Salud en Colombia, es el de integralidad entendido como la capacidad con la que cuenta dicho esquema para garantizar las contingencias que afecten a la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. La jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida.

MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS Y QUE NO TIENEN REGISTRO SANITARIO DEL INVIMA-Jurisprudencia constitucional

La Corte ha fijado en sus pronunciamientos que cuando un medicamento no cuenta con el registro sanitario del INVIMA, pero este es requerido por el usuario para que su patología sea tratada, procede el amparo constitucional con base en el principio de la evidencia científica.

ACCION DE TUTELA PARA SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS QUE NO TIENEN REGISTRO INVIMA-Vulneración por EPS al negar medicamento ordenado por médico tratante, con base en la mejor evidencia científica

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Vulneración por EPS por negar medicamento que se

encuentra dentro del POS

MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS Y QUE NO TIENEN REGISTRO SANITARIO DEL INVIMA-Orden a EPS autorizar y hacer entrega del medicamento formulado por el médico tratante

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Orden a EPS suministrar medicamento ordenado por médico tratante, el cual se encuentra cubierto por el POS

Referencia: expedientes T-4.716.116 y T- 4.791.141 y (acumulados).

Acciones de tutela interpuestas por Ignacio Restrepo Baquero contra Coomeva EPS; y Flor Ángela Bejarano de Castillo contra Aliansalud EPS, Secretaría Distrital de Salud y el Fosyga

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Oralidad de Cali y Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Ignacio Restrepo Baquero en contra de Coomeva EPS (Exp. 4.716.116) y (ii) el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Ángela Bejarano de Castillo contra Aliansalud EPS (Exp. T- 4.791.141)

I. ANTECEDENTES

Expediente T- 4.716.116. Acción de tutela interpuesta por Ignacio Restrepo Baquero contra Coomeva EPS y Coomeva prepagada.

2. Hechos relevantes

2.1. El ciudadano Ignacio Restrepo Baquero ejerció la acción de tutela[1] contra la EPS Coomeva por considerar que esta vulneró sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, al negar el suministro del medicamento formulado por el médico tratante llamado Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg EV.

2.2. Señala que se encuentra afiliado a la mencionada EPS desde hace mas de 20 años en calidad de cotizante.

2.3. Durante el mes de diciembre del año 2012 le fue diagnosticada la enfermedad denominada Orbitopatía por enfermedad de graves ocular, la cual ha deteriorado su salud así como ha agudizado sus padecimientos al presentar dolor ocular, persistencia de proptosis y diplopía, además de presión ocular alta y retracción palpebral.

2.4. Afirma que la gravedad de la enfermedad que padece es de tal magnitud que podría perder la vista. Al ser constatado dicho padecimiento, su caso fue sometido de urgencia a una junta médica conformada por siete (7) especialistas en reumatología de la clínica Fundación Valle de Lili en la ciudad de Cali, en donde se concluyó que el medicamento era el apropiado para atender la enfermedad de base con la que cuenta el accionante.

2.5. Señala que la EPS, negó de manera verbal el medicamento aduciendo que este no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, además de no contar con el registro sanitario por parte del INVIMA.

2.6. Indica que no cuenta con los recursos económicos para adquirir el medicamento prescrito por el médico tratante adscrito a Coomeva EPS.

2.7. Por último, advierte que los medicamentos que con anterioridad le venían siendo recetados no han obtenido resultados positivos, lo anterior, por cuanto su organismo ha sido refractario a los mismos.

2.8. Con base en lo expuesto el ciudadano pretende: (i) que se ordene a la EPS Coomeva entregar el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV cada 4 semanas; (ii) que se ordene a la accionada suministrar de manera integral todos los

procedimientos, medicamentos, implementos, entre otros, que sirvan para generar una mejor calidad de vida al petente.

3. Contestación de las entidades accionadas

3.1. Accionante, señor Ignacio Restrepo Baquero

El accionante fue citado a rendir interrogatorio, con el fin, a juicio del Juzgado de primera instancia de aclarar hechos relativos a la capacidad económica del usuario, así como la capacidad para financiar el tratamiento ordenado por su médico tratante. La declaración ante el despacho se produjo el 20 de agosto de 2014[2], allí indicó que sus ingresos mensuales ascienden a la suma de \$ 7.000.000 m/cte, en igual sentido informó que sus gastos están alrededor del valor antes indicado, en relación a los bienes inmuebles de los cuales es propietario, refirió dos apartamentos y un vehículo, así como unas acciones en una Sociedad por Acciones Simplificadas. Por último, aseveró que tiene pasivos cercanos a los \$280.000.000 m/cte.

3.2. Coomeva EPS

El 22 de agosto de 2014 la mencionada promotora de salud[3] en lo que atañe al medicamento Tocilizumab, señaló que este no se encuentra amparado por el POS, de ahí que la solicitud elevada se haya enviado al Comité Técnico Científico para que este realizara el análisis respectivo. De dicha valoración se obtuvo como resultado la negativa por parte de la EPS de suministrar dicho medicamento, por cuanto la patología en mención no cuenta con el registro sanitario por parte del INVIMA. Por lo anterior solicitó su desvinculación inmediata del proceso puesto que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

En escrito que data del 26 de agosto de 2014[4], el representante legal de Coomeva EPS, reafirmó lo manifestado en el escrito anterior.

3.3. Médico tratante, Dr. Fabio Bonilla Abadía

El 22 de agosto de 2014[5], el profesional en mención señaló que el medicamento Tocilizumab “no puede ser reemplazado por otro que pueda mejorar el estado de salud del señor Restrepo.” Así mismo indicó que “El no suministro de este medicamento puede sin

duda afectar la salud e integridad física del paciente”. Anexa historia clínica.

3.4. Clínica Fundación Valle de Lili

El 27 de agosto de 2014[6], la clínica elaboró el presupuesto aproximado del costo del medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg EV, el cual arrojó un valor de Diez Millones Ochocientos Mil Seiscientos Treinta Y Tres Pesos Moneda Corriente (\$ 10.800.633 m/cte) que comporta 12 unidades del medicamento en mención y 3 unidades de “clínica infusiones”.

4. Pruebas

- Justificación de uso de medicamentos por fuera del plan de beneficios[8], en este documento el médico tratante argumenta la necesidad del suministro del medicamento para el tratamiento de la enfermedad de base, pese a no encontrarse en el plan de beneficios.
- Copia de la historia clínica[9], en la cual se sintetizan los medicamentos suministrados, los tratamientos que se han adelantado en aras de menguar el avance de la enfermedad.
- Fotocopia de las tarjetas con las cuales acredita que su EPS es Coomeva y Coomeva prepagada[10].
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía[11].
- Estados financieros, cotización de medicamento y certificado de ingresos y retenciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)[12].

5. Trámite Procesal y síntesis de las decisiones adoptadas en primera y segunda instancia.

5.1. Primera instancia

La decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Oralidad de Cali[13] fue conceder el derecho a la vida, la salud y la dignidad humana, teniendo como fundamento la información consignada en la historia clínica por parte del médico tratante y

con la cual da a conocer la evidencia científica del medicamento y la utilidad que este ha tenido en pacientes con igual sintomatología que el accionante.

Así mismo, el Despacho Judicial constató que la Entidad Promotora de Salud vulneró los derechos invocados por el actor al negar el suministro de un medicamento que se encuentra cubierto en el POS. Conforme a lo anterior señaló:

Principio Activo:

TOCILIZUMAB

Código ATC:

L04AC07

Descripción ATC:

TOCILIZUMAB

Concentración:

Incluye todas las concentraciones

Forma Farmacéutica:

Incluye todas las formas farmacéuticas

Aclaración:

Cubierto para uso en artritis reumatoide refractaria a tratamiento con fármacos anti-reumáticos modificadores de la enfermedad (FARME) no biológicos.

5.2. Impugnación

Coomeva EPS[14] solicitó la revocación del fallo de tutela dictado en primera instancia, por considerar que no es procedente otorgar un medicamento que no se encuentra incluido en el plan de beneficios y que además no cuenta con el Registro Sanitario del INVIMA.

5.3. Segunda instancia

En fallo de 6 de octubre de 2014[15], el Juzgado Décimo Civil del Circuito de oralidad de Cali revocó la sentencia de primera instancia señalando que no es del resorte del Juez constitucional autorizar mediante sus providencias, medicamentos que no cuentan con el Registro Sanitario del INVIMA, pese a ser formulado por el médico tratante. La decisión adoptada por el juez de segunda instancia tuvo como principal fundamento la Sentencia T-042 de 2013[16] emitida por esta Corporación.

6. Hechos relevantes.

6.1. Flor Ángela Bejarano de Castillo, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela[17] contra la EPS Aliansalud por considerar que esta vulneró sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

6.2. Advierte que se encuentra afiliada a dicha EPS como independiente desde el mes de marzo de 2006, con un ingreso base de cotización de \$ 616.000.

6.3. Indica que en el mes de julio del año 2010 le fue diagnosticado por los especialistas de oncología de la mencionada promotora de salud, cáncer en el endometrio.

6.4. Señala que como medida para mitigar los efectos de su enfermedad, le fue formulado por su médico tratante el medicamento “Carboplatino solución inyectable 450 mg.” No obstante, sostiene que Aliansalud EPS no ha suministrado el medicamento, aduciendo que este no se encuentra cubierto por el Plan Obligatorio de Salud -POS-. Además, el Comité Técnico Científico rechazó la solicitud por cuanto dicho medicamento no cuenta con registro sanitario por parte del INVIMA.

6.5. Así mismo, indicó que: “no tiene recursos económicos para adquirirlos en el comercio, pues el único ingreso con que cuento es con la ayuda de mi hija para mi congrua subsistencia.”

6.6. Reseña que la negativa de Aliansalud para autorizar el medicamento ha deteriorado su salud, afectando su derecho a tener una vida digna, ya que los dolores que padece producto de la enfermedad de base la obligan a pasar en “vigilia muy buena parte

de las noches.”

