

## Sentencia T-453/03

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Reglamentación no puede desconocer derechos fundamentales

La reglamentación que ha recibido el Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, omiten el suministro de medicamentos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos

ACCION DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGADA-Es requisito que el tratamiento esté determinado por el médico tratante

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no cumplirse los presupuestos para ordenar medicamentos excluidos del POS

En el presente caso no se cumplen los presupuestos fijados y seguidos por la jurisprudencia de esta Corporación para todos aquellos casos en los cuales el juez constitucional debe tomar la decisión de proteger los derechos que encuentra amenazados o vulnerados, inaplicando las normas que excluyen ciertos medicamentos del P.O.S. El requisito del médico tratante, no se atiende en el presente caso, en donde el accionante esta siendo tratado por un médico particular, no adscrito a la entidad accionada.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no solicitar previamente a la EPS el medicamento

Al enterarse el accionado y sus familiares de que debían elevar petición ante el Comité Médico del I.S.S. para efecto de tramitar la droga no incluida en el POS, decidieron interponer la acción de tutela, omitir los trámite de rigor, y seguir comprando el medicamento con recursos propios y con la orden del médico particular. “Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de

dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-696794

Acción de tutela instaurada por Ranulfo Antonio Posso contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil tres (2003).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

El señor Ranulfo Antonio Posso, actuando a través de apoderada interpuso acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en razón a que la demandada se niega a suministrarle un medicamento que requiere para tratar la enfermedad que padece.

Una exposición de los hechos narrados, puede resumirse así:

Se encuentra afiliado a CAJANAL como cotizante. En 1998 le fue diagnosticada mediante resonancia magnética una enfermedad denominada esclerosis múltiple, por lo que su médico tratante, doctor JORGE LUIS OROZCO VELEZ, le prescribió el medicamento Rebif 44 ug - subcutánea tres veces por semana.

Sostiene la apoderada del demandante que ante el estado de salud del señor Posso, es urgente el suministro del medicamento, pues la enfermedad que padece es de las

catalogadas como catastróficas, y, de acuerdo al concepto médico, afecta el sistema nervioso, comprometiendo la capacidad de hablar y el funcionamiento de las extremidades, produciendo crisis severas que solo pueden ser controladas con el medicamento recetado.

## II. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

A folio 9 copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliado a Cajanal.

A folios 10 y 11 Copia y constancias de la prescripción médica suscrita por el doctor LUIS OROZCO VELEZ, médico de la Fundación Clínica Valle de Lili.

- A folios 22 y 23 constancia secretarial del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali, en donde se afirma que habiendo llamado al consultorio del Doctor Orozco Vélez, se confirmó que el señor Arnulfo Antonio Posso es su paciente y es atendido por ese profesional.

- A folio 27 copia del fallo dictado el 23 de Noviembre de 1999 contra Cajanal en el cual el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cali concedió la tutela y ordenó la entrega del medicamento AVONEX para tratar la mencionada enfermedad al mismo peticionario.

## III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

En escrito enviado el día 26 de agosto de 2002, al juzgado de primera instancia, Cajanal hizo su intervención en la presente tutela, planteando los siguientes puntos:

1. Cajanal es un establecimiento industrial y comercial del Estado que opera como entidad promotora de salud y ejecuta las políticas que la ley 100 de 1993 le ha trazado en materia de salud como promotora indirecta dentro del sistema contributivo. Por tanto Cajanal EPS se responsabiliza de la afiliación, registro de afiliados y del recaudo de sus cotizaciones por expresa determinación del Fosyga.

2. Cajanal cumple con su objetivo a través de contratistas privados, con quienes el Nivel Central de esta institución ha convenido contractualmente la prestación de tales servicios a sus afiliados, entre las cuales se encuentra SERVIMEDICO, donde se encuentra radicado el nombre del señor RANULFO POSSO, y que hace parte del denominado UNION TEMPORAL SERVICIOS MEDICOS DE OCCIDENTE.

3. Cajanal no ha entregado el medicamento requerido por el accionante, al existir una relación contractual con la IPS para la entrega de medicamentos no incluidos en el P.O.S. Por ende es responsabilidad del contratista, la atención que debe brindarse al accionante.

