

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamento excluido

La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio. De los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para determinar si el anterior precedente es aplicable o no, ocupa un lugar destacado establecer si en realidad el afiliado necesita el medicamento o el tratamiento solicitado, esto es, si en realidad están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y la salud del paciente. La urgencia con la que se requiere el servicio, más la imposibilidad de costearlo, son los elementos centrales que llevan al juez a tutelar los derechos de una persona en un caso de este tipo. Ahora bien, definir el carácter de necesidad es un asunto primordialmente técnico que por lo general supone conocimientos científicos de los cuales los jueces carecen, por lo que es preciso fijar un criterio objetivo en el cual el funcionario judicial pueda sustentar su decisión.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE LA EPS-Criterios que se deben tener en cuenta para autorizar medicamentos no incluidos en el POS

Según el primer criterio de la norma es preciso que la prescripción del medicamento lo haga personal autorizado, el cual, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, es el médico tratante, por cuanto es la persona que (1) tiene conocimientos médicos de la especialidad correspondiente, (2) dispone de información específica del caso del paciente que requiere el medicamento y (3) está formalmente vinculado a la E.P.S. Ahora bien, lo anterior implica que no es el Comité Técnico Científico quien tiene la facultad de recetar medicamentos a los pacientes, su función se limita a autorizar dichas órdenes. El segundo

criterio refleja la regla constitucional según la cual las personas tienen derecho a que se les preste la atención médica de forma eficaz y prioritaria, cuando de ello dependa su vida y su salud. Aunque en términos generales coincide con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, se ha decidido inaplicarlo en ciertos casos por considerar que su redacción es restrictiva, pues excluye la protección en eventualidades que desde una perspectiva constitucional sí se encuentran contemplados, como cuando está comprometida la dignidad de la persona. Por otra parte cabe resaltar que el criterio indica que el riesgo inminente debe ser (1) demostrable y (2) constar en la historia clínica. Es decir, el que la vida de un paciente corra peligro o no es un hecho que debe demostrarse científicamente. El Comité Técnico Científico no es entonces, la autoridad médica competente para dictaminar si la vida del paciente está o no en riesgo, su función se limita a constatar que tal diagnóstico fue proferido por el médico tratante, el cual debe ser un reflejo del estado de salud que se prueba por medio de la historia clínica. El tercer criterio coincide con la regla constitucional según la cual se tiene derecho a recibir un tratamiento o un medicamento excluido del P.O.S., pero en la medida que no exista un reemplazo. El Comité no puede autorizar el suministro de un medicamento si lo que se busca con éste se puede lograr con otro medicamento que sí se encuentra presupuestado administrativa y financieramente por el sistema de salud. Ahora bien, la regla no se fija de manera rígida; la enunciación del criterio señala que en todo caso el medicamento sustituto (1) debe ser eficaz (que se obtenga respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones), y (2) no puede generar daños (contraindicaciones o reacciones adversas). El cuarto criterio busca evitar que se utilicen medicamentos que se encuentren en fase experimental, respecto de los cuales existe gran incertidumbre sobre su impacto en la salud del paciente. Finalmente el quinto criterio simplemente indica que cuando se trate de enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, los medicamentos y tratamientos, primero, deben ser autorizados y asumidos por la entidad, y, segundo, debe serlo con cargo al reaseguro.

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE LA EPS-Funciones

El Comité Técnico Científico es un órgano de carácter administrativo, que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S., en razón a la ocurrencia de hechos que conlleven una inadecuada prestación del servicio de salud. El Comité tiene el deber de velar porque todos los servicios a que tienen derecho los usuarios

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

COMITE TECNICO CIENTIFICO Y MEDICO TRATANTE-En conflictos sobre medicamentos prevalece lo que ha ordenado el médico

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamento para aliviar enfermedad

Referencia: expediente T-423413

Acción de tutela instaurada por Gloria Inés Llano García contra Susalud E.P.S.

Temas:

Suministro de medicamentos no contemplados por el Plan Obligatorio de Salud

Comité Técnico Científico de la EPS, funciones

Médico tratante, conflicto con el Comité Técnico Científico

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dos (2002)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus

atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Gloria Inés Llano García contra Susalud E.P.S.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto de marzo 6 de 2001 proferido por la Sala de Selección Número Tres.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Gloria Inés Llano García presentó el 18 de diciembre de 2000 acción de tutela contra la E.P.S. Susalud, a la que se encuentra afiliada, ya que consideró que la decisión de la mencionada entidad de negarse a suministrar el medicamento etanercept, vulnera sus derechos a la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social. Los hechos que sirven de fundamento al amparo solicitado fueron los siguientes:

1.1. La señora Gloria Inés Llano García tiene 50 años de edad y sufre de “artritis reumatoidea” supremamente agresiva hace 32 años; tiene comprometida la mayoría de sus articulaciones y es necesario el uso de prótesis. Afirma la señora que debe usar bastón pues se le hace difícil la marcha; en ocasiones debe usar muletas. Su enfermedad reduce considerablemente su capacidad de acción por lo que se le dificultan las labores propias de la cotidianidad; la fuerza y capacidad de las manos la ha perdido en más de un 80%.

1.2. La accionante señala que se encuentra afiliada a Susalud E.P.S. a título de beneficiaria de su cónyuge el señor Federico Escobar Restrepo, quien se encuentra afiliado como cotizante.

1.3. Alega la accionante que el Dr. Juan Manuel Anaya, médico reumatólogo adscrito a la E.P.S. Susalud y quien viene tratándola, consideró que ella necesita un medicamento y un tratamiento diferente a todos aquellos que hasta el momento se le han suministrado y practicado, ya que los resultados obtenidos hasta el momento con ellos han sido ineficaces y

la enfermedad persiste activa. Por ello, y así lo relata la accionante, el Dr. Anaya ha considerado en dos ocasiones¹ que es necesario para la eficacia del tratamiento que se le suministre etanercept en ampollas de 25 mg/subcutáneo, dos veces por semana. Afirma la señora Llano García que este medicamento es de mayor eficacia y más rápida acción que los anteriormente utilizados, su tolerancia es buena por el organismo humano y no requiere de exámenes complementarios para su control.

1.4. En las dos ocasiones que ha solicitado el medicamento en cuestión la respuesta ha sido negativa.² La E.P.S consideró, por intermedio de su Comité Técnico Científico, que no es posible autorizar el medicamento solicitado porque no se encuentra comprendido en el listado de medicamentos del POS. Argumenta la entidad, en acta del comité técnico científico No 2042, que no se han utilizados todos los medicamentos posibles para tratar la enfermedad y no existe evidencia de haber agotado las posibilidades terapéuticas incluidas en el P.O.S. para el tratamiento de la enfermedad, a saber, hidroxicloroquina, cloroquina, o sales de oro.

1.5. Sostiene la accionante que no cuenta con los recursos económicos para costear el medicamento etanercept, ya que en el mercado tiene un valor aproximado de \$2'300.000 pesos mensuales. Ella se encuentra incapacitada para trabajar y depende económicamente de su esposo, quien debe costear los gastos de la familia.³

2. Demanda y solicitud

2.1. La señora Llano considera que la entidad demandada ha violado sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social. Para sustentarlo cita varias normas de la Carta y los apartes de algunas sentencias de la Corte Constitucional.

2.2. Los artículos citados son el 11, el 13 inciso 3º, y 48 incisos 1º y 2º, de la Constitución Política. Adicionalmente cita el artículo 94 de la Carta y el artículo 2º del Decreto 2591 de 1991 en la parte que dice: "(...) cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para los casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión". también se hace referencia a las sentencias T-236 de 1998; SU-111 de 1997; SU-480 de 1997 y T-670 de 2000.

2.3. Finalmente la accionante, fundándose en los hechos narrados y las normas y sentencias citadas, solicita que se ordene a la E.P.S. demandada suministrar el medicamento etanercept, en la cantidad, especificidad y periodicidad ordenada por el médico tratante, así como también que se le brinde asistencia integral y oportuna derivada de la enfermedad que padece como exámenes, cirugías, evaluaciones periódicas, tratamientos y otros medicamentos que sean necesarios.

