

Sentencia T-473/12

(Bogotá, D.C., junio 22)

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-
Reiteración de jurisprudencia

PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de
jurisprudencia

El derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo cual justifica la utilización de la acción de tutela como mecanismo de protección. Así, en la sentencia T-859 de 2003, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y consideró que la salud era por sí solo un derecho fundamental: “el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS O
PROCEDIMIENTOS DEL POSS Y EXCLUIDOS DEL POSS-Reglas de procedencia

La Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o EPS-S se encuentran en la obligación de proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento que el médico tratante formule, aún cuando el mismo no se encuentre cubierto por el POS, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos; ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no

obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente; iii) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la EPS-S a la cual se halle afiliado el demandante, iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud

COMITE TECNICO CIENTIFICO-Funciones y criterios reglamentarios

El Ministerio de Salud manifestó en el artículo 1º y 2º de la resolución 5061 de 1997, que los Comités Técnicos Científicos son instancias administrativas de las E.P.S., conformadas por un representante de la misma, un representante de la I.P.S. y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno de ellos debe ser médico. El Comité Técnico Científico conoce de las solicitudes relacionadas con servicios de salud no previstos en el plan de beneficios o en el POS, que se requieran con necesidad y sean pertinentes en el caso particular de acuerdo con la prescripción del médico tratante, con el fin de que se pronuncie sobre la necesidad de la provisión de tales servicios

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Trámite ante Comité para suministro de medicamentos excluidos del Pos no es requisito para acceder a los servicios de salud

No obstante, con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos - y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS. La jurisprudencia constitucional ha indicado que, el Comité no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el POS, o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente, o en que le falta información para decidir. Si se presentara cualquiera de los anteriores supuestos, la Corte ha determinado que la acción de tutela procede de manera excepcional para la protección de los derechos de carácter prestacional, como la salud y la

seguridad social, cuando de su amenaza o afectación se deriva un peligro o vulneración de otros derechos que sí son de índole fundamental, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-No debe anteponer trámites administrativos que obstaculicen el acceso al servicio

Es inherente a los fines y principios de un Estado Social de Derecho, que la prestación de los servicios públicos sea continua y permanente. De esta forma, el derecho a acceder a los servicios públicos debe garantizar la continuación en la prestación de los mismos, especialmente cuando en un caso concreto están comprometidos derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la integridad. En ese sentido, cuando se vislumbre la posible afectación de alguno de los mentados derechos a causa de la indebida prestación de un servicio público, le corresponderá al juez constitucional impedir que las entidades obligadas de la prestación los mismos, desconozcan los deberes que les corresponden, aduciendo aspectos económicos, administrativos, funcionales, contractuales o de cualquier otra índole. Si bien es cierto que los procedimientos y trámites internos que se adelantan en las entidades públicas y/o privadas de salud, tienen por objeto regular las acciones relacionadas con la prestación del servicio, también lo es que cuando los trámites se convierten en una carga que no tenían que asumir los interesados, éstos se transforman en trabas administrativas que demoran excesivamente el acceso al servicio, atentando contra la calidad y eficacia del mismo

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DE LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD-Ordena a EPS suministro de pañales desechables y medicamentos en los términos ordenados por el médico tratante del accionante

Referencia: expedientes T-3.374.126 y T-3.374.329.

Fallos de tutela objeto revisión:

Exp. T-3.374.126: Sentencia del 13 de diciembre de 2011 del Juzgado Quinto Civil Municipal

de Cali.

Exp. T-3.374.329: Sentencia del 16 de diciembre de 2011 del Juzgado Tercero Civil Municipal de Soacha.

Accionantes: Alonso Montero como agente oficioso de José Proculo Fajardo Herrera y Luz Elena Osman Osorio en representación de José Gonzalo Cobos Navarrete.

Accionados: EMSSANAR EPS y ALIANSALUD EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana María Guillén Arango (E) y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

A. Expediente T-3.374.126

1. Demanda de tutela¹

El señor Alonso Montero interpuso acción de tutela, obrando como agente oficioso de su

suegro José Proculo Fajardo Herrera, contra EMSSANAR EPS, por considerar que se están vulnerando sus derechos a la salud y a la vida digna, al no suministrarle los insumos y medicamentos que éste requiere por la enfermedad que padece.

Derechos fundamentales invocados: salud y vida digna.

Conducta que causa la vulneración: Negar el suministro de los medicamentos e insumos que requiere el accionante por encontrarse excluidos del Plan Obligatorio en Salud Subsidiado. (POS - S)

Pretensión: Se ordene a EMSSANAR EPS suministrar en forma permanente e integral, los suplementos Z zinc F; Soy Plus de Soya; cereal de arroz; pañales desechables; y por último, la autorización de consultas domiciliarias.

1. Fundamentos de la pretensión.

El señor José Proculo Fajardo Herrera de 77 años, se encuentra actualmente postrado en cama, alimentándose desde hace 5 años por medio de sonda, razón por la que requiere el suministro de Z zinc F, soy plus de soya, cereal de arroz, pañales desechables, además de visitas médicas domiciliarias debido a la dificultad que tiene para moverse.

Su yerno, quien actúa como agente oficioso, manifestó que la doctora Ximena Valderrama del Hospital Departamental², recetó los insumos y medicamentos requeridos por el paciente, sin embargo la entidad demandada se niega a suministrarlos argumentando que están excluidos del POS-S3.