6.7. Denota la accionante que tiene 65 años de edad, por lo que pertenece al grupo etario de la tercera edad, como sujeto de especial protección constitucional.

6.8. Solicita que por vía de tutela se ordene al director de Aliansalud EPS y/o a quien corresponda, entregue el medicamento Carboplatino Solución Inyectable 450 mg; además de garantizar un tratamiento integral a la patología que padece.

7. Contestación de las entidades accionadas

7.1. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

En escrito de 16 de septiembre de 2014[18], la Secretaría Distrital de Salud informó que de acuerdo con la verificación efectuada en las bases de datos correspondientes, la demandante se encuentra activa en el régimen contributivo y afiliada a la EPS-C Aliansalud en calidad de cotizante.

Por otra parte, señaló que carecía de legitimación en la causa por pasiva, debido a que los recursos que maneja tienen destinación específica para la población pobre no asegurada y beneficiaria del régimen subsidiado. Por lo anterior, solicitó ser desvinculada del proceso.

7.2. Aliansalud EPS

En respuesta de 18 de septiembre de 2014[19], Aliansalud EPS manifestó que revisados sus archivos, constató que la accionante se encuentra afiliada a esa promotora de salud en calidad de cotizante con fecha de ingreso de 24 de julio de 2010.

Así mismo, indica que en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales remitió al Comité Técnico Científico la solicitud de servicios médicos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud. En tal sentido el CTC de la mencionada EPS negó la entrega del medicamento No Pos requerido por la paciente aduciendo que: “el medicamento solicitado no cuenta con indicaciones terapéuticas registradas ante el INVIMA para ser utilizado en el manejo del Cáncer Endometrial, se requiere revisión de la prescripción realizada y aclaración de la misma.”

Informa la promotora de salud que no ha negado ningún servicio médico requerido incluido en el POS. Respecto al suministro de un tratamiento integral, advierte que no es procedente, toda vez que la Corte Constitucional en algunos pronunciamientos[20] ha sostenido que por vía de acción de tutela no es dable amparar derechos inciertos y futuros.

7.3. Ministerio de Salud y Protección Social

En relación al medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg, señala que este se encuentra incluido en el anexo 1 de la Resolución 5521 de 2013 en los siguientes términos:

10

9

L01XA020

1

CARBOPLATINO

450 MG, 450MG/45 ML

POLVO ESTERIL PARA INYECCIÓN, SOLUCIÓN INYECTABLE, SUSPENSIÓN INYECTABLE

Así mismo, en virtud del artículo 9[21] del citado acto administrativo, le corresponde a las EPS garantizar todos aquellos medicamentos y tecnologías en salud que se encuentren incluidos en el Plan de beneficios. No obstante, señala que por estar incluido dicho fármaco en el mencionado plan, la entidad promotora de salud no le asiste derecho a recobrar suma alguna ante el FOSYGA.

Reitera que cuando una EPS niega un servicio que se encuentra cubierto por el POS, esta vulnera el derecho a la salud de los usuarios. Para resaltar su dicho recoge lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-730 de 2006[22].

En relación a los copagos y las cuotas moderadoras, señala que estos fueron creados por la Ley 100 de 1993 con la finalidad de ayudar a financiar el Sistema de Salud, es decir, que si se ordena un tratamiento de alto costo, debe ser pagado en parte por los usuarios. Expone, que las cuotas moderadoras tienen por objeto la racionalización del uso de los servicios de salud y estimular su buen uso. En suma, manifiesta que las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los copagos son solo aplicables a los afiliados beneficiarios.

Finalmente, respecto de la solicitud de tratamiento integral, considera que es muy genérica. Por tal motivo, el médico tratante es quien deberá precisar cuáles son los medicamentos y/o procedimientos que el paciente requiere. Para que de esta manera la promotora de salud pueda establecer si se encuentran o no incluidos en el plan de beneficios.

8. Fallo objeto de revisión constitucional.

8.1. Mediante Auto de 9 de septiembre de 2014[23], el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal admitió la acción de tutela y dispuso de oficio vincular a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, así como al Fosyga.

8.2. El Juzgado[24] negó el amparo deprecado, al considerar que: “no se puede constatar que el medicamento prescrito, que no tiene registro sanitario del INVIMA para tratar la enfermedad que padece la accionante, pueda ser suministrado sin que corra riesgos en su salud al tener determinado tipo de contraindicaciones, no existen pruebas técnico científicas que permitan al juez de tutela dilucidar si otorgar el medicamento que solicita sea más gravoso para su estado de salud que suministrarlo, no se tiene un conocimiento médico científico, que permitan al juez constitucional establecer los perjuicios que pueda causarse al paciente la entrega del medicamento ‘Carboplatino Solución inyectable 450 mg’, (v) aun cuando fue el médico tratante quien ordenó el medicamento, el Comité Técnico Científico, basado en razones de índole científica, fue quien decidió no autorizar el suministro del medicamento en cuestión.”[25]

9. Pruebas

9.1. Documentales

- Fotocopia de la Cédula de ciudadanía[26].
- Justificación de medicamentos No Pos[27]. Señala de manera sucinta el tratamiento que se le ha seguido a la paciente desde el día en que le fue diagnosticada la enfermedad de base.
- Resultados de Resonancia Magnética de abdomen total con medio de contraste[28]. Ellos concluyen que hay crecimiento de algunos órganos en la zona comprometida y sobre la cual recae la enfermedad, así mismo señala que no hay ningún otro órgano comprometido.
- Correo electrónico donde el Comité Técnico Científico Niega el medicamento[29], ello por cuanto el medicamento formulado no cuenta con indicaciones terapéuticas registradas ante el INVIMA.
- Consulta pública hecha en la página web del INVIMA sobre el medicamento[30]. Da a conocer las indicaciones y los usos que se dan al medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg.
- Formula médica[31]. Allí se enlista el medicamento en mención, el cual fue ordenado por el médico tratante.
- Historia clínica[32]. Relata todos los tratamientos, medicamentos, exámenes que se han practicado y suministrado a la paciente en aras de paliar el cáncer de endometrio.
- Solicita que el Juzgado oficie a la Aliansalud EPS con el fin de que establezca cual es el ingreso base de cotización de la accionada y el valor que cotiza mensualmente.
- Solicita que se practiquen algunas pruebas testimoniales[33] para establecer que la accionante no cuenta con los recursos para realizar copagos.
- Señora Doris Janeth Pérez.
- Señora Rosa Aura Pérez.

10. Actuaciones en sede de revisión

Mediante Auto de 7 de mayo de 2015, el Magistrado Sustanciador con el fin de aclarar puntos que interesan al proceso y obtener mayores elementos de juicio para adoptar una decisión de fondo, decretó algunas pruebas ordenando:

“PRIMERO: Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que en el término de un (1) día informe si los medicamentos Carboplatino solución inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

SEGUNDO: Ordenar al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)[34] que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de este proveído, señale si los medicamentos Carboplatino solución inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg. se encuentran incluidos o no en el registro sanitario. En igual sentido deberá informar el uso que se da a estas medicinas y para que enfermedades aplica

TERCERO: Ordenar al Dr. Fabio Ernesto Grosso Ospina[35], médico tratante de la señora Ángela Bejarano de Castillo adscrito a la EPS Aliansalud, que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de este proveído, indique este despacho, por qué formuló el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg ya que este no cuenta con registro sanitario por parte del INVIMA; De otro lado, informe si este medicamento puede ser reemplazado por algún otro que cuente con el registro sanitario y que ofrezca igual o mejor nivel en la cura de la enfermedad de base de la paciente; por último señale su concepto respecto de la efectividad del medicamento en lo atañe al tratamiento de cáncer de endometrio y si este causa efectos negativos en la salud del usuario.

CUARTO: Ordenar al Dr. Fabio Bonilla Abadía[36] médico tratante del señor Ignacio Restrepo Baquero y adscrito a la EPS Coomeva, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de este auto, indique a este despacho por qué formuló el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg EV. Si este no cuenta con registro INVIMA; igualmente señale si este medicamento puede ser reemplazado por algún otro que cuente con el registro sanitario y que ofrezca igual o mejor nivel en la cura de la enfermedad Orbitopatía por enfermedad de graves; finalmente exponga su concepto respecto de la efectividad del medicamento formulado en el manejo de la patología antes

mencionada y si este al ser usado causa algún efecto adverso en la salud del paciente.”

10.1. El Ministerio de Salud y Protección Social informó que los medicamentos Carboplatino solución inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg. se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el anexo 1 de la Resolución 005521 de 27 de febrero de 2013, ajustada por la Resolución 5926 de 23 de diciembre de 2014.

10.2. El INVIMA por su parte señaló que el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg #12, 800 mg cuentan con el registro sanitario debidamente emitido por esa entidad. No obstante indicó que dentro de los usos autorizados no se encuentran establecidas ninguna de las enfermedades de las que se hablan en el caso sub examine.

La mencionada entidad aclaró que: “(...) será el médico tratante de la patología puntual del paciente, quien defina sobre la conveniencia o no de un medicamento, precisamos que corresponde a este hacer tal análisis, ya que es el, el profesional idóneo que conoce la historia clínica del paciente, y es él quien toma las decisiones según su criterio científico conveniente para la patología”.

Así mismo destacó que: “La función del Invima por ministerio de la Ley, se circunscribe a otorgar el Registro Sanitario y ejecutar políticas públicas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médicos – quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que pueden tener impacto en la salud individual y colectiva.”

Finalmente, sostiene dicha entidad que: “de prosperar alguna petición, esta deberá ser satisfecha por la EPS teniendo en cuenta la necesidad del paciente, previo concepto médico de cada caso en específico si fuere el caso y en criterio de la EPS, no en cuanto a la expedición de un registro sanitario, sino frente a la entrega del medicamento, toda vez que como ya se mencionó el medicamento indicado cuenta con el respectivo registro sanitario otorgado por este instituto, en el cual insertamos, además la información técnica pertinente del producto que deberá ser valorada por el facultativo que asiste el caso puntual del paciente, incluyendo dentro de sus estudio y análisis, si la molécula es la apropiada.”