2.4. Por su parte, la entidad demandada mediante escrito remitido al Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín, luego de ser notificada de la demanda, reitera las razones anteriormente expuestas para justificar la no autorización del suministro del medicamento solicitado, a saber, que éste no se encuentra dentro del P.O.S. y aún existen otros que sí están contemplados en él y no han sido utilizados. Además aclara que el Régimen Contributivo de Salud es de carácter taxativo, con claras y precisas exclusiones y limitaciones determinadas a través de la ley y decretos reglamentarios, por lo que es el Estado el llamado a responder a los afiliados por aquellas exclusiones o limitaciones que él ha establecido, con base en los principios de solidaridad, eficiencia, igualdad y universalidad. Así pues, solicita que en caso de ser condenada a suministrar el medicamento en cuestión, se reconozca su derecho a repetir contra el Estado.

3. Sentencia objeto de revisión

3.1. En sentencia de enero 2 de 2001, el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín decidió conceder la tutela que interpuso la accionante considerando que se estaban violando los derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud de la señora Gloria Inés Llano García. Para dichos efectos, dice la sentencia, el señor Gerente de la E.P.S. Susalud, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, deberá gestionar todo lo pertinente para que se le haga entrega de la droga a la paciente. Además le recuerda a la entidad que está facultada para repetir contra la Nación, Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía, subcuenta de promoción de salud, para que éste le reembolse el valor del medicamento que se le entregue a la paciente.

3.2. Se establece en la sentencia que “(...) no sólo se atenta contra los derechos fundamentales a la vida e integridad física cuando no se atiende una urgencia, sino también

cuando se deteriora la salud por falta de oportuna atención en el requerimiento de los servicios integrales de salud con calidad y eficiencia, apuntando esto al enfoque integral de que habla el artículo 3º del Acuerdo 008 de 1994”.

3.3. Afirma que los derechos fundamentales a la vida e integridad personal del paciente “(...) se encuentran afectados de forma inminente, (...) el problema de salud que padece está muy avanzado y agresivo, a tal punto que el Dr. Anaya, Coordinador de la Unidad de Reumatología de la Clínica Universitaria Bolivariana y médico tratante de la accionante, solicita y recomienda al Comité Técnico de la entidad accionada, la entrega del medicamento etanercept 25mgs dos veces por semana, droga que considera necesaria dado el grave estado de salud de la paciente, pues los medicamentos que se le estaban suministrando para la enfermedad ya no le eran eficaces”.

4. Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión

4.1. En primer lugar, la Sala solicitó a la señora Gloria Inés Llano García que remitiera pruebas que acreditaran su incapacidad de asumir el costo que implica seguir un tratamiento con el medicamento etanercept 25mgs, dos veces por semana.

La accionante allegó una declaración juramentada ante el Notario Veintisiete de Medellín en la que asegura, entre otras cosas,

“(...

4. Actualmente estoy incapacitada para trabajar.

5. Dependo económicamente de mi esposo.

6. El costo del medicamento es de \$2'967.120 (dos millones novecientos sesenta y siete mil ciento veinte pesos m/l)⁴

7. El salario de mi esposo es de \$498.979 (cuatrocientos noventa y ocho mil novecientos setenta y nueve pesos m/l)⁵ Cantidad insuficiente para los gastos de manutención (vivienda, alimentación, vestido salud, etc.). Y por lo tanto imposible costearme el medicamento.

(...)”

4.2. En segundo lugar la Sala solicitó al médico tratante, Dr. Juan Manuel Anaya, que expusiera las razones por las que insiste en que la señora Llano García sea tratada con etanercept, a pesar de que el Comité Técnico Científico de Susalud E.P.S. considera que los medicamentos que pueden y deben ser utilizados son otros.

El médico señala que por la gravedad de la enfermedad que padece, y teniendo en cuenta que los otros medicamentos posibles son más tóxicos y menos eficaces, es preciso recurrir al medicamento en cuestión. Afirma que las posibilidades de tratamiento contempladas legalmente en la actualidad para el caso de la Señora Llano García son obsoletas.

4.3. En tercer lugar, la Sala le pidió al Comité Técnico Científico de Susalud E.P.S. que expusiera las razones legales y científicas por las que, a pesar de la insistencia del médico tratante, se niega el medicamento en cuestión. De la misma forma, se le pidió explicar por qué continúan recomendando usar otras medicinas que aunque sí están incluidas en el P.O.S., el médico tratante las considera inadecuadas en este caso.

Jurídicamente, respondió el Comité, no es posible autorizar el medicamento, en atención a lo dispuesto por el artículo 4º, letra c, de la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud.⁶ A su juicio, la aplicación de dicha norma al presente caso supone que es necesario intentar previamente los medicamentos contemplados en el P.O.S. para el tratamiento de la señora Llano García, antes de ordenar uno como etanercept, que no lo está.

En cuanto a las razones de tipo científico, alega que las medicinas contempladas por el P.O.S. ya han demostrado su eficacia y seguridad, pues han sido empleadas en muchas ocasiones durante un período considerable de tiempo. Por el contrario etanercept es una droga nueva que carece de suficiente tiempo de evaluación, y sobre la cual existe sospecha de que produce efectos secundarios indeseados, como predisponer a infecciones o agravarlas.

Finalmente, señala el Comité que pese a no poder establecer cuál sería el verdadero efecto del medicamento solicitado por la Señora Llano García en ella, hasta tanto no lo use, sí se sabe que existen dudas respecto a su efectividad y sus efectos.

4.4. En cuarto lugar, la Sala solicitó al Jefe del Departamento de Reumatología del Hospital San José, doctor Ixhel García Castillo, y a la Jefe de la Unidad de Reumatología del Hospital San Ignacio, doctora María Constanza Latorre Muñoz, que dieran su concepto sobre si debía

autorizarse o no el uso de etanercept para tratar a Gloria Inés Llano García. Para tal efecto, la Sala envió copia del expediente a cada uno de los médicos, las cuales fueron devueltas junto con sendos conceptos.

En sus escritos, ambos doctores coincidieron con el médico tratante. Consideran que la situación de la paciente es grave y que los medicamentos sugeridos por el Comité Técnico son inadecuados e ineficaces. Adicionalmente, en los dos conceptos se señala que ante los eventuales efectos secundarios de la droga, la decisión no ha de ser negar el medicamento, sino someter a un estricto control la evolución del tratamiento.

4.5. En quinto lugar, la Sala solicitó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud que informaran a esta Corporación: a) si etanercept efectivamente está excluido del P.O.S., b) de ser así, indicar cuando fue la última vez que se actualizaron los medicamentos contemplados en el P.O.S. para atender la afección de la accionante y c) indicar cuál es el procedimiento para resolver diferencias de criterios entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico.

4.5.1. La Superintendencia Nacional de Salud, con relación al primer asunto, indicó que efectivamente el medicamento en cuestión se encuentra excluido de la lista de aquellos que se encuentran cubiertos por el P.O.S. En cuanto al segundo punto, simplemente señaló que la lista de medicamentos esenciales se encuentra consignada en el Acuerdo 83 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, también aclara que “existen mecanismos que no sólo permiten considerar el suministro de un medicamento que no se encuentre como beneficio dentro de los regímenes que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que además, existe una normatividad que garantiza la cancelación de los medicamentos al ente asegurador que los haya suministrado.”

Finalmente con relación al tercer punto, y luego de explicar las funciones del Comité Técnico Científico y reseñar el procedimiento para que una E.P.S. autorice un medicamento no incluido en el P.O.S., la Superintendencia sostuvo lo siguiente,

“(…) en lo que tiene que ver con su pregunta sobre el procedimiento que debe seguirse ante la persistencia de la diferencia entre el médico tratante y el comité técnico científico, dada por el evento de si se debe o no suministrar un medicamento a un paciente, este despacho considera que dada la relación médico paciente y siendo el hecho a cuestionar la

prescripción realizada, se observa que en este asunto no ha de existir ninguna duda, toda vez que prescripción del médico tratante prevalece sobre la consideración del comité, toda vez (sic) las funciones y responsabilidades son diferentes, el médico está en la obligación de prescribir según sus conocimientos científico técnicos y éticos, lo mejor para su paciente, y la entidad aseguradora (E.P.S., A.R.S., empresa solidaria...) será la responsable de garantizar el suministro oportuno del mismo.