A su vez el Gerente de Servicios Médicos de Occidente, manifestó al Juez Octavo Penal del Circuito de Cali, que el Señor Arnulfo Antonio Posso “no ha acudido a nuestros servicios sino que por su propia cuenta y riesgo, ha consultado particularmente, por consiguiente, desconocíamos hasta el presente el requerimiento del Sr. Posso.”

#### IV. LOS FALLOS QUE SE REVISAN.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia de septiembre 2 de 2002, niega la acción impetrada tras considerar lo siguiente:

“El actor decidió voluntariamente no acudir a las instancias que en su momento le fueron presentadas por la EPS como fue acudir ante el Comité Técnico Científico de la misma para que aprobaran el medicamento excluido del POS y que le fuera ordenado por el médico adscrito a Cajanal en junio de 2000; tampoco ahora, cuando no pueden seguir costeadando el valor del medicamento, se dirigieron ante la administración, sino que recurrieron a la acción de tutela. Así las cosas el Juzgado no puede desconocer que faltó gestión por parte del accionante y sus familiares ante la EPS o Institución Prestadora de Servicios de Salud que le fue asignada, por lo que no se puede afirmar que hubo omisión por parte de ésta en el suministro del medicamento o la atención requerida, porque el señor ARNULFO ANTONIO POSSO, no acudió a ellos, por lo que no procede la tutela”.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, al fallar la segunda instancia, mediante sentencia de 21 de octubre de 2002, consideró “acertada la decisión del fallador de primera instancia de no derivar responsabilidad alguna de las entidades accionadas, frente al incumplimiento en el suministro del medicamento, pues es ilógico e imposible exigir el cumplimiento de una obligación, que en momento alguno se ha puesto en conocimiento, o que a pesar de haberse comunicado, se obvió continuar con el trámite pertinente, seguramente porque en ese momento, conocían que no se cumplían los requisitos para obtener los resultados requeridos”.

#### V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

## 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

## 2. Cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para inaplicar las normas que excluyen ciertos medicamentos del listado del Plan Obligatorio de Salud.

Se trata de determinar en el presente caso, si la negativa de entregar un medicamento por parte de las entidades accionadas, vulnera los derechos a la salud y la vida del peticionario, y si puede la Corte ordenar su suministro de conformidad con los parámetros que tiene establecida la jurisprudencia al respecto.

Se trata de reiterar la jurisprudencia constitucional en torno de la reglamentación que ha recibido el Plan Obligatorio de Salud creado por la Ley 100 de 1993, específicamente en cuanto a la exclusión de medicamentos, con el fin de cumplir con los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Esta Corporación ha manifestado que esa reglamentación no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, omiten el suministro de medicamentos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye tales medicamentos, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Primera: que la exclusión amenace o vulnere realmente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema.
- Segunda: que el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad y que sea previsto por el P.O.S.

- Tercera: que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento.
- Cuarta: que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S1.

### 3. Caso Concreto.

Para que prospere la acción de tutela contra alguna E.P.S. que niega el suministro de medicamentos con el argumento de que no está incluido en el P.O.S., ha reiterado esta Corporación que el tratamiento o el medicamento debe estar determinado por el médico tratante. En consecuencia, como lo señalaron inicialmente las sentencias SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, T-749 de 2001 y T- 1007 de 2002 no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la E.P.S. accionada. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos a la E.P.S., debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

Médico tratante, ha entendido la Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. encaminadas a la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.<sup>2</sup>

También la sentencia SU-480 de 1997 declaró que una E.P.S. debe prestar los tratamientos prescritos a los pacientes por los médicos tratantes contratados o adscritos a las mismas. “Quiere decir lo anterior que la relación paciente -EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar.”