10.3. El Dr. Bonilla Abadía (Exp. T- T-4.716.116) médico tratante del señor Ignacio Restrepo Baquero, indicó los beneficios obtenidos con la aplicación del medicamento Tocilizumab en pacientes que padecen Orbitopatía por enfermedad de graves. En consonancia con lo anterior, indicó: “la literatura mundial (Treadmen of active corticosteroide-resistant Grave’s orbitopathy. Jose Vicente perez-moreiras, Alejandro Alvarez-LOPEZ, Estanislao Cardiel Gomez. Ophthal Plast reconstr Surg 2014: 300: 162-167. Donde se demostró estadísticamente significativo mejoría del score de actividad de enfermedad, disminución de inmunoglobulina estimulante de tiroides, reducción de proptosis (72%), mejoría de la movilidad ocular (83%, resolución de diplopia (53%)), en donde se encuentra un papel predominante de la IL-6 como citoquina proinflamatoria con aumento de la expresión del auto antígeno (receptor TSH) sobre tejido orbital (interleukin-6 stimulates thyrotropin receptor expression in human orbital preadipocyte fibroblast from patients with Grave’s ophthalmopathy. Thyroid Vol 11, number 10, 2001), dar manejo con Tocilizumab (Acmonoclonal humanizado contra el receptor de IL-6 soluble y unido a membrana) a dosis de 8 mg/kg cada 4 semanas como herramienta terapéutica en este caso tan complejo y refractario a múltiples intervenciones descritas”. Aunado a ello, señaló que dicho medicamento no puede ser reemplazado por algún otro que cuente con registro sanitario, puesto que es este el indicado para el manejo de la patología padecida por el paciente.

10.4. De otro lado, el médico tratante Dr. Fabio Grosso Ospina (Exp. T- 4.791.141) da respuesta a lo requerido dando a conocer la evidencia científica del medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg indicado: “Este es el tratamiento para el manejo de esta enfermedad en el mundo, en una paciente con cáncer de endometrio avanzado con rápida progresión. Las guías de tratamiento de cáncer a nivel mundial soportan el uso de este esquema de quimioterapia. Las guías americanas (NCCN – National Comprehensive Cancer Network y las del NCI – National Cancer Institute), las guías Europeas (ESMO – European Society of Medical Oncology), entre otras.”

Referente a si el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg, puede ser reemplazado por otro que cuente con registro sanitario del INVIMA y que ofrezca igual o mejor nivel en la cura de la enfermedad de base de la paciente, el médico tratante se limitó a decir no.

Respecto a la efectividad del medicamento en lo que atañe al tratamiento de cáncer de

endometrio y si este causa efectos negativos en la salud del usuario, el profesional de la salud señaló: “Hasta hace algunos años el tratamiento del cáncer de endometrio avanzado con enfermedad rápidamente progresiva era la quimioterapia con doxorubicina, cisplatino y paclitaxel, este tratamiento mostró en un estudio fase III, aumentar la supervivencia de los pacientes (Reducción en riesgo relativo de muerte en un 25%), aumentar la supervivencia libre de progresión (vida con enfermedad tumoral controlada – Reducción relativa en el riesgo de progresión del 40%), reducir el tamaño del tumor más que otro esquema de quimioterapia (G. Fleming, et al. J clin oncol 22: 2159-2166 – Phase III Trial of Doxorubicin plus cisplatin with or without paclitaxel plus filgrastim in advanced endometrial carcinoma: A Gynecologic Oncology Group Study). En el 2012 se presentó en el congreso mundial de cáncer ginecológico (Miller DS, Filiaci G, Mannel R, et al. Randomized Phase III Noninferiority Trial of First Line Chemotherapy for Metastatic or Recurrent Endometrial Carcinoma: A Gynecologic Oncology Group Study. LBA2. Presented at the 2012 Society of Gynecologic Oncology Annual Meeting, Austin, TX.) un estudio que comparó el esquema de doxorubicina, cisplatino y paclitaxel con el esquema de paclitaxel y carboplatino, mostrando iguales resultados pero con menos efectos tóxicos. Este tratamiento puede llevar a efectos tóxicos principalmente hematológicos y renales que usualmente son manejables, pero el no tratamiento de la enfermedad lleva a la muerte. Teniendo en cuenta lo anterior el mejor tratamiento que puede recibir la paciente es el tratamiento formulado, la paciente fue informada de los riesgos y beneficios del tratamiento.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de revisión es competente para revisar los fallos de tutela mencionados, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Para los actores, las EPS Aliansalud y Coomeva vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la salud y la seguridad social, al negarles la autorización de los medicamentos Carboplatino Solución Inyectable 450 mg y Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV, ordenados por sus médicos tratantes para el manejo de sus enfermedades de cáncer de endometrio y Orbitopatía por enfermedad de graves ocular,

respectivamente, por estar excluidos del POS y no contar con el registro sanitario del INVIMA para su uso en dichas patologías.

Para resolver el asunto sub examine, la Sala desarrollará los siguientes puntos: (i) procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud (ii) el derecho a la salud como derecho fundamental; (iii) La negación de tratamientos o medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud; (iv) el derecho al tratamiento integral en materia de seguridad social en salud; (v) la solicitud de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA y el uso o no en las patologías autorizadas por dicho instituto; para luego (vi) efectuar el análisis del caso concreto.

3. La procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

3.1. Esta Corte ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, entre otras disposiciones y en consonancia con la dignidad humana y con la vida misma, que la salud, dentro del ordenamiento jurídico nacional, presenta la doble connotación de servicio público esencial[37] y de derecho fundamental[38].

3.2. De tal dualidad ha emergido una correlatividad entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto la atención ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido y, a su vez, se ejerce dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre con ajuste al desarrollo constitucional que corresponde al derecho fundamental.

3.3. Cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

3.4. Posteriormente, la corporación observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de su esencia intrínseca, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto propiciaba las

condiciones de dignidad inherentes a la existencia humana, razón suficiente para tutelarlos directamente.

3.5. Adicionalmente, se ha realizado que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja 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, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”[39].

3.6. Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, han sido acogidas las consideraciones expuestas en la Observación Catorce del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas[40], sobre (i) el carácter fundamental de tal derecho, asumido como el disfrute del más alto nivel posible de salud, que permita a las personas vivir dignamente y (ii) la necesidad de implementar para su efectividad “numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”[41].

3.7. Así, cuando el Estado, en desarrollo del deber de organizar, dirigir y regular la prestación del servicio[42], diseña e implementa el marco legal para el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plan obligatorio del mismo y demás normas complementarias, surge para las personas la posibilidad de acudir ante un juez de tutela a exigir las prestaciones contenidas en la reglamentación nacional, lo que a su vez comporta, de un lado, un avance sobre la perspectiva meramente programática del derecho a la salud y, de otro, una concreción del contenido normativo de esta garantía como derecho subjetivo.

3.8. Al respecto, se expuso en fallo T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental, pues no es subjetivo; sin embargo, observó que “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a

atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”.

3.9. Lo anterior permite reafirmar la fundamentalidad del derecho a la salud y su inescindible acceso efectivo a las prestaciones contenidas en el POS y en el plan de beneficios (Ley 100 de 1993 y normas complementarias), por la categorización de los derechos prestacionales como subjetivos.

3.10. Por tanto, en escenarios en los que se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela. De ahí que el análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procederá, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico que se estudia.

3.11. De otra parte, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador, en ejercicio de lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, atribuyó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios[43].

3.12. Dicha competencia cobijó, inicialmente[44], las controversias relativas a (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por la EPS, en instituciones (IPS) con las que no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir la EPS libremente y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

3.13. En la sentencia C-117 de febrero 13 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se determinó la exequibilidad de esta vía judicial frente al cargo planteado en la demanda, relativo al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones

jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

3.14. En la sentencia C-119 del mismo día, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corte analizó otro cargo de inconstitucionalidad contra la misma disposición, referente a la presunta vulneración al debido proceso, ante la competencia del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS, hallándose exequible el demandado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas’.”

3.15. Bajo tales presupuestos, esta corporación en sentencia T-825 de octubre 19 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo, declaró la improcedencia de la acción de tutela que

se estudiaba en esa oportunidad, por incumplimiento del requisito de subsidiaridad, explicando:

“En el presente caso, la acción de tutela instaurada por las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona contra Saludcoop EPS resulta improcedente, en la medida en que se logró verificar el incumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la pretensión de las accionantes y la conducta que vulnera los derechos fundamentales de sus hijos menores tienen que ver con la negativa de la entidad prestadora de servicios de suministrar algunos tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, tal como se mencionó anteriormente, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver este tipo de conflictos.”

3.16. Dicha sentencia y otras que ratifican ese criterio interpretativo[45], han resaltado que el procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011, para resolver las controversias que se suscitan entre las EPS u otras entidades que se les asimilen y los usuarios del SGSSS, resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, dado su carácter informal, sumario, principal y preferente.

3.17. Por tanto, como se ha expuesto con anterioridad, dichas determinaciones tienden a apoyar la tesis relativa a que se debe agotar el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pero previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto, pues “tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección”[46].

3.18. No obstante, resulta significativo recordar que, en sede de revisión, esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio, frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alterno, el instrumento jurídico bajo análisis adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección efectiva de este derecho, particularmente cuando está

comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

3.19. En ese orden, ha advertido las lesivas consecuencias que comporta la competencia preferente otorgada al ente de la Rama Administrativa para conocer sobre la protección de garantías tan sensibles como el acceso al derecho fundamental a la salud, consignada en un recurso judicial que carece de suficiente desarrollo normativo y de la capacidad tuitiva del juez de tutela para amparar de manera idónea el acceso al derecho a la salud.