Es de resaltar que si bien la normatividad vigente prevé que se puedan someter a la consideración del comité técnico científico las determinaciones médicas en términos de actividades y procedimientos médicos, la actividad de los comités científico técnicos se circunscriben a todos los aspectos relacionados con el aseguramiento como pueden ser, el considerar si el servicio médico asistencial dentro de los máximos estándares de calidad, dentro de otras acciones, de ninguna manera el comité técnico científico está para cuestionar, limitar o autorizar el acto médico discrecional, el hacerlo, implicaría una extralimitación de funciones, comprometería los atributos de la calidad de la atención como la racionalidad científico técnica, la integralidad, la continuidad, la oportunidad entre otros, y de otra parte, se estaría congestionando y coadministrando el acto médico, la ética médica estaría en entre dicho, y en fin, la salud del paciente estaría en peligro.”⁷

4.5.2. El Ministerio de Salud, a través del Secretario Técnico del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), confirmó que el medicamento solicitado por la señora Llano García se encuentra por fuera del P.O.S. En cuanto a la segunda cuestión, se limitó a señalar que mediante el Acuerdo 83 del CNSSS se adoptó el manual de medicamentos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Finalmente respecto a la tercera pregunta señaló,

“(…) para la prescripción y entrega de los medicamentos que no se encuentran incluidos en el listado, debe procederse a presentar el caso por parte del médico tratante o la solicitud del paciente ante el Comité Técnico Científico, quien determina la viabilidad o no del suministro de medicamentos que están fuera del P.O.S.

En consecuencia, es pertinente tener en cuenta que los parámetros señalados en las disposiciones que regulan el suministro y entrega de medicamentos a los beneficiarios del Plan de Salud, es decir que debe someterse a consideración del Comité Científico-Técnico,

para que precise su viabilidad.”⁸

4.6. Por último, en sexto lugar, la Sala de Revisión solicitó al Ministerio de Salud que indicara cuál es el procedimiento que debe seguirse para que una E.P.S. reclame ante el Fosyga (Fondo de solidaridad y garantías) el reembolso al que tiene derecho, por haber financiado a uno de sus afiliados el suministro de un medicamento excluido del P.O.S. También se le solicitó que hiciera referencia a cuántos reembolsos se han solicitado y cuántos se han negado, precisando si existen medicamentos que, debido a ser solicitados frecuentemente, tienen un trámite más ágil.

La respuesta fue remitida por el Secretario Técnico del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, quien indicó que el procedimiento para los reembolsos está fijado en el artículo 2° de la Resolución 2312 de 1998.⁹ Al respecto señaló,

“El trámite que deben seguir las E.P.S. para el reembolso es siempre el mismo, sin importar que se trate de medicamento ya autorizado y reembolsado, autorizado a otro paciente o en casos similares. Siempre se deben anexar para el pago los documentos atrás mencionados.”

En cuanto a los datos estadísticos de reembolsos presentados por las E.P.S. ante el Estado se remitió la siguiente información,

“1) La Dirección General de Aseguramiento del Ministerio de Salud ha recibido para auditoría las siguientes cuentas de cobro por concepto de medicamentos No POS:

Año

favorables para pago

condicionadas

Desfavorables

2000

2.612

842

(\$ 696.065.456)

1.349

421

2001

6.659

3.086

(\$ 1.880'759.409)

3.152

295

2) Las causas principales por las cuales se han devuelto condicionadas estas cuentas son por no cumplir con alguno de los requisitos para el recobro establecidos en la Resolución 2312 de 1998, estas cuentas tienen la posibilidad de ser nuevamente presentadas una vez se cumplan con los soportes y correcciones pertinentes. Las cuentas conceptuadas desfavorables no tienen la posibilidad de ser presentadas nuevamente, puesto que no cumplen con requisitos esenciales que no se pueden soportar o son por concepto de medicamentos POS.

3) En los casos en que a criterio del médico tratante se requiera solicitar medicamentos No Pos y estos hayan sido autorizados por el Comité técnico Científico de la E.P.S. cumpliendo con los parámetros establecidos en la Resolución 5061 de 1997 su recobro será pertinente al Fosyga. Casos similares al de la referencia se presentan en el manejo de pacientes con HIV-SIDA donde se solicitan medicamentos No POS (...) Referente a solicitudes en casos similares por el medicamento ETANERCEPT, se han recibido un promedio de diez (10) por año, de las cuales todas se han liquidado favorables para el pago del Fosyga.

4) El Acuerdo 83 del Consejo Nacional de Seguridad Social, por medio del cual se adoptó el manual de medicamentos del SGSSS es la última actualización que se tiene de los medicamentos del POS. Actualmente el Comité Técnico Asesor de Medicamentos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tramita ante éste un proyecto de Acuerdo con el fin de actualizar los medicamentos contenidos en el Pos el cual se encuentra en etapa de aprobación.

5) Teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité Técnico Asesor de Medicamentos del CNSSS y previo estudio de 105 solicitudes de inclusión de medicamentos provenientes de 20 instituciones y 2 Programas del Ministerio de Salud, se presentó el proyecto de acuerdo para modificar y actualizar el Manual de Medicamentos adoptado mediante el Acuerdo 83, este contempla 15 inclusiones, entre las que se encuentran medicamentos para el tratamiento de patologías como cáncer y Sida entre otras.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Problema Jurídico

En este caso se plantea el siguiente problema jurídico: ¿viola una E.P.S. los derechos a la vida y la salud de un afiliado, al negarse a suministrarle un medicamento de especial eficacia recetado por el médico tratante para la atención de una enfermedad que se encuentra en un estado que afecta gravemente la salud de la persona (artritis reumatoidea supremamente agresiva), en razón a que el medicamento no está contemplado en el P.O.S. y, en cambio, existen otros que sí están incluidos, no han sido empleados y son recomendados por el Comité Técnico Científico de la E.P.S.?

Este problema se enmarca dentro de una cuestión más amplia y que ha sido tratada por la jurisprudencia constitucional: cuál es la responsabilidad de las E.P.S. con relación a medicamentos y procedimientos no contemplados por el Plan Obligatorio de Salud. A continuación se indicará la posición que ha fijado la jurisprudencia constitucional al respecto, y cuál es el lugar que ocupa el problema que plantea este caso dentro de esa línea jurisprudencial. Luego, se analizarán las cuestiones novedosas que surgen de las peculiaridades del presente caso, en especial, el procedimiento para resolver un conflicto entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS.

2.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.¹⁰

2.2. De los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para determinar si el anterior precedente es aplicable o no, ocupa un lugar destacado establecer si en realidad el afiliado necesita el medicamento o el tratamiento solicitado, esto es, si en realidad están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y la salud del paciente. La urgencia con la que se requiere el servicio, más la imposibilidad de costearlo, son los elementos centrales que llevan al juez a tutelar los derechos de una persona en un caso de este tipo. Ahora bien, definir el carácter de necesidad es un asunto primordialmente técnico que por lo general supone conocimientos científicos de los cuales los jueces carecen, por lo que es preciso fijar un criterio objetivo en el cual el funcionario judicial pueda sustentar su decisión.¹¹

2.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.¹²

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,¹³ así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.¹⁴ De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante

prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tomada en cuenta prioritariamente por el juez.¹⁵

2.4. En los casos de confrontación entre el concepto del médico tratante y el Comité Técnico Científico, situación que se presenta en el caso bajo estudio, la jurisprudencia ha seguido la regla general haciendo que prevalezca el concepto del médico sobre el del Comité, como se mostrará más adelante. Sin embargo, es preciso señalar que las razones que justifican que el concepto del médico tratante esté por encima de las consideraciones de funcionarios administrativos de la entidad, no pueden ser las mismas que justifiquen que ocurra lo propio frente al Comité Técnico Científico, pues la situación no es semejante. Mientras que aquellos son funcionarios administrativos encargados de garantizar el acceso a la salud de los afiliados, para lo cual deben atender los procedimientos y tratamientos ordenados por los médicos tratantes, el Comité Técnico Científico es un órgano de la E.P.S. encargado, entre otras funciones, precisamente de aprobar el suministro de medicamentos excluidos del P.O.S.

Es preciso entonces abordar la cuestión y definir hasta dónde puede llegar la competencia de dicho Comité y cuándo le es dado, constitucionalmente, negar una solicitud de medicamentos o tratamientos no contemplados por el P.O.S.

3. El Comité Técnico Científico de toda E.P.S. es un órgano de carácter administrativo, encargado de garantizar la correcta prestación del servicio y la defensa de los derechos de los afiliados.