Pues bien, de los datos que arroja el expediente se advierte que en el presente caso no se cumplen los presupuestos anteriores fijados y seguidos por la jurisprudencia de esta Corporación para todos aquellos casos en los cuales el juez constitucional debe tomar la decisión de proteger los derechos que encuentra amenazados o vulnerados, inaplicando las normas que excluyen ciertos medicamentos del P.O.S. Lo anterior tiene fundamento en las pruebas allegadas al expediente y de las que es posible inferir lo siguiente:

El requisito del médico tratante, no se atiende en el presente caso, en donde el accionante esta siendo tratado por un médico particular, no adscrito a la entidad accionada. Así lo expuso en su demanda, señalando que lo asiste médicamente un especialista de la Clínica Fundación Valle Lili, entidad con la cual Cajanal no tiene ningún convenio. Se señala además que un médico de Cajanal avaló inicialmente la prescripción médica particular, pero la E.P.S. negó el suministro del medicamento REBIF, por no encontrarse en el listado del POS. Sin embargo, al enterarse el accionado y sus familiares de que debían elevar petición ante el Comité Médico del I.S.S. para efecto de tramitar la droga no incluida en el POS, decidieron interponer la acción de tutela, omitir los trámite de rigor, y seguir comprando el medicamento con recursos propios y con la orden del médico particular.

Lo anterior bastaría para negar el amparo deprecado; sin embargo, de los datos expuestos, la Corte percibe razones adicionales que conducen a la negativa de esta tutela.

Tal como se reseñó en los antecedentes de este fallo, el Gerente de la Unión Temporal de Servicios Médicos de Occidente informó al juzgado de instancia, que el señor Ranulfo Antonio Posso no ha acudido a esa entidad a reclamar los servicios que allí se prestan, sino que decidió sufragar el medicamento por su cuenta.

Para que proceda la acción de tutela ha dicho la Corte, “se requiere de un mínimo de diligencia en orden a obtener la satisfacción de sus pretensiones por parte de quien está obligado a atenderlas, única manera de establecer si éste, por acción o por omisión ha incurrido en una violación de sus derechos fundamentales. En ausencia de esa conducta previa, no cabe que las personas acudan directamente ante el juez de tutela, por cuanto éste solo tiene competencia para pronunciarse sobre actuación u omisiones lesivas de los derechos y no tiene el carácter de instancia administrativa, para disponer el trámite de solicitudes que ni siquiera han sido presentadas ante las autoridades competentes” (T-1113 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En un caso similar, decidido recientemente, también en el mismo sentido de la jurisprudencia mencionada, se señaló:

“Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico.

A juicio de la Sala, el caso sub examine resulta muy indicativo de lo que sucede diariamente en las Entidades Prestadoras de Salud, E.P.S., entre ellas el Instituto de Seguros Sociales, quienes con su incumplimiento constante en la prestación oportuna de los servicios de salud, han generado erróneamente, la creencia de que la acción de tutela es un requisito de "procedibilidad", a fin de poder obtener acceso a los procedimientos, tratamientos o medicamentos que requieran su salud e incluso su vida, lo cual atenta contra la dignidad del ser humano y desconoce por completo los fines esenciales del Estado.

Siendo ello así, si bien en el presente caso no puede ser concedida la acción de tutela, por no existir una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, ante la inexistencia de solicitud de los audífonos requeridos, ello no es óbice para que el señor José Reinel Patiño Patiño en nombre de su menor hijo, previa solicitud de los mismos ante la entidad demandada, instaure otra acción de tutela, en el evento de que no le sean entregados" .(Negrillas fuera de texto) T-240 de 2003 M .P. Alfredo Beltrán Sierra.

Se aplicará la anterior jurisprudencia, que conduce a confirmar las sentencias de instancia.

Se advierte finalmente que según consta en el expediente, CAJANAL ha requerido a la Unión Temporal Servicios de Occidente, para que atienda al accionante, por ser con la cual ha contratado la atención a sus afiliados para la entrega de medicamentos no incluidos en el P.O.S., solicitando asimismo que imparta la orden para que le sea entregado el medicamento (folios 16 y 17). De la misma manera, la I.P.S. manifestó al actor que puede seguir prestándole los servicios a través del Hospital San Esteban de la Unión, sitio de residencia del mismo.

## VI. DECISIÓN.

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

### RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del 21 de octubre de 2002, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la acción de tutela

instaurada por Ranulfo Antonio Posso contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

Segundo. Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-112 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sala Primera de Revisión, sentencias T-370, 385 y 419 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sala Octava de Revisión, sentencias T-236, 283, 286 y 328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. Sala Novena de Revisión, sentencia T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2 T-740 de 01M.- P Marco Gerardo Monroy Cabra.