3.20. En efecto, la sentencia T-206 de abril 15 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, al abordar el juicio de procedibilidad de la acción incoada contra una EPS-S, por no aprobar los costos de transporte que requería una menor de edad para acceder a especialidades de reumatología y dermatología pediátrica, estableció que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como “preferente y sumario”[47], hay vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto precisó:

“Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”

3.21. Acorde a todo lo expuesto y conforme a la reafirmada jurisprudencia constitucional sobre el acceso indefectible al servicio de salud y los criterios interpretativos que deben orientar la labor del servidor judicial, no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al

servicio.

3.22. Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS.

3.23. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales.

3.24. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma.

3.25. Por las razones expuestas, no puede entenderse desplazada la competencia del juez de tutela en el escenario constitucional de acceso efectivo al servicio (actividades, procedimientos e intervenciones en relación con el POS), en tanto que lo que está en discusión es la protección directa del derecho fundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez de tutela inexorablemente conserva la competencia.

4. El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración jurisprudencial

4.1. La Constitución Política consagra la seguridad social[48] en ese entendido determina que la salud es un derecho y un servicio público esencial a cargo del Estado[49]. Este Tribunal ha desarrollado el derecho a la salud y a través de la jurisprudencia ha determinado las pautas de alcance y aplicación.

4.2. En esa medida, la Corte en la Sentencia T-760 de 2008 reiteró su posición en relación a que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental autónomo al señalar:

“(…) la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales. En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer “(…) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.” Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(…) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.”

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,[50] y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.[51] Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.[52]”

“(…) 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.” La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.

4.3. Adicionalmente en la misma providencia este Tribunal precisó que el derecho a la salud es susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela, puesto que el carácter de fundamental hace que su garantía se obtenga sin necesidad de acudir al criterio de conexidad con otro derecho, en ese entendido indicó:

“La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud. (...)”

4.4. Además, es preciso referir que recientemente en Sentencia C-313 de 2014, esta Corporación al analizar el Proyecto de Ley Estatutaria que regula el derecho a la salud en sede de control abstracto de constitucionalidad, reiteró la fundamentalidad del derecho a la salud consagrada por el legislador en dicho proyecto, al expresar que dicho mandato tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud así como regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

4.5. En el mismo cuerpo normativo[53], el legislador sostuvo que el derecho fundamental a la salud tiene el carácter de autónomo. Al respecto, la Corte en el examen realizado indicó:

“En cuanto al enunciado normativo contenido en el artículo 2°, cabe decir, en primer lugar, que caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial

obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

4.6. Cabe señalar que para esta Corporación la salvaguarda del derecho fundamental a la salud se debe conceder conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 Superior.

4.7. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, en suma “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”[54].

4.8. La Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Ello implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad. De otro lado debe resaltarse que este derecho es tutelable de manera autónoma, sin necesidad de que deba acudirse al criterio de conexidad para que pueda lograrse su efectividad.

5. La negación de procedimientos, tratamientos o medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración jurisprudencial

5.1. La Corte abordará lo concerniente a la negación de servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), puesto que a la luz de la jurisprudencia constitucional, esto constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud de los usuarios. Así las cosas la Ley 100 de 1993[55] señaló que la Unidad de Pago por Capitación tiene como finalidad la financiación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios, por tal motivo las EPS están negando servicios de salud que se encuentran pagos por el Estado.

5.2. La jurisprudencia[56] ha señalado que los conceptos incluidos en el POS deben ser suministrados de manera ineludible, en razón a que es el médico tratante quien los ordena con base en la valoración médica que ha hecho previamente a su paciente, es decir, que dicho estudio permite al galeno establecer qué tecnología en salud es más eficaz e idónea

para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad[57], de tal suerte que si la promotora de salud niega la prescripción médica realizada, está vulnerando el derecho fundamental a la salud de los afiliados.

5.3. Por lo anterior, la Corte ha sostenido que no es constitucionalmente válido que se niegue la prestación de cualquier tecnología en salud que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios y haya sido formulada por el médico tratante, ya que tal accionar pone en riesgo la vida e integridad de la persona, máxime cuando el servicio ya se encuentra financiado por la UPC.

5.4. El solo hecho de negar un servicio cubierto por el POS ocasiona un efecto adverso entre los pacientes, debido a que se transgrede el derecho a la salud del usuario cuando se le obliga a acudir a la administración de justicia para hacer valer sus derechos constitucionales. Por consiguiente, ante la sistemática interposición de acciones de tutela para reclamar dichos servicios, este Tribunal concluye que no se está garantizando de manera efectiva el acceso que tienen los usuarios para acceder a los servicios de salud.

5.5. Finalmente, la negación de este tipo de tecnologías en salud genera una solicitud de recobro ilegal, que de plano es improcedente, como quiera que el Estado pagó por el servicio incluido en el plan de beneficios. Por tanto, no puede bajo ningún motivo generarse un segundo pago a cargo del erario por un mismo concepto, en esa medida la EPS no asumió ningún rubro que no hubiere estado obligado normativamente a cancelar[58]. En tal contexto, no se puede permitir que las promotoras de salud recobren esos dineros ante el Fosyga o el ente territorial, puesto que constituye un pago de lo no debido[59]. Por ello, la Corte Constitucional deja establecido que en ningún caso podrá ser procedente una solicitud de recobro por prestaciones incluidas en el POS.

5.6. De manera reciente, la Ley 1751 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud”, contempló en su artículo 14[60], la prohibición de la negación de prestación de servicios de salud.

5.7. En ese entendido, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-313 de 2014 realizó el examen de constitucionalidad a dicha norma, allí esta Corporación reiteró: “el vigor del principio de universalidad en materia del derecho fundamental a la salud y, recordar que las cargas administrativas no tiene la entidad para hacer nugatorio el goce

efectivo del derecho a la salud.[61]”

5.8. De otro lado, la Sala Plena consideró “que no se acompasan con lo dispuesto en el artículo 2 y en el inciso primero del artículo 49 de la Carta, elementos que restrinjan o amenacen la realización efectiva del derecho. No se garantiza el acceso al servicio de salud cuando se dispone que existe la posibilidad de oponer cargas administrativas a la prestación del mismo en materia de urgencias cuando no se trate de atención inicial, o se condicione a situaciones que deben ser determinadas por el Ministerio de Salud.[62]”

5.9. Con base en lo anterior, declaró: “la inexecutable de las expresiones “inicial” y “en aquellas circunstancias que determine el Ministro de Salud y Protección Social”. Los restantes apartados del enunciado legal fueron valorados como ajustados a la Carta y por ende fueron declarados exequibles, observándose que en el inciso 2 las expresiones adecuada y racional no deben tornarse en factores restrictivos del goce efectivo del derecho.[63]”

5.10. Corolario de lo anterior, la normatividad vigente no ha sido ajena a la problemática aquí analizada; el Decreto 674 de 2014[64] señaló que le corresponde al Fosyga realizar los cruces y validaciones de cuentas con el fin de establecer si se ha realizado un doble pago a las EPS; constatada esa información, la mencionada entidad debe realizar las gestiones pertinentes ante las promotoras de salud con el fin de recuperar los dineros pagados y que no debieron ser percibidos por estas. De no ser posible la recuperación de dichos rubros, le corresponde a aquella trasladar el caso a la Superintendencia de salud, para que esta imparta de manera inmediata la orden de pago de las sumas de dinero canceladas.

5.11. No obstante, la Ley 1438 de 2011 estableció la posibilidad de que la Superintendencia Nacional de Salud sancionara aquellas faltas en las cuales incurrieran las diferentes entidades que integraban el Sistema, de tal modo que el artículo 130[65] de dicha norma determina la competencia del órgano de inspección, vigilancia y control así como las conductas a sancionar. Con base en lo anterior la Sala encuentra que el numeral décimo (10) de dicho enunciado normativo refiere como una conducta lesiva para el sistema “efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

5.12. La Contraloría General de la República en su condición de órgano de control de los

recursos públicos debe investigar este tipo de conductas que defraudan las finanzas del Sistema de Salud y si es del caso adoptar las medidas necesarias para que a nivel fiscal no continúen presentándose casos como los aquí examinados[66].

5.13. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación[67] con fundamento en las competencias constitucionales que le fueron asignadas deberá adelantar las actuaciones pertinentes en aras de establecer si las EPS en mención incurrieron en alguna conducta punible al momento de negar un servicio incluido en el Plan de Beneficios.

5.14. Finalmente y con base en lo establecido en la Constitución Política y en Ley 1474 de 2011[68] la Procuraduría General de la Nación deberá investigar los hechos acá expuestos y determinar si Aliansalud y Coomeva EPS incurrieron en alguna conducta objeto de sanción disciplinaria, teniendo en cuenta que incurrieron en conductas que vulneraron el derecho fundamental a la salud al negar un servicio POS y son entidades que manejan recursos públicos como la UPC.

5.15. En conclusión, esta Corporación encuentra que el artículo 14 de la Ley 1751 de 2015 se mantiene incólume, salvo los apartes declarados inexecutable por esta Corporación en la Sentencia C-313 de 2014. Lo anterior permite inferir que efectivamente está prohibida la negación de servicios de salud, por tal motivo, este Tribunal ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, que con base a la información trasladada y dentro del ámbito de sus competencias investiguen los hechos y conductas en las que posiblemente incurrieron las EPS Aliansalud y Coomeva al negar la prestación de los servicios que se encuentran incluidos en el POS.

6. El derecho al tratamiento integral en materia de seguridad social en salud. Reiteración jurisprudencial

6.1. Uno de los principios que rodean al Sistema de Salud en Colombia, es el de integralidad[69] entendido como la capacidad con la que cuenta dicho esquema para garantizar las contingencias que afecten a la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población.