3.1. Los Comités Técnico Científicos son órganos de las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) encargados de atender las reclamaciones que presentan los afiliados y beneficiarios, en relación con hechos de ocurrencia asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud.¹⁶ En el artículo 2° de la Resolución 5061 del 23 de diciembre de 1997, por la cual se reglamentan los Comités, se incluye un párrafo en el que se señala qué se entenderá por “hechos de naturaleza asistencial”, incluyendo dentro de ellos, especialmente, las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos que no se encuentren en el listado aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS).¹⁷

3.2. La Resolución 5061, en su artículo 4°, recoge los criterios que deben tener en cuenta los

Comités para autorizar medicamentos no incluido en el P.O.S. Señala la norma:

Artículo 4° — El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales los siguientes criterios:

a) La prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales sólo podrá realizarse por el personal autorizado.

b) Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.

c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra, sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el termino previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado; de lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.

d) Sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país.

e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, éstos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas.

3.2.1. Según el primer criterio de la norma es preciso que la prescripción del medicamento lo haga personal autorizado, el cual, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, es el médico tratante, por cuanto es la persona que (1) tiene conocimientos médicos de la especialidad correspondiente, (2) dispone de información específica del caso del paciente que requiere el medicamento y (3) está formalmente vinculado a la E.P.S. Ahora bien, lo anterior implica que no es el Comité Técnico Científico quien tiene la facultad de recetar medicamentos a los pacientes, su función se limita a autorizar dichas órdenes.

3.2.2. El segundo criterio refleja la regla constitucional según la cual las personas tienen derecho a que se les preste la atención médica de forma eficaz y prioritaria, cuando de ello dependa su vida y su salud. Aunque en términos generales coincide con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, se ha decidido inaplicarlo en ciertos casos por considerar que

su redacción es restrictiva, pues excluye la protección en eventualidades que desde una perspectiva constitucional sí se encuentran contemplados, como cuando está comprometida la dignidad de la persona. 18

Por otra parte cabe resaltar que el criterio indica que el riesgo inminente debe ser (1) demostrable y (2) constar en la historia clínica. Es decir, el que la vida de un paciente corra peligro o no es un hecho que debe demostrarse científicamente. El Comité Técnico Científico no es entonces, la autoridad médica competente para dictaminar si la vida del paciente está o no en riesgo, su función se limita a constatar que tal diagnóstico fue proferido por el médico tratante, el cual debe ser un reflejo del estado de salud que se prueba por medio de la historia clínica.

3.2.3. El tercer criterio coincide con la regla constitucional según la cual se tiene derecho a recibir un tratamiento o un medicamento excluido del P.O.S., pero en la medida que no exista un reemplazo. El Comité no puede autorizar el suministro de un medicamento si lo que se busca con éste se puede lograr con otro medicamento que sí se encuentra presupuestado administrativa y financieramente por el sistema de salud. Ahora bien, la regla no se fija de manera rígida; la enunciación del criterio señala que en todo caso el medicamento sustituto (1) debe ser eficaz (que se obtenga respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones), y (2) no puede generar daños (contraindicaciones o reacciones adversas).

3.2.4. El cuarto criterio busca evitar que se utilicen medicamentos que se encuentren en fase experimental, respecto de los cuales existe gran incertidumbre sobre su impacto en la salud del paciente.¹⁹

3.2.5. Finalmente el quinto criterio simplemente indica que cuando se trate de enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, los medicamentos y tratamientos, primero, deben ser autorizados y asumidos por la entidad, y, segundo, debe serlo con cargo al reaseguro.

3.3. En cuanto a la conformación del Comité, el artículo 1º de la Resolución 5061 de 1997 señala que éste estará conformado por tres personas. Un representante de la E.P.S., un representante de la I.P.S. y un representante de los usuarios. La norma, en el segundo párrafo, tan sólo exige que uno de sus miembros sea médico.

3.4. En conclusión, teniendo en cuenta su composición y sus funciones, es posible concluir que el Comité Técnico Científico es un órgano de carácter administrativo, que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S., en razón a la ocurrencia de hechos que conlleven una inadecuada prestación del servicio de salud. El Comité tiene el deber de velar porque todos los servicios a que tienen derecho los usuarios efectivamente se les presten y que ello se haga correctamente, en estricto cumplimiento de lo previsto en la Constitución y la ley, y de acuerdo con los criterios deontológico de la profesión médica.

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

4. Jurisprudencia constitucional en relación con servicios excluidos del P.O.S. no autorizados por el Comité Técnico Científico

La jurisprudencia constitucional ha revisado, en varias ocasiones, procesos de tutela en los cuales una persona demanda a su E.P.S. para que le preste un servicio excluido del P.O.S. pero ordenado por su médico tratante, a lo cual se rehúsa la entidad, debido a que su Comité Técnico Científico no lo autorizó. A partir de la solución de estos casos, las Salas de Revisión de la Corte, han ido señalando qué razones no son constitucionalmente aceptables para que un Comité Técnico Científico niegue una solicitud.

4.1. En primer lugar, la jurisprudencia ha señalado que la regulación en materia de salud es aplicable, en tanto no desconozca derechos fundamentales,²⁰ obligando así, tanto a funcionarios como a jueces, a respetar y aplicar la Constitución de forma prevalente, cuando seguir el reglamento conlleve desconocer una garantía fundamental (artículo 4º, C.P.). Al respecto dijo la Sala Quinta de Revisión,

“(…) la aplicación concreta de un sistema legal regulatorio de carácter general, como el de seguridad social en salud, en la medida en que implique la exclusión de determinados servicios sin consideración de las situaciones particulares a que ello dé lugar, puede resultar lesionando derechos fundamentales de las personas.”²¹

El que un reglamento en términos abstractos no viole la Constitución, no garantiza que ello sea así en todos y cada uno de los casos concretos en que dicho reglamento deba ser aplicado. Esta razón ha llevado a la Corte a fijar, a través de su jurisprudencia, los requisitos que justifican el que una E.P.S. suministre un medicamento o preste un tratamiento que no esté incluido en el P.O.S. (ver apartado 2.1. de los considerandos). Así pues, alegar, solamente, que el medicamento no está contemplado por el P.O.S., no constituye una razón suficiente para que el Comité Técnico Científico niegue un medicamento ordenado por el médico tratante.²²

4.2. La jurisprudencia constitucional también ha considerado contrario a la Constitución que el Comité Técnico Científico niegue el medicamento ordenado por el médico tratante únicamente en razón a que no existe un riesgo inminente para la vida y salud del paciente. Como ya se señaló (ver aparte 3.2.2. de los considerandos), aunque la Resolución 5061 de 1997 señala como requisito para que el Comité pueda autorizar la entrega de un medicamento no contemplado en el P.O.S., precisamente, que “debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva” (artículo 4°, letra b), la jurisprudencia ha indicado que la noción de “vida” protegida por la Constitución, va más allá del mero funcionamiento fisiológico del organismo. La Carta Política garantiza a los colombianos el derecho a gozar de una vida digna, lo cual comprende un ámbito de la existencia más amplio que el físico. Frente a este tipo de eventos, y después de valorar las circunstancias de cada caso, el juez de tutela debe inaplicar la norma regulatoria, para pasar a aplicar, directamente, la Constitución.²³ Indicar que la vida no corre un riesgo inminente no es, entonces, una razón válida para negar el medicamento ordenado por el médico tratante. En especial, cuando el paciente es un niño cuyo derecho es calificado por la Constitución de fundamental (artículo 44, C.P.).

4.3. La jurisprudencia ha indicado que el Comité Técnico Científico no puede dilatar injustificadamente la entrega de un medicamento o tratamiento, negándolo en razón a que le falta información para decidir la solicitud.²⁴ Si el Comité necesita conocer algo respecto a la

situación del paciente, o requiere algún tipo de información de carácter científico para poder autorizar un tratamiento, lo que corresponde no es negarlo, dejando los derechos fundamentales de las personas desprotegidos. Su deber es tomar, a la mayor brevedad y sin que ello pueda poner en peligro al paciente, las medidas que sean del caso para superar las deficiencias en información y aprobar o negar definitivamente la solicitud, según sea lo que corresponda en cada evento.

4.4. Finalmente, en un caso similar al que se estudia en la presente tutela, la Sala Octava de Revisión ordenó a una E.P.S. suministrar el medicamento ordenado por el médico tratante, a pesar de que el Comité Técnico Científico de la entidad consideró que no era necesario, y que se contaba con otras posibilidades terapéuticas.²⁵ La Sala de Revisión consideró que la opinión del médico tratante prevalecía sobre el concepto del Comité.