1. Respuesta de la accionada y de las entidades vinculadas en el trámite de la acción de tutela.

1. EMSSANAR EPS⁴.

Manifestó que el señor José Proculo Fajardo Herrera, es beneficiario del régimen subsidiado en salud y se encuentra bajo la modalidad de subsidio POS-S en el Municipio de Cali. En ese sentido, sostuvo que la autorización de los insumos y medicamentos que no hacen parte del POS-S, se encuentra a cargo de la Secretaría de Salud Departamental del Valle, de conformidad con el acuerdo No. 005 de 2009.

1. Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca⁵.

Al momento de ser vinculada, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca señaló que los servicios médicos e insumos que llegare a necesitar el paciente de acuerdo a su patología, están regulados en el acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009, “por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”. Por ende, los insumos y medicamentos que requiere el señor Fajardo Herrera están a cargo de EMSSANAR EPS.

Agregó que todo procedimiento medico, como suministro de medicamentos, exámenes, insumos, y demás servicios de salud que requiera el paciente, deben ser prescritos por el medico tratante adscrito a la EPS.

1. Secretaría de Salud Municipal de Santiago de Cali⁶.

En su intervención, la Secretaría Municipal indicó que no es una entidad prestadora de servicios de salud, sino que su función consiste en dirigir las políticas de salud en el municipio. Por eso, revisada la base de datos del FOGYGA, se verificó que el señor Fajardo Herrera, se encuentra afiliado a EMSSANAR EPS, que es una EPS de régimen subsidiado, de naturaleza privada, con presupuesto propio y autonomía administrativa, jurídica y financiera, por lo tanto corresponde a su representante legal determinar la autorización de los servicios médicos solicitados por el demandante.

1. Ministerio de Protección Social – FOSYGA.

La entidad fue notificada de la acción de tutela el 29 de noviembre de 20117, sin embargo

allegó la contestación de forma extemporánea el 14 de diciembre de 2011, cuando ya se había proferido fallo de primera instancia.

1. Decisión de tutela objeto de revisión:

1.3.1. Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cali del 13 de diciembre de 20118.

El a quo denegó la tutela incoada por el accionante, por considerar que no se cumplía con los requisitos específicos establecidos por el precedente constitucional en materia de servicios de salud, pues no existe orden medica, expedida por el medico tratante adscrito a la entidad demandada, que autorice suministrar los insumos y medicamentos que solicita el accionante por vía de tutela.

A. Expediente T-3.374.329.

1. Demanda de tutela9.

La señora Luz Elena Osman Navarrete en representación de su cónyuge José Gonzalo Cobos Navarrete, presentó solicitud de amparo contra ALIANSALUD EPS, por considerar vulnerados los derechos a la igualdad, la salud y la seguridad social, al no proporcionarle la silla de ruedas, los medicamentos, los insumos y el complemento nutricional que requiere a causa de la patología que padece, y también por la negativa de la exoneración de cuotas moderadoras y copagos correspondientes a los servicios solicitados.

Derechos fundamentales invocados: igualdad, salud y seguridad social.

Conducta que causa la vulneración: Negar el suministro de los medicamentos, insumos y servicios de salud que se encuentran excluidos del POS, porque a juicio del comité técnico científico las ordenes que autorizan dichos servicios están incompletas y carecen de sustento.

Pretensión: Solicita se conceda el amparo deprecado y en consecuencia se ordene a Aliansalud EPS, que de manera inmediata suministre silla de ruedas, Toxina Botulínica, auxiliar de enfermera domiciliaria, pañales para adulto, complemento nutricional Ensure, rodillo ortopédico y la exoneración de cuotas moderadoras y copagos.

1. Fundamentos de la pretensión.

Indica la peticionaria que su cónyuge José Gonzalo Cobos Navarrete de 74 años¹⁰, se encuentra afiliado como pensionado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de la E.P.S. ALIANSALUD.

Sostiene la peticionaria que actualmente su esposo padece de secuelas de enfermedad cerebro vascular, con mano caída y deformidad de dedos en garra, que fueron ocasionados por hemiparesia izquierda espástica con aumento de dolor de características neuropáticas. Con persistencia de fallas en memoria y en atención disartria, sialorrea, tos con ingesta de líquidos. Por lo cual se hace necesario utilizar aditamento ortopédico denominado férula para antebrazo y mano, que usa regularmente, así como silla de ruedas para su desplazamiento.

De igual forma indica que debido a las patologías que padece su cónyuge, solicitó por escrito y de forma verbal, que la entidad demandada autorice los siguientes servicios y medicamentos: (i) sea incluido como persona en condición de discapacidad física, (ii) silla de ruedas, (iii) el suministro del medicamento MEMANTINA y TOXINA BOTULINICA, (iv) el servicio de una enfermera domiciliaria, (v) doscientos cuarenta (240) pañales de adulto, (vi) complemento nutricional ENSURE, (vii) cambio de rodillo ortopédico y (viii) por último, que se sea exonerada de las cuotas moderadoras y copagos correspondientes a los anteriores servicios.

Para finalizar, manifestó la accionante, que siente el deterioro de sus condiciones físicas, mentales y espirituales por cuidar a su esposo, de quien dependen económicamente, tanto ella como su hija.