6.2. La jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio

suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, la Corte ha indicado que: “en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley.”[70]

6.3. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando por parte del usuario se requiere una atención integral de salud, su médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere con necesidad. De no poder especificarse cuáles son los servicios, le corresponde al Juez constitucional hacerlas determinables haciendo uso de algunos criterios para establecerlas. En tal sentido, la Corte sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección

constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”[71]

6.4. Así las cosas, teniendo como base los criterios antes mencionados el Tribunal Constitucional ha concedido en distintas oportunidades el derecho a obtener un tratamiento integral y la posibilidad de solicitar su protección mediante el mecanismo de la acción de tutela.

7. Solicitud de medicamentos que no cuentan con registro INVIMA. Reiteración jurisprudencial

7.1. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) fue creado por el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, como un “establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa”.

7.2. En igual sentido, conforme a lo dispuesto en el Art. 2 del Decreto Reglamentario 2078 de 2012, el objeto de esta entidad es: “actuar como institución de referencia nacional en materia sanitaria y ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de Salud y Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.”.

7.3. En cuanto al registro sanitario este ha sido definido como un “documento público expedido por el INVIMA o la autoridad delegada, previo el procedimiento tendiente a verificar el cumplimiento de los requisitos tecnicolegales establecidos en el presente Decreto, el cual faculta a una persona natural o jurídica para producir, comercializar, importar, exportar, envasar, procesar y/o expendir los medicamentos cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene y limpieza y otros productos de uso doméstico”[72]. Por tanto, se entiende que es un acto administrativo a través del cual la autoridad sanitaria hace constar que determinado

medicamento superó las evaluaciones científicas y legales y por ende que cumple con los parámetros fijados para ser producido o comercializado en el país.

7.4. En los términos del artículo 22 del Decreto Reglamentario 677 de 1995, dentro de los documentos que deben ser allegados para efectos de que el INVIMA pueda llevar a cabo la evaluación farmacéutica de un medicamento, es necesario que el interesado aporte la información relacionada con las indicaciones farmacológicas y el uso terapéutico del mismo. De esta manera, las indicaciones de uso aprobadas y consignadas en el registro sanitario dependerán, de un lado, de los estudios médicos que presente el titular del registro y, del otro, que agotada la etapa de evaluación correspondiente el INVIMA encuentre demostrado que el medicamento resulta útil y seguro para el tratamiento de determinada enfermedad.

7.5. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la refrendación de un medicamento como alternativa terapéutica válida para tratar una determinada patología puede darse en dos sentidos: la primera es, la manifestación hecha por la autoridad sanitaria competente (regla general); y la segunda es, el acuerdo que existe entre la comunidad científica sobre el particular. En tal sentido, el Tribunal constitucional ha indicado:

“Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.[73]”

7.6. Así las cosas, la expedición del registro INVIMA constituye la acreditación formal de un medicamento; de otro lado, la aprobación informal está dada por la aceptación que por parte de la comunidad científica exista hacia un medicamento en aras de que este pueda ser utilizado en el manejo de una patología determinada. En caso de no existir ninguna de las mencionadas refrendaciones, se estaría en presencia de un medicamento de los llamados “no comprobados” o en fase experimental, lo cual significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente[74].

7.7. Por otra parte, en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para que a través de la acción de tutela se ordene la entrega de aquellos medicamentos que no cuentan con el registro sanitario, el Tribunal Constitucional en la Sentencia T-1214 de 2008 expresó:

“De la jurisprudencia de la Corte respecto de medicamentos no POS, en caso de que los mismos carezcan de registro INVIMA, es claro que para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, así como también, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente y que no se trata de una droga en etapa experimental; lo cual se presume, si el médico tratante prescribe el medicamento y el diagnóstico no es controvertido en dicho sentido. Por último, se debe verificar que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo.

De otro lado la Corte ha fijado en sus pronunciamientos que cuando un medicamento no cuenta con el registro sanitario del INVIMA, pero este es requerido por el usuario para que su patología sea tratada, procede el amparo constitucional con base en el principio de la evidencia científica. Así lo indicó la sentencia T-418 de 2011:

“(…) Se trata entonces otra vez, del principio de evidencia científica, antes mencionado, según el cual, si un servicio se requiere o no, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso concreto y específico. Ahora bien, la jurisprudencia ha especificado que en la medida que el fundamento de la decisión médica debe partir de la información objetiva con que se cuente, el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica que el mismo tenga carácter experimental.

7.8. Finalmente en la misma providencia y teniendo como punto de partida el principio de evidencia científica antes mencionado, esta Corporación señaló que cuando el médico tratante cuenta con argumentos científicos certeros y suficientes para ordenar un medicamento que no cuenta con el registro sanitario debidamente emitido por el INVIMA, este podrá prescribirlo para ser utilizado en un caso médico concreto. No obstante, la prescripción médica realizada por el galeno tratante, no es absoluta, esta podrá ser controvertida por la EPS o cualquier otra entidad con evidencia y criterios científicos, de tal suerte que será esa la única forma en que ellas podrán obstaculizar el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante. En tal sentido la Corte señaló:

“(…) Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible.”

7.9. Recientemente, este Tribunal reiteró su posición en relación con el concepto del galeno tratante en relación a un medicamento y el carácter vinculante que tiene para la EPS dicho criterio. Así, en la Sentencia T-061 de 2014, en lo que atañe al concepto del médico tratante, señaló:

“La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud.

Adicionalmente, esta Corte ha estimado que cuando surja un conflicto entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, se puede acudir a la acción de tutela, teniendo en cuenta que “mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente,

prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario”.

7.10. Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho referencia a los denominados medicamentos de “segundo uso”, que son aquellos que no cuentan con el uso aprobado por parte del INVIMA para utilizarse en determinada enfermedad. En tal sentido la Sentencia T-939 de 2013[75] indicó:

“3.8. Luego del análisis de los puntos anteriormente planteados, si el juez lo considera pertinente, ordenará el suministro del medicamento en cuestión bajo las precauciones necesarias que el médico tratante determine, no sin antes haberse asegurado que existe la suficiente evidencia científica sobre ese segundo uso.”

En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

8. Análisis de los casos concretos

Los casos bajo examen presentan similitud de hechos y pretensiones. En efecto, los accionantes solicitaron el amparo constitucional al considerar vulnerados sus derechos a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la seguridad social, ante la renuencia de las EPS de suministrar los medicamentos que requieren para el tratamiento de sus enfermedades, por aparentemente encontrarse excluidos del POS y no contar con los registros sanitarios emitidos por el INVIMA.

Cuestión previa

La sala advierte que las acciones de tutela interpuestas por el señor Restrepo Baquero y la señora Bejarano de Castillo, son procedentes en la medida en que existiendo un mecanismo administrativo que se adelanta ante la Superintendencia Nacional de Salud para dirimir los conflictos que se susciten entre los usuarios y las promotoras de salud a las que se encuentren afiliados, este no es suficiente para garantizar la protección del derecho

fundamental a la salud, lo cual permite al juez de tutela dirimir y pronunciarse acerca de los eventos en que los organismos que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud vulneran el mencionado derecho a los afiliados a aquel.

Expediente T- 4.716.116. Acción de tutela interpuesta por Ignacio Restrepo Baquero contra Coomeva EPS.

8.1. El señor Ignacio Restrepo Baquero desde diciembre de 2012 le fue diagnosticado la enfermedad Orbitopatía por enfermedad de graves, la cual le genera dolor ocular, persistencia de proptosis y diplopía además de presión ocular alta y retracción palpebral. El médico tratante (Dr. Fabio Bonilla Abadía) luego de haber adelantado un tratamiento con una serie de medicamentos sin que se denotara mejoría alguna en el paciente así como que el cuerpo es refractario a la aplicación de varios medicamentos lo cual impedía que los tratamientos y medicamentos formulados no surtieran efecto benéfico en el usuario, optó por recetar el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV el cual fue negado por la EPS Coomeva. En tal sentido solicita que se le garanticen los derechos a la salud, vida digna e integridad.

8.2. Del expediente se evidencia que la promotora de salud Coomeva así como su Comité técnico Científico (CTC) negaron la entrega del medicamento en mención por considerar que no se encontraba cubierto por el Plan Obligatorio de Salud, además de sostener que este no cuenta con el registro sanitario del INVIMA debido a que los aplicativos registrados ante este Instituto ninguno tiene relación con la enfermedad de base del paciente.

8.3. En tal sentido, la Sala denota que de las pruebas practicadas de oficio, las aportadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y el INVIMA reflejan lo contrario.

8.4. De un lado el ente ministerial afirmó que el medicamento Tocilizumab ampollas X 200 mg y 800 mg se encuentra cubierto por el plan de beneficios, Igualmente indicó que le asiste a la EPS Coomeva el deber de suministrar el mencionado medicamento.

8.5. Por su parte el INVIMA señaló que el medicamento en comento cuenta con el registro sanitario emitido por el instituto, a su vez señaló que no es la entidad competente para indicar si se debe o no suministrar dicho fármaco, puesto que su competencia se limita

a emitir los permisos para que pueda distribuirse y venderse dentro del país. En ese entendido indicó que la competencia para determinar la viabilidad de un medicamento en el tratamiento de una enfermedad recae sobre el médico tratante, puesto que es él la persona que por sus conocimientos sabe si puede o no resultar benéfico para el paciente.

8.6. De lo anterior se refleja que la EPS Coomeva, negó al señor Restrepo Baquero el medicamento Tocilizumab ampollas X 200 mg y 800 mg, encontrándose este incluido en el POS, lo cual, como se indicó arriba, bajo la óptica de la jurisprudencia constitucional, esto constituye una flagrante violación del derecho fundamental a la salud por parte de dicha entidad. No obstante lo señalado por esta Corporación, debe indicarse que el hecho de negar una prestación cubierta por el POS, constituye un acto fraudulento en contra del Sistema de Salud, puesto que dichos servicios ya se encuentran financiados por el Estado a través de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), lo cual genera un doble rubro en favor de la promotora de salud y en contra del mencionado sistema. Así las cosas, la Sala encuentra pertinente informar de este mal proceder a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Contraloría General de la República, para que en el marco de sus competencias investiguen y sancionen el accionar aquí referido.