5. El Comité Técnico Científico sólo puede controvertir el concepto del médico tratante si cuenta con argumentos de carácter científico sustentados en mejor información

En el caso bajo estudio, Gloria Inés Llano García ha solicitado a Susalud E.P.S. que se le suministre etanercept, medicamento recetado por su médico tratante para enfrentar la artritis reumatoidea, supremamente agresiva, que aqueja su salud hace más de 30 años. La enfermedad, que le ocasiona fuertes dolores, ha comprometido la mayoría de sus articulaciones periféricas y coxofemorales; la capacidad de movilidad de sus manos se ha disminuido en un 80%. El Comité Técnico Científico se ha negado en dos ocasiones a suministrarlo con base en dos razones: (1) existen medicamentos sustitutos al solicitado contemplados dentro del P.O.S., que aún no han sido utilizados (letra c del artículo 4° de la Resolución 5061 de 1997); y (2) el medicamento aún no ha sido autorizado debidamente para su comercialización (letra d de la misma norma).

5.1. La primera razón se funda en una causal que busca evitar que se deje de recetar un medicamento que está contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud, por suministrar otro que no lo está, cuando ambos cumplen la misma función dentro del tratamiento de un paciente. Ahora bien, al medicamento que sí esté contemplado dentro del P.O.S. debe ser sustituto del que no lo está, en relación con el caso específico en el que se va usar, no en términos generales. Es decir, constitucionalmente es aceptable como sustituto de la droga originalmente recetada por el médico tratante, un medicamento que sí esté contemplado por

la regulación del Sistema de Salud y que logre garantizar eficazmente los derechos fundamentales del paciente. Como se indicó previamente (ver consideraciones 2.1.) la jurisprudencia constitucional ha señalado que uno de los requisitos para que una E.P.S tenga la obligación de suministrar un medicamento que no se encuentra contemplado por el P.O.S. es, precisamente, que el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el medicamento excluido del plan. Pasa entonces la Sala a analizar esta primera controversia.

“La paciente Gloria Inés Llano, de 51 años de edad, sufre de una artritis reumatoidea desde hace más de 30 años. Su enfermedad ha sido severa, ha necesitado de múltiples tratamientos médicos y quirúrgicos, sin haberse obtenido una mejoría significativa, es decir reducción del número de articulaciones activas, del número de articulaciones, del estado funcional y de los reactantes de fase aguda. Por eso se consideró un nuevo tratamiento. La Ley 100 de 1993 es obsoleta con respecto a los nuevos medicamentos para el tratamiento de esta enfermedad. Tratamientos como las sales de oro y/o azatioprina son más tóxicos y menos eficaces que el etanercept, además el tiempo que toman para ejercer alguna eficacia es mucho más prolongado (meses). Otros medicamentos tales como la cloroquina y el metrotexate han sido ofrecidos a la paciente.

Considero que el derecho fundamental de Gloria Inés de recibir una atención adecuada, incluyendo un tratamiento médico eficaz, prima sobre cualquier tipo de conflicto.”

La posición del médico tratante, además de ser sensible a la situación en la que se encuentra la accionante y al derecho que tiene a que se le garantice efectivamente un adecuado servicio de salud, se funda (1) en razones científicas propias de la especialidad médica en cuestión, y (2) en el conocimiento específico de la historia clínica de la paciente.

5.1.2. La Sala solicitó al Comité Técnico Científico de Susalud que indicara las razones por las que se negó otra vez el suministro de etanercept a la accionante, a pesar de que nuevamente se le había recetado. Susalud E.P.S., por medio de su Representante Legal, sostuvo, luego de citar el artículo cuarto de la Resolución 5061 de 1997, que

“(…) la prescripción de medicamentos por fuera del P.O.S., por parte del Comité, es continuamente controlado y monitoreado por el Ministerio de Salud, el cual en el trámite del recobro respectivo exige la verificación expresa de que se hayan utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas del Plan Obligatorio de Salud.”

No es admisible la interpretación de la norma sobre la cual funda su decisión el Comité. En efecto, según éste, para que un medicamento no contemplado por el P.O.S. sea suministrado, es necesario que se hayan intentado todos y cada uno de los medicamentos sustitutos, independientemente de cuál sea la situación del paciente. Como se dijo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el medicamento sustituto tienen que garantizar, efectivamente, dadas las características de cada caso, los derechos del paciente.

Por otra parte, aunque la Sala reconoce que es legítimo el interés que tiene la entidad en recuperar el costo adicional en el que incurrió al tener que financiar un medicamento que no está contemplado por la regulación del Sistema, ha de indicarse que el hecho de que el Ministerio apruebe o no el recobro no es el criterio que determina si el medicamento debe entregarse o no. La necesidad técnicamente definida que tiene una persona de recibir un medicamento, junto con las demás condiciones citadas (ver consideraciones 2.1.) es lo que justifica que la E.P.S. lo suministre.

Ahora bien, en cuanto a la efectividad del medicamento solicitado, frente a la de los sustitutos, dijo Susalud,

“(…) la posibilidad de eficacia es igual para los diferentes medicamentos. Como es obvio, no puede saberse, como es el caso de la señora García (sic), si un medicamento es efectivo en un paciente para una patología mientras no se use, pero esto es válido para todos los medicamentos, viejos y nuevos; de ahí las recomendaciones anteriores: ensayar los viejos conocidos y efectivos y dejar los menos conocidos como alternativos.

Todo tratamiento en medicina es un ensayo terapéutico en el que el clínico evalúa cada tratamiento de acuerdo a los lineamientos anteriormente descritos.

No hay criterios definidos que me permitan determinar que la señora Gloria Inés Llano G. responderá mejor a uno u otro tratamiento sin haberlo ensayado.”

Así pues, mientras que para el médico tratante es claro que ninguna de las drogas contempladas por el P.O.S. es eficaz para tratar el padecimiento de la accionante, Susalud

E.P.S. respondiendo en nombre de su Comité indica que no es posible saber cuál será la reacción de un medicamento hasta tanto no se haya utilizado. No provee la E.P.S. ningún argumento de orden técnico vinculado a los hechos del caso, ni a la historia clínica del paciente. Ahora bien, aunque el hecho de que la posición de Susalud no se funde en razones de carácter científico ni en la situación específica de la paciente llevan a preferir la decisión del médico tratante, la Sala decidió solicitar la opinión de dos médicos expertos en la materia, a quienes se les remitió copia de la historia clínica de la paciente.

5.1.3. El primero de los expertos es Ixhel García Castillo, Jefe de Reumatología del Hospital de San José, quien formuló las siguientes consideraciones con relación a los medicamentos sustitutos al etanercept,

“1. Aunque no se ha utilizado sales de oro, en esta paciente no tiene indicación ya que su respuesta es excelente en fases tempranas de la enfermedad, previniendo la progresión y deterioro articular, pero su respuesta es pobre en estados avanzados como el que nos ocupa (32 años de edad).

2. La hidroxicloroquina es un medicamento de pequeña potencia, también indicado en enfermedad incipiente de actividad leve y es un derivado de la cloroquina, medicamento recibido por la paciente en 1997, sin respuesta alguna

3. Por la persistencia de actividad inflamatoria severa a pesar de tratamiento con medicamentos de segunda línea, último esquema metotrexate + corticoide + aines, reflejado en VSG de 50 y PCR de 24 mg, se considera indicado el uso de leflunomida o etanercept en forma combinada con metotrexate a fin de inducir supresión de la respuesta inflamatoria.”

En segundo lugar se consultó la opinión de María Constanza Latorre Muñoz, Jefe de la Unidad de Reumatología del Hospital Universitario de San Ignacio, quien indicó al respecto,

“Revisé los datos de la historia clínica de la paciente Gloria Inés Llano García a quien se le han administrado medicamentos modificadores de la enfermedad tales como D Penicilina, cloroquina, metotrexate corticoides, infiltraciones, antiinflamatorios no esteroideos, sin obtener mejoría persistiendo el deterioro funcional.

En cuanto al uso de la Hidroxicloroquina, no se encuentra indicada en la paciente ya que se

utilizó la cloroquina, cuyo mecanismo de acción, eficacia y toxicidad es similar, ya que son el mismo grupo de medicamentos antimaláricos.

La eficacia y toxicidad de las sales de oro es similar a la D Penicilina, por lo que es probable que tampoco responda a la aplicación de las sales de oro.

Una de las alternativas terapéuticas es el Etanercept (...)"

A diferencia de lo considerado por Susalud E.P.S. y compartiendo la opinión del médico tratante, los dos expertos no sólo consideran que sí es posible determinar eventualmente el efecto de los medicamentos, sino que además coinciden en indicar que los sustitos contemplados por el P.O.S. son inanes para el tratamiento de la accionante, por lo que es recomendable el uso de etanercept.