1. Respuesta de la entidad accionada.

Al contestar la acción de tutela instaurada en su contra, la EPS Aliansalud confundió la persona que requería los servicios de salud, pues en el escrito hizo referencia a la persona que presentó la solicitud, es decir, a la señora Luz Helena Osman Ososrio, y no se refirió al paciente José Gonzalo Cobos Navarrete. En ese sentido, la entidad manifestó textualmente que “La señora Luz Helena Osman Ososrio se encuentra en la actualidad afiliada en calidad de de beneficiaria, al plan obligatorio de salud (P.O.S.), en el régimen contributivo, ofrecido por Aliansalud E.P.S., y como consecuencia directa de dicha afiliación tiene derecho a recibir (...), todos los servicios de salud contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S., (...)”

Continuó diciendo, “De conformidad con la información suministrada por el área médica se trata de una paciente de 74 años con diagnóstico de Accidente Cerebro Vascular”. (Subrayado fuera de texto) Contrario a ello, la señora Luz Helena Osman Osorio tiene 51 años, por lo tanto se entiende que la entidad accionada se refería a al señor José Gonzalo Cobos Navarrete, que efectivamente tiene 74 años.

Respecto al servicio de enfermería, la EPS consideró que se trataba de un servicio de cuidador, por lo tanto sometió su estudio ante el CTC, quien negó su autorización, debido a que este es un servicio excluido del POS, enfocado para las actividades cotidianas de todos los seres humanos (higiene, movilización, alimentación, eliminación y relación), que puede ser prestado por una persona que haga parte del núcleo familiar, sin conocimientos especializados en enfermería.

Sobre el suministro de pañales y suplemento nutricional ENSURE, el Comité Técnico Científico negó el suministro de los mismos, tomando en cuenta que la orden médica que los autoriza carece de sustento e información, razón por la que se solicitó al médico tratante que complementara la información, pero no se recibió respuesta alguna.

En relación al cambio de silla de ruedas y rodillo ortopédico, la entidad afirmó que no tiene conocimiento sobre la orden médica que autorizó el suministro de los mismos, por lo tanto no es posible que la entidad haya tenido la oportunidad de autorizar o negar tales servicios.

Con fundamento en las razones expuestas la entidad demandada solicitó al juez de tutela, declarar que no ha vulnerado ningún derecho fundamental, por cuanto sus actuaciones se enmarcan dentro del cumplimiento de la normatividad vigente, y que en el evento que se le

ordene suministrar los servicios requeridos por la accionante, se le informe en que consiste dicha cobertura y se le autorice el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOFYGA.

1. Decisión de tutela objeto de revisión:

1. Sentencia del Juzgado Tercero Civil Municipal de Soacha, del 16 de diciembre de 201111.

El Juez de instancia denegó la solicitud de amparo presentada por la peticionaria considerando que “en el caso sometido a análisis, está demostrado que la accionada no le ha vulnerado el derecho a la salud de JOSE GONZALO COBOS NAVARRETE si se tiene en cuenta que de acuerdo a la normatividad vigente y las formulas medicas prescritas por el medico tratante, le ha prestado el servicio de salud por él requerido.”

Lo anterior, tomando en cuenta que Aliansalud EPS, autorizó oportunamente el medicamento Toxina Botulínica, además que argumentó suficientemente la decisión de negar la prestación del suplemento Ensure, los pañales para adulto y el servicio de enfermería. De igual forma agregó, que la entidad cumplió con el procedimiento contemplado en la ley, pues los servicios requeridos por el cónyuge de la accionante se sometieron al estudio del CTC, el cual decidió negar tales servicios, con fundamento en que las prescripciones médicas que los ordenaban estaban incompletas, y a pesar de que se solicitó al médico tratante allegar información adicional, ésta no fue remitida dentro de término.

Respecto a la silla de ruedas, considera el juez que de las pruebas allegadas en el trámite de la acción de tutela, se demuestra que la entidad accionada autorizó este servicio, asumiendo el 100% de su valor¹².

Para finalizar, niega la exoneración del pago de cuotas moderadoras por los servicios de salud, ya que la peticionaria no indicó que se encuentre en circunstancias de precariedad económica, que le impidan pagar dichos emolumentos.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Procedencia de la demanda de tutela.

A. Expediente T- 3.374.126

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. El señor Alonso Montero, obrando como agente oficioso de su suegro José Proculo Fajardo Herrera, alegó que EMSSANAR EPS ha causado la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna del paciente, al no suministrarle los insumos y medicamentos que éste requiere por la enfermedad que padece.

2.2 Legitimación activa. El titular de los derechos presuntamente vulnerados, interpuso la acción de tutela a través de agente oficioso¹³, dado que la enfermedad que padece le impide promover su propia defensa. (Decreto 2591/91, Art. 1º y 10º)

2.3 Legitimación pasiva. EMSSANAR EPS, es una entidad privada, prestadora de un servicio público y como tal, es demandable en proceso de tutela. (CP, Art. 86º; Decreto 2591/91, Art. 42º numeral 2.).

2.4 Subsidiaridad. En múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha reafirmado que conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la defensa de los derechos invocados, o cuando existiendo tales mecanismos se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁴.

En el presente caso, la tutela se torna como el mecanismo eficaz e idóneo para evitar la posible configuración de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la avanzada edad del accionante, y la enfermedad que padece.