8.7. De otro lado, se desprende del expediente que los conceptos del médico tratante y el Comité Técnico Científico de Coomeva EPS no son afines, lo cual permite inferir a esta Sala que existe tensión por lo manifestado por ellos en lo atinente a la entrega del medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV.

8.8. Así las cosas se tiene que el médico tratante del señor Restrepo Baquero le recetó el medicamento mencionado como consta en la formula médica e historia clínica; en consonancia con lo anterior el galeno refirió la evidencia científica en la que se sustenta la decisión de recetar dicho medicamento, en tal sentido señaló: “la literatura mundial (Treadmen of active corticosteroide-resistant Grave’s orbitopathy. Jose Vicente perez-moreiras, Alejandro Alvarez-LOPEZ, Estanislao Cardiel Gomez. Ophthal Plast reconstr Surg 2014; 300: 162-167. Donde se demostró estadísticamente significativo mejoría del score de actividad de enfermedad, disminución de inmunoglobulina estimulante de tiroides, reducción de proptosis (72%), mejoría de la movilidad ocular (83%, resolución de diplopia (53%)), en donde se encuentra un papel predominante de la IL-6 como citoquina proinflamatoria con aumento de la expresión del auto antígeno (receptor TSH) sobre tejido orbital (interleukin-6

stimulates thyrotropin receptor expression in human orbital preadipocyte fibroblast from patients with Grave's ophthalmopathy. Thyroid Vol 11, number 10, 2001), dar manejo con Tocilizumab (Acmonoclonal humanizado contra el receptor de IL-6 soluble y unido a membrana) a dosis de 8 mg/kg cada 4 semanas como herramienta terapéutica en este caso tan complejo y refractario a multiples intervenciones descritas". Adicional a esto, se encuentra en el expediente un documento emitido por la Clínica Fundación Valle de Lili y suscrito por el Dr. Bonilla Abadía, quien funge como médico tratante, en donde manifiesta que el medicamento Tocilizumab debe ser suministrado al paciente para el tratamiento de la enfermedad Orbitopatía por enfermedad de graves ocular que padece el usuario en mención.

8.9. De otro lado, la entidad accionada indicó que el medicamento requerido por el señor Restrepo Baquero, no se encuentra incluido en el POS, en esa medida el conducto regular era enviar esa solicitud al Comité Técnico Científico para que este aprobara o denegara la solicitud. En el caso bajo examen, se tiene que dicho órgano no aprobó la entrega del medicamento aduciendo que de acuerdo a la norma del ministerio, al interior del país no puede usarse moléculas que no cuenten con la indicación autorizada por el INVIMA.

8.10. Lo anterior, permite deducir que los conceptos del médico tratante y la EPS, se encuentran opuestos, situación que la jurisprudencia de la Corte ha tratado en diferentes casos como se indicó arriba. En ese entendido tenemos que el médico tratante ordenó el medicamento Tocilizumab para tratar la enfermedad Orbitopatía por enfermedad de graves, para lo cual el galeno tratante suministró la suficiente información médico-científica con la cual estableció la viabilidad de la utilización de dicho fármaco para el tratamiento que se le adelanta al paciente Restrepo Baquero; igualmente en informe suscrito por el médico tratante se dice que el paciente en comento requiere de este medicamento, puesto que la no entrega de este puede afectar la salud e integridad física del paciente ya que puede presentar compromiso de agudeza visual y complicaciones secundarias.

8.11. Por su parte, la promotora de salud únicamente refirió la NO APROBACIÓN del medicamento en mención, basando su decisión en la normativa del Ministerio de Salud y Protección, manifestando lo siguiente: "en nuestro país solo se pueden usar moléculas que tengan autorizado la indicación por el ente regulador INVIMA"

8.12. En conclusión, la regla propuesta por la jurisprudencia de la Corte indica que la prescripción médica hecha por un galeno tratante debe estar soportada en conceptos médicos-científicos que permitan inferir que la aplicación de un medicamento o el uso de una tecnología en salud es pertinente para ser utilizada en el tratamiento de la enfermedad, en el caso sub examine se tiene que el médico tratante aportó la evidencia científica suficiente en relación con el uso del medicamento para tratar la enfermedad Orbitopatía por enfermedad de graves ocular, así mismo señaló que dicho medicamento no genera afección a la salud del paciente; de otro lado este tribunal ha indicado que la única manera en que una promotora de salud puede restar mérito a lo señalado por el médico tratante, es con argumentos de índole científico, en esa medida la entidad podrá obstaculizar la entrega del medicamento, sin embargo del caso particular se extrae que la entidad no contravirtió lo señalado por el médico tratante, de la manera señalada por esta Corte en su jurisprudencia allegando información médico-científica, sino que su argumento fue eminentemente normativo.

8.13. Por lo expuesto, la Sala constata que la EPS Coomeva vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, a la salud y a la seguridad social y en esa medida ordenará a esa entidad que suministre el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg EV, con el fin de que sea utilizado en el tratamiento de la enfermedad en comento.

8.14. Por último, en lo que atañe a la solicitud de una atención médica integral para los padecimientos que sufre el accionante, debe indicarse que, como atrás se señaló, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando se solicita la concesión de una atención integral, es necesario establecer si las prestaciones que se requieren se encuentran determinadas por el concepto del médico tratante.

8.15. Aplicada esta regla de decisión al caso que aquí se analiza, la Sala encuentra que en el expediente no existe información que dé cuenta de procedimientos, terapias, cirugías, tratamientos, exámenes o medicamentos que le hayan sido prescritos y que la empresa accionada haya negado -distintos al que atrás se indicó-. Tampoco existe información que permita establecer en qué consiste específicamente el tratamiento o el procedimiento que el señor Restrepo Baquero reclama. La única información que obra en el expediente es la relacionada con la enfermedad que padece el actor, la cual, no obstante, no permite

establecer a priori cuál sería el contenido de la reclamada atención integral.

8.16. Esa indeterminación, impide que la Sala evalúe si hay lugar o no a autorizar la entrega o el suministro de algún elemento en particular, por lo que no es posible acceder a esta pretensión.

8.17. En conclusión, esta Sala encuentra que la EPS Coomeva violó los derechos a la vida, salud, dignidad humana del paciente Ignacio Restrepo Baquero al negarle el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg Ev ordenado por el médico tratante, de igual forma cabe indicar que la prescripción médica se hizo con base en la mejor evidencia científica existente como se señaló en la historia clínica sin que haya existido pronunciamiento en contra por parte de la promotora de salud en comento.

Expediente T- 4.791.141. Acción de tutela interpuesta por Flor Ángela Bejarano de Castillo contra Aliansalud EPS

8.18. Flor Ángela Bejarano de Castillo, persona mayor de edad instauró acción de tutela contra Aliansalud EPS, por considerar que esta vulneró sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social al no suministrar el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg para tratar su enfermedad de base[76].

La mencionada promotora de salud, indicó que no había vulnerado derecho alguno, puesto que cumplió con el deber constitucional y legal que le asiste de remitir la solicitud de dicho medicamento al Comité Técnico Científico, por no encontrarse incluido en el plan de beneficios y no tener el registro sanitario del INVIMA.

No obstante el CTC negó la solicitud elevada por la EPS, argumentando que el medicamento ordenado por el médico tratante no contaba con el registro sanitario otorgado por el INVIMA.

En lo que atañe a la solicitud de la usuaria para que se le suministre el tratamiento de manera integral, sostuvo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional por vía de acción de tutela no es posible amparar derechos inciertos y futuros.

El juez de instancia negó las pretensiones de la acción argumentando que no existía evidencia científica alguna que permitiera establecer que el uso del medicamento es óptimo

para el tratamiento de Cáncer de Endometrio, en igual sentido señaló que no se logra determinar los efectos adversos que el medicamento pueda generar en la salud del paciente, máxime cuando este no cuenta con el registro sanitario del INVIMA. Lo anterior pese a ser formulado por su médico tratante.

La Sala de Revisión examinará el fallo de instancia proferido por el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá. Para ello valorará el material probatorio que obra en el expediente y determinará la decisión a adoptar.

8.19. Del expediente y las pruebas que lo acompañan pueden darse por ciertos los hechos relativos a la enfermedad que padece la señora Bejarano de Castillo, la cual está dada por cáncer de endometrio como puede constatarse en la historia clínica.

8.20. Así mismo, del informe allegado por Aliansalud EPS se desprende que el médico tratante recetó el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg, el cual fue negado por su Comité Técnico Científico, aduciendo que el “medicamento NO POS – CARBOPLATINO” requerido por la paciente “no cuenta con indicaciones terapéuticas registradas ante el INVIMA para ser utilizado en el manejo de Cáncer Endometrial, se requiere revisión de la prescripción realizada y aclaración de la misma.”

8.21. Previo a realizar el análisis del caso sub examine, la sala encuentra pertinente reiterar la posición que esta Corporación ha tenido en relación a los pacientes que padecen enfermedades tales como Cáncer, a quienes por la complejidad de su padecimiento les impide desarrollar su vida en condiciones normales, lo que ha permitido inferir a este Tribunal que dichas personas se encuentran en un estado de indefensión y debilidad manifiesta por lo que la jurisprudencia les ha otorgado la calidad de sujetos de especial protección constitucional.

Con base en lo anterior, se tiene que la accionante en razón a su enfermedad de base, se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, en este sentido la señora Bejarano de Castillo es sujeto de especial protección constitucional.

8.22. Ahora bien, en relación al medicamento Carboplatino solución inyectable 540 mg y su cobertura por parte del Plan de beneficios, la Sala observa que la promotora de salud Aliansalud así como su Comité Técnico Científico señalaron que el medicamento en mención

no se encuentra cubierto por el POS.

8.23. Entre tanto, del acervo probatorio que obra en el expediente se extrae que el Ministerio de Salud y protección Social[77] indicó que el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud conforme a lo establecido en la resolución 5521 de 2013[78], por tanto no hay motivo para que se dé tal negación.