5.1.4. Concluye entonces la Sala que la primera de las razones esgrimidas por el Comité no es aceptable. No es necesario que sean intentados todos y cada uno de los medicamentos incluidos dentro del P.O.S. para poder recurrir a uno que no lo esté, máxime cuando es tan claro lo poco efectivas que dichas drogas son para el caso concreto. No es aceptable constitucionalmente que un Comité Técnico Científico, con base en su criterio, niegue una droga ordenada a un paciente por su médico tratante.

Surge entonces el siguiente interrogante: ¿bajo ninguna hipótesis es aceptable, constitucionalmente, que el Comité Técnico Científico se niegue a suministrar una droga ordenada por el médico tratante? Según el concepto presentado por la Superintendencia Nacional de Salud nunca sería aceptable, puesto que siempre debería prevalecer el concepto del médico tratante.²⁶ Sin embargo existen casos, generalmente extremos, en los cuales las E.P.S. pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes, cuando ellas son evidentemente inapropiadas.

La razón por la cual la jurisprudencia ha indicado que se prefiere la opinión del profesional de salud que haya atendido al paciente sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. es debido a que aquél es: (1) el especialista en la materia que (2) mejor conoce el caso. Es decir, se considera que es la persona más competente para determinar si el paciente realmente necesita el medicamento en cuestión y la urgencia del mismo. Ahora bien, aunque esto es cierto, en modo alguno ello implica creer que sea imposible que el médico ordene el

suministro de una droga que en realidad no se requiere. Esto puede llegar a ocurrir, y en tales circunstancias la E.P.S. tiene la facultad de negar el suministro de los medicamentos que se haya ordenado.

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

Por ejemplo, un procedimiento como el adoptado por la Sala en el presente caso permitió contar con la opinión de dos médicos especializados en el área en que requiere atención la persona que demandó el servicio de salud, a los cuales se les puso en conocimiento de la historia clínica del paciente, con lo cual se garantizó que el concepto que se emitió sobre el caso fue confiable y fundado en un estudio científico. El hecho de haber consultado la opinión de dos médicos, aseguró que no se tratara de la mera discrepancia entre el médico tratante y otro doctor.

No obstante es preciso señalar que el Comité Técnico Científico sólo puede oponerse cuando cuenta, efectivamente, con un criterio médico en contrario debidamente fundamentado; mientras ello no sea así prevalece el concepto del médico tratante. No es aceptable que niegue el suministro de una droga, o siquiera se retrase, cuando no se ha llevado a cabo el proceso mediante el cual el Comité Técnico espera verificar el concepto del médico tratante.

Estos requisitos mínimos pueden ser modificados y complementados por el legislador o por el órgano regulador competente, según el caso. Sin embargo, mientras ello se haga, resulta inadmisibles a la luz de la Constitución que los derechos de las personas a la vida, la integridad y la salud dependan de decisiones de orden administrativo que carezcan de un

asidero científico de mayor peso que el que ampara lo ordenado por el médico que conoce al paciente, lo ha examinado, ha evaluado cuidadosamente su situación y sus necesidades y ha ordenado una droga que estima apropiada.

5.2. La segunda razón presentada por el Comité Técnico para negar la solicitud de Gloria Inés Llano García es que etanercept es un medicamento experimental, que puede poner en riesgo la vida y salud de la paciente, por lo que es mejor recurrir a las drogas ya conocidas. Al respecto indico Susalud E.P.S.,

“Los medicamentos que se encuentran en este listado (P.O.S.) para la indicación solicitada (Artritis Reumatoidea) han demostrado hasta la saciedad, a través del tiempo, su eficacia y perfil de seguridad y esta es la razón por la que se han seleccionado para hacer parte del mismo.

Los medicamentos nuevos como el Etanercept carecen de suficiente tiempo de evaluación para demostrar si son más eficaces o más seguros que los contemplados en el POS. Aún siendo nuevo, ya se sabe que, por su forma de acción, como inmunosupresor, puede predisponer a infecciones o agravarlas e incluso y se sospecha un efecto oncogénico. No obstante, la mayoría de los efectos adversos o nocivos están aún por descubrir, repito, por no tener suficiente tiempo de evaluación clínica.

Esta es la razón por la que, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud aplicadas al caso de la Sra GARCIA, (sic) este tipo de medicamentos se debe emplear cuando ya se han agotado los recursos conocidos (...)”

En la sentencia T-597 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se consideró que 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, aquellos cuya efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente. Para establecer si el tratamiento que en aquel caso solicitó el accionante era o no experimental, la Sala consultó la opinión de dos especialistas.²⁷ En el presente caso la Sala de Revisión procedió de forma similar, por lo que solicitó a los doctores consultados que indicaran si etanercept es o no un medicamento experimental.

El Doctor García Castillo indicó al respecto,

“Por la presencia de daños seculares a nivel de cadera izquierda y rodilla derecha, que requieren reemplazo articular, el resultado del uso de etanercept no será valorable desde el punto de vista funcional de la paciente, de no realizarse en forma caso concomitante los reemplazos articulares, pero siendo indispensable para el éxito del tratamiento quirúrgico la posibilidad de una adecuada movilización temprana y programa de terapia física intensiva en el postoperatorio inmediato, el cual no es posible si no se garantiza ausencia de inflamación en pies y miembros superiores que permitan el agarre de muletas o caminador.

Por lo anterior se concluye indicado el uso de etanercept 25mg dos veces por semana durante un tiempo de 3 meses con programación rápida de sus reemplazos articulares.

Este esquema ha permitido supresión de actividad de la A reumatoide hasta por 18 meses, después de su administración.

No sobra recordar que como todos los medicamentos, éste tiene efectos secundarios, particularmente riesgo de infección, por lo cual deberá ser cuidadosamente monitoreado y podrá ser suspendido a juicio del médico tratante, si así estuviera indicado.”

La Doctora Latorre Muñoz coincidió con lo conceptuado por el Doctor Castillo García, señalando que etanercept es un medicamento que

“(…) fue aprobado por la FDA en noviembre de 1998, para los casos de artritis reumatoidea moderada o severamente activa, con inadecuada respuesta a uno o más modificadores de la enfermedad, lo cual corresponde al caso de la paciente, con lo cual se le puede brindar una opción para evitar que continúe el deterioro funcional.

Este medicamento, como todos los modificadores de la enfermedad, requiere de un estricto control médico para prevenir efectos secundarios o en caso de presentarse detectarlos precozmente y tratarlos, así como para evaluar la eficacia en la respuesta al tratamiento y el tiempo de aplicación del medicamento.”

Es claro pues, a partir del criterio científico tanto de los doctores citados, como del médico tratante, que etanercept, pese a ser novedoso, no es un medicamento en fase experimental. Se trata de una droga que emplean los médicos, y cuyos efectos secundarios se conocen, son previsibles y controlables en los pacientes.

Adicionalmente, los doctores coinciden en señalar que en el caso de Gloria Inés Llano García, si se tiene en cuenta el tipo de droga y la situación de salud en que se encuentra, no se llega a la conclusión de excluir el tratamiento con etanercept, sino de suministrarle dichos medicamentos bajo supervisión constante. Así pues, tampoco es de recibo la segunda razón en la que el Comité Técnico de Susalud funda su decisión de no suministrar la droga a la accionante, puesto que éste no se encuentran en fase experimental.

5.3. Concluye entonces la Sala que el Comité Técnico Científico de Susalud ha debido atender la solicitud de la accionante, ya que no contaba con razones constitucionalmente legítimas para oponerse a ella. Justificándose en aparentes razones de carácter médico, el Comité ha invocado dos causales que no proceden. La posición de tres especialistas en reumatología, que conocieron en detalle la historia clínica de la paciente, coincidieron en señalar a etanercept como la alternativa terapéutica idónea.

El Comité en este caso olvidó su función primordial: ser garante de la calidad y eficacia de la prestación de los servicios de salud de las personas. Su insensibilidad hacía la situación de ella, permitió que el deseo de obtener el recobro primara sobre toda otra consideración, sometiendo a la accionante a continuar sufriendo los fuertes dolores que su enfermedad le produce, al tiempo que su situación de salud empeora.

Ya en otras ocasiones esta Corporación ha indicado que cuando una E.P.S. se niega a prestar un servicio que requiere una persona para detener, o al menos mitigar, los dolores y sufrimientos que le produce una enfermedad, la E.P.S. está sometiendo a la persona a tratos crueles e inhumanos. Al respecto se ha dicho,

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

(...)