2.5 Inmediatez. La conducta que presuntamente causó la vulneración, se ocasionó el 4 de noviembre de 2011¹⁵, cuando la entidad accionada negó los medicamentos, tratamientos e insumos que solicitó el accionante, y la acción de tutela fue interpuesta el 28 de noviembre de 2011¹⁶, plazo que se considera razonable para el ejercicio de la acción.

B. Expediente T-3.374.329

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. La señora Luz Elena Osman Navarrete en representación de su cónyuge José Gonzalo Cobos Navarrete, manifestó que Aliansalud EPS causó la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, la salud y la seguridad social, al no proporcionarle los procedimientos, medicamentos, insumos y el complemento nutricional que requiere el accionante a causa de la patología que padece.

2.2 Legitimación activa. La esposa del sujeto titular de los derechos presuntamente vulnerados, interpuso la acción de tutela¹⁷, dado que la enfermedad que padece le impide promover su propia defensa. (Decreto 2591/91, Art. 1º y 10º)

2.3 Legitimación pasiva. Aliansalud EPS, es una entidad privada, prestadora de un servicio público y como tal, es demandable en proceso de tutela. (CP, Art. 86º; D 2591/91, Art. 42º numeral 2.).

2.4 Subsidiaridad. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela procederá de manera excepcional cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela¹⁸.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el accionante es una persona de la tercera edad (74 años), que padece una grave enfermedad (accidente cerebro vascular); la acción de tutela se torna procedente para garantizar la protección inmediata de los derechos invocados, y así evitar la posible configuración de un perjuicio irremediable.

2.5 Inmediatez. El 1 de septiembre de 2011 y el 19 de octubre del mismo año, el Comité Técnico Científico consideró que la solicitud de los pañales estaba incompleta, razón por la cual requirió al médico tratante para que complementara la información sin que se haya obtenido respuesta dentro del término establecido, por consiguiente, el comité negó la solicitud.

De igual forma, respecto a la solicitud del complemento nutricional (Ensure), el 19 de octubre de 2011 el comité solicitó al médico tratante que allegara los soportes necesarios; sin embargo, al no obtener ninguna respuesta dentro del término, decidió negar la solicitud.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la tutela fue presentada el 1 de diciembre de 2011¹⁹, la Sala considera que los dos (2) meses que transcurrieron aproximadamente, entre la conducta que generó la vulneración - la negativa de la entidad de suministrar los servicios no POS - y la interposición de la tutela, satisfacen el requisito de inmediatez.

1. Problemas jurídicos

En esta oportunidad, le corresponde a la Sala determinar si las entidades promotoras de salud vulneraron los derechos fundamentales de sus afiliados, al negar la autorización y suministro de los medicamentos, procedimientos, insumos y servicios de salud mencionados, bajo el argumento que tales servicios se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y teniendo como fundamento en el concepto negativo del Comité

Técnico Científico.

3.1. Específicamente, en el primero de los casos, la Sala deberá resolver si una entidad encargada de prestar servicios de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un afiliado, cuando éste último solicita el suministro de insumos y suplementos vitamínicos, sin tener prescripción médica, y la entidad niega su autorización, argumentando que son servicios que no se encuentran incluidos en el POS.

3.2. En el segundo caso, esta Sala se ocupará de resolver los siguientes problemas jurídicos: 1) Si vulnera la EPS los derechos fundamentales a la igualdad, la salud y la seguridad social del usuario, cuando le niega el suministro de medicamentos, procedimientos y servicios de salud excluidos del POS, argumentando que el médico tratante no allegó los soportes suficientes para que el CTC autorizara tales servicios; 2) Si vulnera la EPS el derecho a la salud del accionante, al negar un servicio de salud, por considerar con base en el concepto del CTC, que el paciente requiere un servicio diferente al que fue ordenado por el médico tratante, teniendo en cuenta que tal servicio se encuentra dentro de la cobertura del POS.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con: (i) la protección del derecho fundamental a la salud; (ii) la procedencia de la acción de tutela para reconocer el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del POS, o del POS-S; (iii) funciones de los comités técnico-científicos de las EPS en relación con la autorización de prestaciones no previstas en el POS; y por último, (iv) la prohibición que tienen las entidades prestadoras de servicio de salud de interponer trámites administrativos o burocráticos que obstaculicen el acceso al servicio.

1. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

4.1. En un primer momento, la Corte sostuvo que como el derecho a la salud era de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata. Con todo, la efectividad de este derecho no puede ser diferida indefinidamente, en tanto se trata de un derecho constitucional, y el Estado se ha obligado internacionalmente²⁰ a proteger el nivel más alto posible del disfrute

al derecho a la salud, y otorgar la atención sanitaria hasta el nivel máximo de recursos disponibles, en cada momento histórico de desarrollo^{21.22}

Con posterioridad, por la vía jurisprudencial se implementó la teoría de la conexidad, es decir que procedía el amparo del derecho a la salud - entendido este como un derecho social de segunda generación- cuando el peticionario demostrara que la vulneración de ese derecho conllevaba a su vez la afectación de un derecho fundamental de primera generación, como por ejemplo, la vida.

4.2. Más adelante, esta Corporación revaluó la tesis de la conexidad, para establecer que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo cual justifica la utilización de la acción de tutela como mecanismo de protección²³. Así, en la sentencia T-859 de 2003, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y consideró que la salud era por sí solo un derecho fundamental: “el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”.