8.24. En conclusión la Sala advierte que el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg, conforme a lo indicado por el ente Ministerial, se encuentra cubierto por el plan de beneficios, de tal suerte que la negación de este medicamento así como de una tecnología o tratamiento en salud que se encuentra amparada por el POS, constituye en una flagrante violación al derecho fundamental a la salud de los usuarios con base en lo expuesto.

8.25. Aunado a lo anterior, debe señalarse que el hecho de negar un servicio de salud amparado por el POS, se torna en una conducta ilegal puesto que son prestaciones que ya se encuentran financiadas por Unidad de Pago por Capitación, de ahí que si una EPS realizara un recobro por un medicamento incluido en el POS, se estaría configurando un pago de lo no debido por encontrarse ya cancelado por el Sistema de Salud. Así las cosas se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud así como a la Contraloría General de la República, para que conforme a sus competencias investiguen y si es del caso sancionen la conducta en que incurrió la promotora de salud Aliansalud al negar un medicamento POS.

8.26. Continuando con el análisis del caso, la Corte evidencia que existe disparidad entre lo indicado por el médico tratante de la usuaria Bejarano de Castillo y lo manifestado por el Comité Técnico Científico de Aliansalud EPS, en lo que atañe al suministro del medicamento Carboplatino.

8.27. Se desprende del expediente, que el médico tratante recetó el mencionado medicamento a la señora Bejarano de Castillo para tratar su enfermedad de base, la cual es cáncer de endometrio. De otro lado, en sede de revisión y en aras de contar con mayores elementos de juicio esta Sala cuestionó al galeno tratante sobre el uso del mencionado fármaco para palear la enfermedad en comento, sobre el particular el profesional indicó que: “Este es el tratamiento para el manejo de esta enfermedad en el mundo, en una paciente con cáncer de endometrio avanzado con rápida progresión. Las guías de

tratamiento de cáncer a nivel mundial soportan el uso de este esquema de quimioterapia. Las guías americanas (NCCN – National Comprehensive Cancer Network y las del NCI – National Cancer Institute), las guías Europeas (ESMO – European Society of Medical Oncology), entre otras.”

8.28. Igualmente, al ser interrogado sobre la efectividad del medicamento para tratar el cáncer de endometrio y los efectos negativos en la salud del paciente, este señaló: “: “Hasta hace algunos años el tratamiento del cáncer de endometrio avanzado con enfermedad rápidamente progresiva era la quimioterapia con doxorubicina, cisplatino y paclitaxel, este tratamiento mostró en un estudio fase III, aumentar la supervivencia de los pacientes (Reducción en riesgo relativo de muerte en un 25%), aumentar la supervivencia libre de progresión (vida con enfermedad tumoral controlada – Reducción relativa en el riesgo de progresión del 40%), reducir el tamaño del tumor más que otro esquema de quimioterapia (G. Fleming, et al. J clin oncol 22: 2159-2166 – Phase III Trial of Doxorubicin plus cisplatin with or without paclitaxel plus filgrastim in advanced endometrial carcinoma: A Gynecologic Oncology Group Study). En el 2012 se presentó en el congreso mundial de cáncer ginecológico (Miller DS, Filiaci G, Mannel R, et al. Randomized Phase III Noninferiority Trial of First Line Chemotherapy for Metastatic or Recurrent Endometrial Carcinoma: A Gynecologic Oncology Group Study. LBA2. Presented at the 2012 Society of Gynecologic Oncology Annual Meeting, Austin, TX.) un estudio que comparó el esquema de doxorubicina, cisplatino y paclitaxel con el esquema de paclitaxel y carboplatino, mostrando iguales resultados pero con menos efectos tóxicos. Este tratamiento puede llevar a efectos tóxicos principalmente hematológicos y renales que usualmente son manejables, pero el no tratamiento de la enfermedad lleva a la muerte. Teniendo en cuenta lo anterior el mejor tratamiento que puede recibir la paciente es el tratamiento formulado, la paciente fue informada de los riesgos y beneficios del tratamiento.”

8.29. Por su parte, el Comité Técnico Científico de Aliansalud EPS basó su negativa para entregar el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg en que aquel “no cuenta con indicaciones terapéuticas registradas ante el INVIMA para ser utilizado en el manejo del Cáncer de Endometrial, se requiere revisión de la prescripción realizadas y aclaración de la misma”. Cabe resaltar que en lo reportado no obra información médico-científica que permita concluir que lo resuelto cuenta con un sustento de esa índole.

8.30. En este punto, cabe resaltar lo manifestado por el INVIMA al ser cuestionado sobre el registro sanitario del medicamento en mención, para ello el instituto indicó que el fármaco sí cuenta con la autorización emitida por ellos.

8.31. Sin embargo señaló “que es el médico tratante a quien le asiste definir la conveniencia o no del uso de un medicamento, puesto quien realiza el análisis y determina la viabilidad de la utilización del medicamento es este, ya que es quien conoce la historia clínica de la usuaria y en últimas quien adopta las decisiones según su criterio médico.”

8.32. Igualmente refirió que “corresponde al médico tratante hacer tal análisis, ya que es él, el profesional idóneo que conoce la historia clínica del paciente, y es él quien toma las decisiones según su criterio científico conveniente para la patología. No es esta entidad competente para formular, ordenar o siquiera sugerir tratamiento alguno al respecto de ninguna enfermedad”.

8.33. La Sala advierte que el médico tratante de la señora Bejarano de Castillo, recetó el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg con base en la mejor evidencia científica existente. Como lo expuso el profesional en salud los estudios elaborados por entidades competentes para ello, le permitieron concluir que el uso de dicha medicina en el tratamiento de Cáncer de Endometrio es benéfico para disminuir el avance de los síntomas de la enfermedad de base, así como como también es benéfico para la salud de la paciente. Entre tanto, el Comité Técnico Científico de la mencionada EPS, fundamentó su decisión en que dicho medicamento no contaba con el uso terapéutico registrado ante el INVIMA, lo cual bastó para negar la utilización de aquel sin que existiera un fundamento médico científico que acompañara dicha decisión.

8.34. En suma, con base en la jurisprudencia de la Corte se concluye que cuando el médico tratante cuenta con información médico-científica suficiente para utilizar un medicamento, su opinión solo podrá ser refutada con base en información del mismo carácter. Como se observa en el caso sub examine, el galeno tratante de la señora Bejarano de Castillo formuló el medicamento Carboplatino con base en información médico-científica que le permitió establecer un grado alto de efectividad en el tratamiento del cáncer de endometrio padecido por la usuaria, así como los bajos niveles de toxicidad para la salud de la paciente, ello se desprende del acervo probatorio que obra en el expediente.

8.35. De otro lado, el CTC de Aliansalud sustentó su decisión en el hecho de que el fármaco ordenado no cuenta con ningún uso terapéutico registrado ante el INVIMA para tratar la enfermedad en comento, así mismo no se observa en el expediente un argumento científico que acompañe la decisión adoptada.

8.36. Por lo expuesto, la Sala concederá el medicamento requerido con base en la mejor evidencia científica la cual fue aportada de manera oportuna por el médico tratante. Entre tanto, Aliansalud EPS y su Comité Técnico Científico no controvirtieron con argumentos médico-científicos lo indicado por el galeno. En ese entendido y con base en lo manifestado por este Tribunal, para oponerse al suministro del medicamento en mención, las referidas entidades debieron haber controvertido lo dispuesto por el médico tratante con argumentos especializados de índole científico, en esa medida se tiene que Aliansalud y su Comité Técnico Científico no argumentó su decisión conforme a lo reiterado por esta jurisprudencia, por lo tanto no pueden obstaculizar el suministro del medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg, ya que dicha formulación se adoptó con base en información calificada y pertinente para el caso concreto.

8.37. Finalmente, y en cuanto a la pretensión relacionada con que se ordene a la accionada la atención integral para tratar el cáncer de endometrio que sufre la accionante, debe indicarse que, como atrás se señaló, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando se solicita que se conceda atención integral, es necesario establecer si las prestaciones que se requieren se encuentran determinadas por el concepto del médico tratante.

8.38. En igual sentido, cabe señalar que en relación a los pacientes que padecen enfermedades catastróficas, la regla establecida por la jurisprudencia de esta Corte es que se “debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”

8.39. Así las cosas, por encontrarse probada la enfermedad que padece la actora y encajar esta dentro de los parámetros jurisprudenciales indicados arriba, esta Sala ordenará a la accionada que suministre de manera integral el tratamiento que el médico tratante prescriba para mitigar los efectos de la enfermedad de base de la usuaria.

8.40. Por lo expuesto la Sala encuentra que la EPS Aliansalud vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de la accionante, debido a que dicha promotora de salud obstaculizó el acceso de esta al medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg ordenado por su médico tratante y el cual se encuentra cubierto por el POS, sin tener un fundamento médico-científico para ello, así mismo la prescripción médica hecha por el galeno tratante fue realizada con base en la mejor evidencia científica existente, lo cual se ajusta a los parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación. En esa medida se ordenará su entrega en los términos prescritos por el médico tratante.

8.41. En igual sentido se ordenará a la accionada suministrar el tratamiento prescrito por el médico tratante de manera integral, con el fin de mitigar el avance de la enfermedad de base de la paciente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de seis (6) de octubre de 2014 emitida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, y en consecuencia amparar los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad física al señor Ignacio Restrepo Baquero (Exp.T-4.716.116).

SEGUNDO: ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia realice las gestiones a que haya lugar y suministre el medicamento Tocilizumab ampollas por 200 mg # 12,800 mg Ev al accionante, en los términos prescritos por su médico tratante.

CUARTO: ORDENAR a la EPS Aliansalud que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, suministre el medicamento Carboplatino solución inyectable 450 mg a la accionante, en los términos indicados por el médico tratante.

QUINTO: ADVERTIR a la EPS Aliansalud que deberá proporcionar de manera integral, los

medicamentos y demás prestaciones a la señora Blanca Bejarano de Castillo, cada vez que el respectivo galeno a cargo así lo considere.