El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.”²⁸

La Corte Constitucional ha reiterado este precedente en varias ocasiones, considerado que una persona es sometida a un trato cruel e inhumano por parte de la entidad o persona encargada de prestarle atención en salud, entre otras, al no practicar operación que requiere una persona que sufre Artritis Aguda,²⁹ cuando no se practica la cirugía que necesita una mujer que sufre severa hiperplasia mamaria bilateral (lo cual produce fuerte dolor dorsal y lumbar)³⁰ o al no realizar una cirugía de reconstrucción del tendón de Aquiles que requiere una persona con limitación y dificultad para caminar.³¹ Pero la jurisprudencia no ha considerado únicamente trato inhumano a las situaciones en las que se somete a un sufrimiento físico. La Corte también ha reconocido que el trato cruel e inhumano se da cuando se somete a un dolor psicológico o moral, por ejemplo, cuando no se suministra una prótesis a un niño que ha perdido un ojo a causa de un proyectil³² o al no practicar a una mujer una cirugía de colocación o implante de prótesis mamarias.³³

6. Una adecuada regulación, así como un efectivo control y vigilancia del sector de la salud, es un prerrequisito de una correcta prestación del servicio y garantía de el goce efectivo de los derechos de afiliados y beneficiarios

Los derechos a la vida, la salud y la integridad de las personas residentes en Colombia depende, en gran medida, de la adecuada prestación del servicio por parte de las E.P.S., las A.R.S. y demás entidades. Sin embargo, para que estas entidades puedan cumplir con la misión que se les ha encomendado, es preciso que exista un marco regulatorio claro, que se adecue a los postulados constitucionales y legales sobre la materia. Sin éste, se pueden presentar infinidad de vacíos y dificultades de orden legal, de carácter administrativo, que impliquen demoras o retrasos en la prestación del servicio. Es decir, una mala regulación, bien sea por confusa, incompleta o contraria a postulados constitucionales, puede ser la causa de violaciones a los derechos fundamentales de los pacientes.

De la misma forma, la falta de un efectivo control y vigilancia puede concurrir como una de las causas por las que se desconoce el derecho a la salud de las personas. Por ejemplo, la

jurisprudencia constitucional ha indicado que las trabas burocráticas son excusas inadmisibles para justificar la violación de derechos fundamentales,³⁴ sin embargo, la constante invocación de este tipo de argumentos ha llevado a esta Corporación a pronunciarse en los siguientes términos,

“No es la primera vez que la Corte Constitucional aprecia que las deficiencias en la Seguridad Social en Salud provienen del trato poco humano y alejado de las normas constitucionales dado por mandos administrativos de las EPS. Es generalmente allí donde se obstaculiza la atención a los pacientes y éste queda indefenso. Además se diluye aparentemente la responsabilidad en mandos medios cuando la responsabilidad directa es de la EPS. Para evitar estas fallas está instituida la Superintendencia Nacional de Salud (decreto 1650 de 1977) que tiene entre sus funciones vigilar e inspeccionar la eficacia y eficiencia de las EPS en la prestación del servicio.”³⁵

En dicha sentencia la Sala decidió reiterar la jurisprudencia constitucional, ordenando a una E.P.S. que atendiera a una persona, así el empleador no hubiese hecho los aportes de ley. Pero adicionalmente la Sala resolvió “(...) ordenar a la Superintendencia de Salud que a la mayor brevedad haga un llamado a prevención a las diferentes EPS que existen en el país para que se les dé instrucción a sus funcionarios administrativos en el sentido de respetar la dignidad humana y cumplir a cabalidad con el sistema de Seguridad Social establecido en la Constitución. Y para que, cuando se niegue el servicio de la seguridad social en salud haya una inmediata información por escrito al usuario, explicando la causa del incumplimiento a fin de que el afiliado pueda fácilmente hacer valer sus derechos constitucionales y legales.”

En el presente caso advierte la Sala que hay tres aspectos, no adjudicables a Susalud E.P.S., que concurren como causas del incumplimiento.

6.1. La regulación adolece de un vacío legislativo por cuanto no prevé un procedimiento para solucionar las controversias suscitadas entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico. En la medida en que el Comité tiene que aprobar la decisión del profesional que está atendiendo a la paciente que requiere el medicamento o el tratamiento excluido, es probable, como en efecto ocurre en este caso, que mientras el médico insiste en que el medicamento es necesario el Comité insista en lo contrario. El carecer de un procedimiento, o de un criterio claro, que permita dirimir esta controversia de forma celeré, es una de las

razones por la que Gloria Inés Llano García debió soportar una demora injustificada en el suministro de la droga que le fue recetada.

6.2. En segundo lugar, la Sala advierte que el listado de medicamentos es obsoleto. Casi un lustro después de expedido el Acuerdo 83 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud (CNSSS), dicha entidad no ha adicionado ningún medicamento al vademécum del Plan Obligatorio de Salud. Según el informe del Ministerio de Salud, en este momento existe un proyecto de Acuerdo que contempla 15 inclusiones, entre las que se encuentran medicamentos para el tratamiento de patologías como cáncer o sida entre otras, previó estudió de 105 solicitudes.

Sin entrar a pronunciarse respecto de quién debe definir cuáles medicamentos y tratamientos están contemplados por el Plan Obligatorio de Salud en el contexto de una sociedad democrática y participativa, la Sala advierte que estas demoras en la actualización de las drogas cubiertas por el Sistema de Salud conducen a la violación de las garantías fundamentales de los asociados. Muchas de las negativas por parte de la entidades de salud a suministrar un servicio de salud determinado, no se presentarían de tratarse de un medicamento o tratamiento ya incorporado al P.O.S. El médico tratante de la señora Llano García indicó, precisamente, que los medicamentos contemplados por el P.O.S. para atender una dolencia como la de su paciente son obsoletos.³⁶

6.3. El tercer y último factor que incide en este caso, consiste en las dificultades a las que se puede ver sometida una E.P.S. en el trámite de recobro de un gasto en que incurrió para garantizar el derecho a la salud de uno de sus afiliados o beneficiarios. De las intervenciones de Susalud se concluye que, ante todo, al Comité le preocupaba que la droga fuese autorizada y, posteriormente, el Ministerio negara la solicitud de recobro a cargo del Fosyga.

La Sala considera que indudablemente es importante la función de control que ejerce el Ministerio de Salud para que no se autorice el pago de solicitudes fraudulentas, engañosas o inadecuadas. Sin embargo, en cumplimiento de dicha función no se puede llegar a negar solicitudes que sí son procedentes a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional o a hacer más engorroso de lo necesario su trámite (por ejemplo, exigiendo todos y cada uno de los requisitos para casos similares).

Con base en las anteriores consideraciones pasa entonces la Sala a confirmar el fallo de instancia en el que se concedió la tutela.

III. DECISIÓN

En conclusión, 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 E.P.S., la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del P.O.S., 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.

Por lo tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Confirmar el fallo proferido por Juzgado 25 Penal Municipal de Bogotá en el proceso T-423413, mediante sentencia del dos (2) de enero de dos mil uno (2001).

Segundo.- Comunicar la presente decisión al Ministerio de Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Tercero.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La primera solicitud se hizo en marzo de 2000 y la segunda en noviembre del mismo año. De la segunda reposa copia en el expediente, folio 7.

2 Las decisiones fueron tomadas por el Comité Técnico Científico los días 10 de marzo y 29 de noviembre de 2000.

3 Aunque en la demanda se dice que se adjunta la última autoliquidación del cónyuge de la accionante, para demostrar la falta de capacidad económica para pagar la medicina, y ésta no se encuentra en el expediente, es claro, a partir de la historia clínica, que la señora Llano García se encuentra totalmente incapacitada para trabajar.

4 La accionante también allegó al expediente una factura de Carulla Vivero S.A., Droguería Almacentro, para probar el costo del medicamento (folio 158).

5 Gloria Inés Llano García adjuntó a la declaración una certificación del salario de su esposo, Federico Escobar Restrepo, expedida por Diales, la empresa donde éste trabaja (folio 162). Adjuntó también una declaración juramentada ante el Notario Veinticinco de Medellín, en la que Margarita María Flórez Henao y Germán Teofilo Zerrate Sierra aseguran conocerla y corroboran lo dicho por ella.

6 (Resolución 5061/97 del Ministerio de Salud) Artículo 4: “Criterios para la autorización. El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, los siguientes criterios: (...) c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra, sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente o

porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado. De lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.”