4.3. Reiterando esa línea, la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 señaló: “Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.” De esta forma, concluyó que, de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda de que el derecho a la salud es autónomo y por lo tanto fundamental, y exigible directamente por vía de tutela.

En consecuencia, debido al desarrollo jurisprudencial que esta Corte le dio al derecho a la salud, se terminó ampliando el espectro de protección del mismo, sin despojarlo de su

carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional, enfatizando, eso sí, de forma reiterada en su condición de derecho fundamental.

5. Procedencia de la acción de tutela para reconocer el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del POS, o del POS-S. Reiteración de jurisprudencia.

Los lineamientos jurisprudenciales de esta Corporación han establecido que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional, motivo por el cual se justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social. Pero lo anterior, no implica que las entidades encargadas de prestar los servicios de salud puedan tomar como excusa estas limitaciones, para faltar a su deber constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos a la vida digna y a la salud.

En ese sentido, la Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o EPS-S se encuentran en la obligación de proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento que el médico tratante formule, aún cuando el mismo no se encuentre cubierto por el POS, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos²⁴:

“i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;

ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente;

iii) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la EPS-S a la cual se halle afiliado el demandante,

iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.”

1. Funciones de los comités técnico-científicos de las EPS en relación con la autorización de prestaciones no previstas en el POS.

El Comité Técnico Científico es un órgano administrativo de la E.P.S. encargado de 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 por los afiliados²⁵.

El Ministerio de Salud manifestó en el artículo 1º y 2º de la resolución 5061 de 1997, que los Comités Técnicos Científicos son instancias administrativas de las E.P.S., conformadas por un representante de la misma, un representante de la I.P.S. y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno de ellos debe ser médico, y cuya función es:

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

De acuerdo con la normatividad vigente²⁶, el Comité Técnico Científico conoce de las solicitudes relacionadas con servicios de salud no previstos en el plan de beneficios o en el POS, que se requieran con necesidad y sean pertinentes en el caso particular de acuerdo con la prescripción del médico tratante, con el fin de que se pronuncie sobre la necesidad de la provisión de tales servicios.

No obstante, con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que (i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado²⁷, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las

EPS28.

De lo anterior se colige que los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente al Comité Técnico Científicos de la EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.

En ese orden de ideas, la Corte en reiteradas ocasiones ha señalado que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S.²⁹, debido a que aquél es: (i) el especialista en la materia que (ii) mejor conoce el caso. Sin embargo, el Comité Técnico Científico está constitucionalmente autorizado para negar un medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, prescrito por el médico tratante si cumple con los siguientes requisitos mínimos³⁰: (1) consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.

Empero, la jurisprudencia constitucional³¹ ha indicado que, el Comité no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS³², o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el POS³³, o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente³⁴, o en que le falta información para decidir³⁵.

En efecto, si se presentara cualquiera de los anteriores supuestos, la Corte ha determinado que la acción de tutela procede de manera excepcional para la protección de los derechos de carácter prestacional³⁶, como la salud y la seguridad social, cuando de su amenaza o afectación se deriva un peligro o vulneración de otros derechos que sí son de índole fundamental, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad.

Por ende, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha manifestado que en el evento que se observe un desconocimiento injustificado de servicios excluidos del POS, se avalará la intervención del juez constitucional para que garantice la protección del derecho a la salud, ordenando para tal efecto la inaplicación de las normas legales o reglamentarias referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y la aplicación directa de las normas constitucionales³⁷.

1. Prohibición que tienen las entidades prestadoras de servicio de salud de interponer trámites administrativos o burocráticos que obstaculicen el acceso al servicio. Reiteración de jurisprudencia.

Es inherente a los fines y principios de un Estado Social de Derecho, que la prestación de los servicios públicos sea continua y permanente. De esta forma, el derecho a acceder a los servicios públicos debe garantizar la continuación en la prestación de los mismos, especialmente cuando en un caso concreto están comprometidos derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la integridad. En ese sentido, cuando se vislumbre la posible afectación de alguno de los mentados derechos a causa de la indebida prestación de un servicio público, le corresponderá al juez constitucional impedir que las entidades obligadas de la prestación los mismos, desconozcan los deberes que les corresponden, aduciendo aspectos económicos, administrativos, funcionales, contractuales o de cualquier otra índole.

En efecto, en lo que tiene que ver con los servicios de salud, es claro que los obligados a prestarlos no puede realizar actos que limiten o impidan su continuidad, porque comprometerían la eficiencia en la prestación del mismo, y más grave aún, afectarían los derechos fundamentales de los usuarios³⁸.

Por consiguiente, la Corte ha establecido algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta por las EPS's e IPS's del régimen contributivo y subsidiado, con el fin de evitar que los usuarios del sistema de salud se conviertan en víctimas de dilaciones e interrupciones inconstitucionalmente inaceptables cuando se trata de garantizar el derecho a la salud. En este sentido la Corte en la sentencia T-230 de 2009 manifestó que:

“Las prestaciones en salud tienen que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y gozar de un alto índice de calidad y eficiencia.

- Las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les

corresponde desarrollar, absteniéndose de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos. (Subrayado fuera del texto).

- Los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio. (Subrayado fuera del texto).

- Los conflictos contractuales o administrativos que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa de salud, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos prescritos. (...)”.