SEXTO: REMITIR a la Superintendencia Nacional de Salud, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación y Procuraduría General de la República copia completa de los expedientes, para que con base en sus competencias determinen si las EPS Aliansalud y Coomeva incurrieron en alguna falta al negar el suministro de medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

SÉPTIMO: LÍBRENSE por secretaría las comunicaciones de las que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 479/15

Referencia: Auto de corrección de errores de transcripción en la sentencia T-313 de 2015.

Expediente T-4.791.141 AC Acción de tutela interpuesta por la señora Flor Angela Bejarano de Castillo contra Aliansalud EPS.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., Trece (13) de octubre de dos mil quince (2015)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere el siguiente auto,

CONSIDERANDO:

1. El 5 de octubre de 2015, la señora Gloria Eugenia Gómez Toro actuando en calidad de representante legal de la EPS Aliansalud mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación, solicitó la corrección de la sentencia T-313 de 2015, toda vez que en el ordinal quinto de la parte resolutive de dicha providencia se cambió el nombre de la señora Flor Angela Bejarano de Castillo por el de “Blanca”.

Así las cosas, esta Corporación ha señalado en múltiples oportunidades[79] que los errores de transcripción presentes en sus sentencias deben corregirse aplicando lo dispuesto en los artículos 310 de Código de Procedimiento Civil[80] y 286 del Código General del Proceso[81]; es decir, por imprecisiones cometidas por omisión o cambio de palabras o alteraciones de estas.

3. En el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia T-313 de 2015 se dispuso:

“ADVERTIR a la EPS Aliansalud que deberá proporcionar de manera integral, los medicamentos y demás prestaciones a la señora Blanca Bejarano de Castillo, cada vez que el respectivo galeno a cargo así lo considere”

4. La Sala constata que se incurrió en un error mecanográfico, toda vez que se aludió a “Blanca” Bejarano de Castillo cuando el nombre correcto es “Flor Ángela”.

5. De esta manera, se hace necesario corregir el error mecanográfico en que se incurrió.

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

RESUELVE:

Primero.- CORREGIR el numeral QUINTO de la parte resolutive de la sentencia T-313 de

2015, el cual quedará así:

“ADVERTIR a la EPS Aliansalud que deberá proporcionar de manera integral, los medicamentos y demás prestaciones a la señora Flor Angela Bejarano de Castillo, cada vez que el respectivo galeno a cargo así lo considere. ”

Segundo.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional COMUNICAR este Auto al Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá, para que haga parte integral de la sentencia. El mencionado Despacho judicial deberá notificar la decisión de corrección a las partes interesadas en el asunto de la referencia.

Tercero.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que adjunte copia del presente Auto a la sentencia T-313 de 2015, con el fin de que sea publicado conjuntamente.

Notifíquese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno de tutela 1, folios 7 a 11.

[2] Cuaderno de tutela, folios 21 a 22

[3] Cuaderno de tutela, folios 23 a 31.

[4] Cuaderno de tutela, folios 43 a 46.

[5] Cuaderno de tutela, folios 32 a 33.

[6] Cuaderno de tutela, folio 49

[7] Cuaderno de tutela, folio 1.

[8] Cuaderno de tutela, folio 2.

[9] Cuaderno de tutela, folio 3.

[10] Cuaderno de tutela, folios 4 a 5.

[11] Cuaderno de tutela, folio 6

[12] Cuaderno de tutela, folios 47 a 55.

[13] Cuaderno de tutela, folios 56 a 77.

[14] Cuaderno de tutela, folios 82 a 98.

[15] Cuaderno de tutela, folios 11 a 16 (Sentencia de segunda instancia).

[16] Sentencia T-042 de 2013: “(...) el juez constitucional no puede autorizar la entrega de un medicamento que no tiene Registro Sanitario para determinado diagnóstico, pues se trata de un conflicto de carácter científico que requiere de un conocimiento específico a fin de resguardar el derecho a la salud del paciente, en la medida en que dicho análisis se escapa del esfera jurídica. Lo anterior, se reitera, porque no se trata sólo de un trámite administrativo de expedir una el documento público expedido por el INVIMA para la producción y comercialización de un medicamento, sino por el contrario, esto es una consecuencia ex post, a la cual precede un estudio científico de verificación de características, experimentos que pretenden verificar que un medicamento pueda ser útil, eficaz y seguro para un paciente que tiene determinada tipo de enfermedad y cuya viabilidad ha sido probada con protocolos científicos internacionales y con arreglo a las normas nacionales.”

[17] Cuaderno de tutela, folios 13 a 16.

[18] Cuaderno de tutela, folios 33 a 35.

[19] Cuaderno de tutela, folios 37 a 52.

[20] Corte Constitucional, Sentencias T-531 de 2009, T-103 DE 2009, T-760 de 2008 y T-095 de 2010.

[21] “Por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” Artículo 9: GARANTÍA DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar a los afiliados al SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud incluidas en el presente acto administrativo, a través de su red de prestadores de servicios de salud. En caso de atención inicial de urgencias, las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizarla también por fuera de su red, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de este acto administrativo.

[23] Cuaderno de tutela, folio 19.

[24] Cuaderno de tutela, folios 53 a 57.

[25] cuaderno de tutela, folio 56.

[26] cuaderno de tutela 1, folio 1.

[27] cuaderno de tutela 1, folio 2.

[28] cuaderno de tutela 1, folio 3 a 6.

[29] cuaderno de tutela 1, folio 7 a 8.

[30] cuaderno de tutela 1, folio 9.

[31] cuaderno de tutela 1, folio 10.

[32] cuaderno de tutela 1, folio 11 a 12.

[33] Señoras Doris Janeth Pérez y Rosa Aura Pérez.

[34] Carrera 10 # 64-28, Bogotá.

[35] Carrera 7 # 40-62, Centro de Oncología Javeriano, Bogotá.

[36] Av. Simón Bolívar, Carrera 98 # 18-46, Cali.

[37] Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

[38] Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (ambas).

[39] Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto.

[40] La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de agosto 20 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”.

[41] “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

[42] Arts. 49 Constitución y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[43] Art. 41, Ley 1122 de 2007.

[44] La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia de Salud, al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente

relacionados e instituir, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario”, el cual se debe desarrollar “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

[45] Cfr. T-914 de junio 13 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; T-004 de junio 1° de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[47] De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia.

[48] Constitución Política, artículo 48.

[49] Constitución Política, artículo 49.

[50] El PIDESC, artículo 12, contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

[51] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (2).

[52] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (9). “(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”

[53] Ley 1751 de 2015, Artículo 2: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”

[54] Observación General núm. 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

[55] La Ley 100 en su artículo 182 señala: “De los ingresos de las entidades promotoras de

salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud. Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.” (Negrilla fuera de texto original).

[56] Sentencias T-971 de 2011 y T-918 de 2012, T-073 de 2013, T-160 de 2014, entre otras.

[57] Al respecto en la Sentencia T-918 de 2012, este Tribunal precisó que: “las entidades promotoras de salud se encuentran en la obligación legal de brindar dichos servicios cuando hayan sido ordenados por el médico tratante, puesto que ya están financiados en la unidad de pago por capitación del régimen contributivo (UPC) entregada por el Estado para la atención de la población asegurada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, en el fallo C-655 de 2003 la Corte precisó que ‘la UPC es la cuota de valor anual que reciben las EPS por cada una de las personas afiliadas, cotizantes o beneficiarias, para garantizar la adecuada prestación de los servicios que ofrece el POS durante ese período de tiempo’. Por tanto, los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios médicos incluidos en el POS, sin que deba mediar demanda de tutela alguna.”

[58] Cfr. Al respecto, en la Sentencia C-463 de 2008, se manifestó expresamente que “a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.” (Negrilla fuera de texto original). // Cfr. Consideración jurídica 3.6 Auto 263 de 2012.

[59] Cfr. Auto 263 de 2012, consideración jurídica 3.6.

[60] Ley 1751 de 2015, Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud. Parágrafo 1°. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

[61]<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2021%20comunicado%2029%20de%20mayo%20de%202014.pdf>

[62] *Ibídem*.

[63] *Ibídem*.

[64] artículo 3o. Modifícase el artículo 23 del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará así: “Control de pagos sin justa causa. El Fosyga realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al Fosyga y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles. En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el Fosyga adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3o del Decreto-ley 1281 de 2002. En caso de no efectuarse el reintegro de dichos recursos, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, se dará traslado de los hechos y soportes documentales a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos. En el evento en que no se efectúe el reintegro ordenado, la Superintendencia Nacional de Salud informará de tal situación al Fosyga, quien podrá descontar los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPC o prestaciones económicas según corresponda.

[65] Ley 1438 de 2011, Artículo 130. Conductas que vulneran el Sistema General de

Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas: “(...)130.10 Efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.(...)”.

[66] Artículo 267. el control fiscal es una función pública que ejercerá la contraloría general de la república, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación. (...) la vigilancia de la gestión fiscal del estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. en los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...).

[67] Artículo 250. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

[68] Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así: El

presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

[69] Ley 100 de 1993, artículo 2 literal d: “Es 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 esta ley.”

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2004.

[71] Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2009.

[72] Decreto 677 de 1995, artículo 2.

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2001.

[74] Ibídem.

[75] Ver Sentencias T-1214 de 2008, T-418 de 2011 y T-539 de 2013.

[76] Cáncer de Endometrio.

[77] Expediente T-4791141, cuaderno de tutela, folios 61 a 64.

[78] “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”

[79] Cfr. A-174 de 2005, A-051 de 2007, A-067 de 2007, A-01 de 2008, A-259 de 2009, A-060 de 2010, A-048 de 2011, A-054 de 2011, A-085 de 2011, A-154A de 2011, A-218 de 2011, entre otros.

[80] La norma en cita reza: “Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.(...) Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

[81] Artículo 286. corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto. Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.