7 Comunicación remitida por Yaneth Duarte Ortega, Jefe de la División de atención al usuario de la Superintendencia Nacional de Salud; recibida el 11 de junio de 2001. (Ver expediente, folio 142)

8 Comunicación remitida en junio 13 de 2001, folio 129 del expediente.

9 ARTICULO 2o. Procedimiento para la presentación del recobro. Una vez autorizado por parte del Comité Técnico-Científico el medicamento no incluido en el POS o en el POS-S, la EPS deberá garantizar el acceso del usuario al tratamiento y tendrá los treinta (30) días calendario posteriores para solicitar el recobro correspondiente, a través del siguiente procedimiento: 1. Enviará a la Dirección General de Seguridad Social del Ministerio de Salud: a) La sustentación escrita de cada medicamento, presentada por el médico tratante ante el Comité Técnico-Científico; b) Una copia del acta del Comité Técnico-Científico con la autorización respectiva, inclusive la de aquellos medicamentos dispensados en situaciones de urgencia y examinados posteriormente por el Comité; c) Una cuenta de cobro que en Régimen Contributivo irá dirigida contra el rubro Pago Otros Eventos de la subcuenta de Compensación del Fosyga; d) En Régimen Subsidiario la cuenta de cobro irá dirigida contra la subcuenta de Solidaridad del Fosyga; || 2. La Dirección General de Seguridad Social, en coordinación con la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud, adelantarán la auditoría médica que se requiera para atender oportunamente el trámite de las reclamaciones, y verificarán el cumplimiento de las condiciones y criterios contenidos en el Acuerdo 83, en la Resolución 5061/97 y en las disposiciones que los adicionen o modifiquen. || En el evento que se requiera, podrá solicitarse a la EPS aclaración de los soportes del recobro. || 3. Realizado lo anterior, la Dirección General de Seguridad Social, con el apoyo de la Dirección de Estudios Económicos, determinará el monto de los recobros y comunicará a la Dirección General de Gestión Financiera para que se proceda a su pago. || PARÁGRAFO 1o. En Régimen Contributivo, el recobro no podrá ser incluido dentro del proceso de compensación por parte de la EPS y entidades adaptadas. En Régimen Subsidiado, las ARS no podrán hacer cruce de cuentas sobre recursos excedentes o deficitarios del objeto de su contratación para la prestación del POS-S. || PARÁGRAFO 2o. Cuando se concluya la no pertinencia de la reclamación, las entidades de aseguramiento y provisión de servicios se sujetarán a lo que

hayan previsto contractualmente para estos fines.

10 Al respecto puede verse las sentencias SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-236/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y, recientemente, la SU-819/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), en la que se señaló: “(...) lo que no esté cubierto en principio por el POS, bien por no reunirse el número mínimo de semanas de cotización, o por tratarse de una actividad, procedimiento, intervención o medicamento que se encuentre excluido del POS, debe asumirlo el usuario o afiliado en los términos señalados. Sin embargo, si la persona acredita, mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos, deberán ser atendidos él o sus beneficiarios por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, las cuales tendrá derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes.”.

11 En la sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se consideró que “(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)”

12 Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)

13 En la sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández) se consideró que: “La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”

14 En la sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que “(...) la petición del solicitante: que cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aún quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente

contraria al sistema de salud que existe en Colombia. Luego había razón para denegar la tutela.” Esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería); sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la E.P.S. sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la E.P.S., ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

15 Ver, entre otras, las sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

16 Ministerio de Salud, Resolución 5061/97, artículo 2o. — Funciones. El Comité Técnico-Científico deberá atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud.

17 Ministerio de Salud, Resolución 5061/97, artículo 2o. — (...) Parágrafo. Para los efectos de la presente Resolución se entenderán por hechos de naturaleza asistencial. los relacionados con la atención en salud en las etapas de prevención de la enfermedad. diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan, en especial las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos esenciales con criterios de costo efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

18 En la sentencia T-722/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se resolvió inaplicar por inconstitucional para el caso concreto la norma en cuestión (el literal (b) del artículo 4º de la Resolución No.5061 de 1997 del Ministerio de Salud), y ordenar en 48 horas a la E.P.S. el suministro de el medicamento requerido por el accionante para tratar su patología, “acné maduro quístico - cicatriz severa externa- depresión secundaria.”

19 Al respecto, la sentencia T-597/01 (M.P: Rodrigo Escobar Gil) consideró que: “Si los

procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. (...)”

20 En la sentencia T-1055/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se consideró que “(...) como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades, las normas que regulan la exclusión de medicamentos del POS deben aplicarse, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución. (...)”

21 Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

22 En la sentencia T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se ordenó a una E.P.S. suministrar Hormona de Crecimiento, medicamento recetado por el médico tratante a una niña con Síndrome de Turner, que había negado el Comité Técnico Científico porque no estaba contemplado en el P.O.S. De igual forma en la T-786/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se ordenó entregar el medicamento prescrito por el médico tratante a un niño de tres años que sufría una lesión cerebral degenerativa, a pesar de estar excluido del P.O.S. y que el Comité Técnico Científico había negado su entrega por tal razón.

23 Además de la sentencia T-722/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), citada previamente, en la que se inaplica el literal b del artículo 4° de la Resolución 5061 de 1997, puede verse la sentencia T-566/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), donde se ordenó a una E.P.S. que en el término de 48 horas remitiera a una afiliada al médico tratante para que este fijara qué hacer en el caso de una menor que padecía Síndrome de Poland -no desarrollo del seno derecho-, que había sido negado inicialmente por considerar que se trataba de un procedimiento estético.

24 En la T-1188/01 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se decidió que una E.P.S. viola los derechos de un afiliado, cuando somete a interminables reuniones del Comité Técnico Científico de la entidad la aprobación de un medicamento del que depende la vida, dignidad o integridad

física de aquel, en especial debido a que se trataba de una menor. La Sala en este caso resolvió ordenar a la entidad que adelantara el tratamiento, así hubiese sido negado en varias ocasiones por el Comité Técnico Científico. Dice la sentencia que el comportamiento del Comité Técnico Científico resulta censurable “(...) toda vez que desde el primer Comité ha debido señalar claramente lo requerido a fin de producir una decisión definitiva y efectiva, en lugar de poner al paciente y a sus familiares en trámites desconsiderados, irregulares y equívocos que a la final no fueron aceptados por el mismo Comité, cuando él mismo los ordenó.”

25 En la sentencia T-284/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) se ordenó a una E.P.S. suministrar a una señora la droga recomendada por el médico tratante, pese a que el Comité Técnico Científico señalaba que no era necesario porque existían medicamentos sustitutos contemplados por el P.O.S. que aún no se habían intentado.

26 Tal y como se indicó en los antecedentes, la Superintendencia Nacional de Salud considera que: “(...) si bien la normatividad vigente prevé que se puedan someter a la consideración del comité técnico científico las determinaciones médicas (...) de ninguna manera el comité técnico científico está para cuestionar, limitar o autorizar el acto médico discrecional, el hacerlo, implicaría una extralimitación de funciones (...)” (Comunicación remitida por Yaneth Duarte Ortega, Jefe de la División de atención al usuario de la Superintendencia Nacional de Salud; recibida el 11 de junio de 2001. Ver expediente, folio 142)

27 Sostuvo la Sala de Revisión en aquel fallo: “Para determinar si alguno de los dos tratamientos presentados inicialmente a los padres del menor como alternativas de tratamiento de la leucemia linfoblástica aguda, en el caso de su hijo, es considerado experimental, esta Sala solicitó conceptos a diversos médicos especialistas.” (T-597/01)

28 Sentencia T-499/92; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (en este caso la Sala de Revisión ordenó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, ordenara llevar a cabo la totalidad de los exámenes médicos necesarios con el fin de determinar si la accionante, quien sufría de una lesión en la columna vertebral, requería ser intervenida quirúrgicamente y, en caso afirmativo, autorizar de manera inmediata la indicada operación).

29 Sentencia T-322/97; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

31 Sentencia T-1253/00; M.P. Alejandro Martínez Caballero.

32 Sentencia T-796/98; M.P. Hernando Herrera Vergara.

33 Sentencia T-572/99; M.P. Fabio Morón Díaz.

34 En la sentencia T-635/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se decidió que cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una E.P.S. demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, para atender una enfermedad catastrófica, viola los derechos a la vida y a la salud de ésta.

35 Sentencia T-378/00; M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

36 Ver folio 108 del expediente.