En síntesis, si bien es cierto que los procedimientos y trámites internos que se adelantan en las entidades públicas y/o privadas de salud, tienen por objeto regular sus acciones relacionadas con la prestación del servicio, también lo es que cuando los trámites se convierten en una carga que no tenían que asumir los interesados, éstos se transforman en trabas administrativas que demoran excesivamente el acceso al servicio, atentando contra la calidad y eficacia del mismo.

7. Análisis de los casos concretos.

7.1 Expediente T- 3.374.126.

En el presente caso, el señor Alonso Montero, presentó solicitud de amparo como agente oficioso de su suegro José Proculo Fajardo Herrera. En el escrito de tutela, el agente oficioso afirmó que su suegro tiene 77 años³⁹; que está postrado en lecho desde hace 5 años; que se está alimentando por medio de sonda, y que requiere el suministro de Z zinc F, soy plus de soya, cereal de arroz, pañales desechables; además de visitas médicas domiciliarias a causa de la dificultad que tiene para moverse. Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante consideró que la negativa de la EPS EMSSANAR de suministrarle los servicios solicitados, bajo el argumento de que estos se encuentran excluidos del POS, vulneró los derechos

fundamentales a la vida y a la salud.

Dado lo anterior, procede la Sala a resolver si el asunto bajo análisis cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para poder solicitar el suministro de suplementos nutricionales (Z zinc F, soy plus de soya, cereal de arroz); insumos (pañales desechables); y el servicio de consulta médica domiciliaria. Por tanto, será necesario evaluar si los elementos fácticos de la situación bajo estudio pueden ser subsumidos en las reglas expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Pues bien, la Sala advierte que en el presente caso no se cumple uno de 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.

Lo anterior tiene fundamento en las pruebas allegadas al expediente y de las que es posible inferir que el requisito jurisprudencial consistente en que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la EPS-S a la cual se halle afiliado el demandante, no se cumple en el presente caso.

Como se mencionó, el agente oficioso del señor Fajardo Herrera, afirmó que los suplementos alimenticios y la consulta médica domiciliaria, había sido ordenada por la doctora Ximena Valderrama del Hospital Departamental⁴⁰; sin embargo, la Sala observa que no reposa en el expediente ninguna orden médica expedida por la médica mencionada o por algún galeno adscrito a la EPS, que prescriba que el paciente requiere de los suplementos vitamínicos solicitados. De igual forma, tampoco se encuentra orden médica que autorice las consultas domiciliarias; solamente consta a folio 2 del expediente, un plan de alimentación que dice la forma de preparar una mezcla nutricional; y en el folio 1 del expediente, la respuesta por parte de la entidad accionada al derecho de petición presentado por la accionante donde la EPS le manifestó que esos insumos y suplementos vitamínicos están excluidos del POS.

Sobre estos casos, en los que no existe orden médica que autorice los servicios no POS, la Corte ha establecido de manera reiterada, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a

sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”⁴¹ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante⁴².

En virtud de lo anterior y con fundamento en las reglas establecidas por el precedente constitucional, esta Sala encuentra que la acción de tutela no procede como acertadamente resolvió el juez de instancia, cuando se evidencia que no existe orden médica que autorice los medicamentos, procedimientos, insumos y servicios excluidos del POS, pues el juez de tutela no está facultado para ordenar directamente tratamientos médicos⁴³, que naturalmente solo puede recetar el médico tratante del paciente.

Con fundamento en estas razones, la Sala confirmará el fallo de única instancia del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cali, que negó la tutela incoada por el señor Alonso Montero, como agente oficioso del señor José Proculo Fajardo Herrera, contra EMSSANAR EPS.

7.2. Expediente T- 3.374.329

7.2.1. Como se indicó, en el caso objeto de revisión el señor José Gonzalo Cobos Navarrete, se encuentra en calidad de cotizante en el régimen contributivo, con afiliación vigente desde el año 2004 a la EPS Aliansalud. Actualmente está enfermó con secuelas de accidente cerebro vascular⁴⁴, con mano caída y deformidad de dedos en garra, ocasionado por hemiparesia izquierda, espasticidad con aumento de dolor de características Neuropáticas. Con persistencia de fallas en memoria y atención Disartria, Sialorrea y Tos con ingesta de líquidos. Para brindar tratamiento al cuadro clínico que presenta el accionante, los médicos tratantes le formularon pañales desechables para adulto⁴⁵, suplemento vitamínico Ensure⁴⁶, atención domiciliaria por auxiliar de enfermería⁴⁷, rodillo ortopédico⁴⁸, silla de ruedas⁴⁹; aunado a lo anterior, afirmó la cónyuge del accionante que solicitó a la entidad accionada el suministro del medicamento denominado Toxina Botulínica; y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Sobre estas pretensiones, la EPS Aliansalud al contestar la demandada negó los servicios solicitados, argumentando lo siguiente: (i) Con respecto a la atención domiciliaria por auxiliar de enfermería, la entidad accionada afirmó que en realidad se trataba de un servicio de

“cuidador”, el cual no se encuentra incluido en las coberturas del POS, razón por la cual se sometió su autorización al Comité Técnico Científico, que decidió negar dicho servicio; (ii) Sobre los pañales y suplemento vitamínico Ensure, la EPS indicó que surtido el trámite ante el Comité Técnico Científico, este conceptúo que los soportes estaban incompletos, y que el médico no aportó la información suficiente dentro del término establecido en la normatividad vigente; (iii) en relación con el cambio de silla de ruedas y cambio del rodillo ortopédico, la accionada manifestó que la orden médica no ha sido puesta en conocimiento de Aliansalud EPS, por lo que no es posible que tales servicios hayan sido autorizados y negados por esta entidad; (iv) En lo que respecta a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, la mencionada entidad alegó que el accionante está afiliado al régimen contributivo en calidad de cotizante, por lo tanto solo aplica el cobro de cuotas moderadoras, cuyo valor corresponde a \$8.300, teniendo en cuenta el ingreso base de cotización que corresponde a \$1.912.000, razón por la cual el paciente esta clasificado en nivel 2 de acuerdo a la normatividad vigente.

Respecto al medicamento denominado Toxina Botulínica, se observa de la pruebas aportadas por las partes, que Aliansalud suministró este medicamento⁵⁰. De igual forma, en cuanto al servicio de silla de ruedas solicitado por el accionante, reposa en el expediente la autorización del Comité Técnico Científico de prestaciones/insumos del 8 de agosto de 2011, en la cual se especifica que Aliansalud cubriría el 100% de este servicio⁵¹.

7.2.1.1. En ese orden de ideas, la Sala determinará si la entidad accionada vulneró el derecho a la salud del demandante, al negarle el suministro de pañales, suplemento vitamínico y rodillo ortopédico, pese a que estos servicios fueron ordenados por los médicos tratantes. Para este fin, se procede a verificar si se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para el reconocimiento de servicios de salud que se encuentran excluidos del POS⁵².

i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado.

Dado que el accionante es una persona de la tercera edad, que padece de enfermedad cerebro vascular, los médicos tratantes le ordenaron el suministro de pañales, suplemento

vitamínico y rodillo ortopédico para dar el tratamiento adecuado a las dificultades que le impone su enfermedad y así mitigar el padecimiento de la misma.

ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente;

La sala entiende cumplido este requisito, ya que que la EPS demandada no hizo ninguna manifestación al respecto, en ese contexto el tratamiento ordenado por los médicos tratantes no pueden sustituirse por otros de los contemplados en el POS.

iii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el demandante.

De las pruebas que reposan en el expediente, se evidencia que la médica Carolina Guatibonza le ordenó el uso de Pañales talla L para adulto, cada 6 horas por 3 meses⁵³; el suministro de Ensure cada 6 horas por 3 meses⁵⁴ y la médica Ivonne Escobar el uso de Rodillo oxilar⁵⁵.

iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Respecto a la capacidad económica, la esposa del accionante en el escrito de tutela, afirmó que no cuenta con la capacidad económica para asumir el pago de las cuotas moderadoras ya que su entrada económica mensual corresponde a un salario mínimo vigente, que recibe de la mesada pensional de su esposo. Afirmación, que encuentra sustento probatorio en la copia del registro de operación de Bancolombia de 25 de agosto de 2011⁵⁶, en el que se observa que el señor José Gonzalo Cobos Navarrete recibe por concepto de jubilación \$883.692.83, suma a la que se resta \$106.100.00 de Aliansalud y \$241.059.00 del Banco Popular; quedando un total de ingresos mensuales de \$536.333.33. Cabe agregar, que la esposa del accionante manifestó que tanto su hija como ella, dependen económicamente de los ingresos del señor Cobos Navarrete.

Por su parte, la entidad demandada al referirse a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras afirmó que el demandante se encuentra afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, con un ingreso base de cotización de \$1.912.000, razón por la cual está clasificado en el nivel 2, por lo que le corresponde pagar una cuota moderadora de \$8.300; sin embargo, la EPS accionada no aportó ninguna prueba que respaldara tal afirmación.

Así entonces, se constata la inexistencia de recursos necesarios para sufragar los gastos que implican los servicios no POS y el pago de las cuotas moderadoras, mientras que la EPS accionada se limitó hacer afirmaciones sin aportar ninguna prueba que lo respaldara. Por lo tanto, a juicio de la Sala existen suficientes elementos de juicio que permiten establecer que el accionante carece de recursos para sufragar los gastos de los servicios ordenados excluidos del POS, así como para asumir el pago de las cuotas moderadoras.

En virtud de lo anterior, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala ordenará a la EPS Aliansalud que preste los servicios de salud que requiere el señor José Gonzalo Cobos Navarrete, para el tratamiento de su enfermedad sin que al efecto sean cobradas las cuotas moderadoras.

7.2.2. Ahora bien, la Sala considera que son inadmisibles constitucionalmente las razones expuestas por la entidad accionada para negar el suministro de los servicios no POS, cuando se refiere a que su negativa se basó en el concepto emitido por el Comité Técnico Científico, el cual negó los servicios solicitados por el accionante, aduciendo que el médico tratante no allegó los soportes suficientes para justificar la autorización del servicio, pese a que fue requerido por el Comité para que complementara dentro del término legal la solicitud.

Como se señaló en la parte considerativa de esta sentencia, la Corte ha establecido que el Comité Técnico Científico es un órgano de naturaleza administrativa, que puede evaluar la posibilidad de autorizar el suministro de un determinado tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, dependiendo de las condiciones especiales del paciente. Empero, eso no significa que tenga la potestad de negar un tratamiento, alegando que el mismo no se encuentra incluido en el POS, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el POS, o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente, o en que le falta información para decidir.

En igual sentido, esta Corporación ha reiterado que “la función del Comité Técnico Científico

no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad”⁵⁷. Según a Resolución 3099 de 2008 la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación⁵⁸.

En estas condiciones y de acuerdo con la situación fáctica del caso, la Sala concluye que la entidad accionada impuso una barrera administrativa, que no le permitió al accionante tener acceso al servicio de salud que requería. Lo anterior, teniendo en cuenta que la EPS Aliansalud desconoció que la obligación de aportar los soportes que justificaran la autorización de los tratamientos no incluidos en el POS, correspondía al médico tratante y no al paciente. Por ende, se considera irrazonable la medida que adoptó la EPS en contra del accionante, al negarle los servicios que le habían sido prescritos para el tratamiento de su enfermedad, aduciendo que las solicitudes estaban incompletas, o que el médico no aportó la información suficiente.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la EPS Aliansalud vulneró el derecho a la salud y a la vida digna del accionante, al negar el suministro de los pañales, el complemento nutricional Ensure y el rodillo ortopédico ordenados por el médico tratante, motivo por el cual procederá a revocar la sentencia de única instancia del Juzgado Tercero Civil Municipal de Soacha, para en su lugar tutelar los derechos transgredidos y en consecuencia ordenar a la entidad accionada que suministre los mentados servicios.

7.3. Por otra parte, se tiene de las pruebas que obran en el expediente, que el 28 de febrero de 2011 la médica Leidy Johanna Cárdenas Reyes prescribió al accionante el servicio de enfermería en la jornada de la mañana por 4 horas por el término de un mes⁵⁹. Por lo tanto, el accionante presentó la solicitud ante la EPS demandada, la cual se negó a autorizarlo al considerar que si bien la orden médica se refiere a “cuidados de auxiliar de enfermería”, es preciso indicar que al revisar la historia clínica se trata realmente del servicio de cuidador, el cual no se encuentra incluido dentro de las coberturas del POS, razón por la cual se agotó el mecanismo ante el Comité Técnico Científico, que resolvió negar la solicitud, porque en su concepto el servicio de cuidador debe ser asumido por un familiar del paciente y no por un profesional de la salud.

Visto lo anterior, la Sala procede a determinar si la negación de la EPS de autorizar el servicio de enfermería ordenado por el médico tratante, constituye o no una vulneración al derecho fundamental a la salud del señor José Gonzalo Cobos Navarrete.

En primer lugar, es menester para la Sala aclarar que el servicio de enfermería se encuentra incluido en el POS, en el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud - CRES, bajo el código 89105, como atención domiciliaria por enfermería, con un nivel de complejidad 1.

Por disposición legal y de acuerdo con los lineamientos de esta Corporación, el Comité Técnico Científico tiene competencia para evaluar - aprobar o desaprobar - los servicios de salud que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, pero no está facultado para pronunciarse sobre medicamentos que sean parte de la cobertura del POS, dado que el suministro de estos debe ser garantizado por la respectiva entidad promotora de salud.

En el caso concreto, el CTC no tenía competencia para decidir si se aprobaba o no el servicio de enfermería, porque es un servicio que se encuentra incluido en el POS; además, como se puede verificar en el expediente, este servicio fue ordenado por el médico tratante, razón por la cual la EPS Aliansalud tenía el deber legal de suministrarlo directamente y sin ningún tipo de dilaciones injustificadas; sin embargo, como incumplió con esta obligación, vulneró el derecho fundamental a la salud del señor José Gonzalo Cobos Navarrete.

En consecuencia, con el ánimo de evitar la prolongación de la afectación a los derechos fundamentales del accionante, la Sala ordenará a la EPS Aliansalud que proceda a autorizar el servicio de enfermería ordenado por la médica tratante del señor José Gonzalo Cobos Navarrete; y señalará que no le asiste el derecho a la EPS accionada realizar el recobro ante el FOSYGA, puesto que el servicio de salud de atención domiciliaria por enfermería ordenado por el médico tratante se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

I. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- En expediente T- 3.374.126 CONFIRMAR el fallo proferido en única instancia por el

Juzgado Quinto Civil Municipal de Cali del 13 de diciembre de 2011, dentro del proceso de tutela del señor Alonso Montero, como agente oficioso del señor José Proculo Fajardo Herrera, contra EMSSANAR EPS-S.

Segundo.- En el expediente T- 3.374.329 REVOCAR el fallo proferido en única instancia por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Soacha, el dieciséis (16) de diciembre de 2011, dentro del proceso de tutela de Luz Elena Osman Osorio, actuando en nombre de su cónyuge José Gonzalo Cobos Navarrete, contra Aliansalud EPS, y en consecuencia CONCEDER PARCIALMENTE el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante.

En ese sentido, se dispone:

1. ORDENAR a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, el suministro de los pañales desechables en los términos ordenados por el médico tratante del accionante.

1. ORDENAR a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, el suministro del suplemento vitamínico Ensure en los términos ordenados por el médico tratante del accionante.

1. ORDENAR a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, el suministro del rodillo ortopédico en los términos ordenados por el médico tratante del accionante.

1. ORDENAR a Aliansalud EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si aún no lo hubiere hecho, proceda autorizar el

servicio de enfermería en los términos ordenados por la médico tratante del accionante.

1. SEÑALAR que no le asiste el derecho a la EPS accionada realizar el recobro ante el FOSYGA, puesto que el servicio de salud de atención domiciliaria por enfermería ordenado por el médico tratante se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

1. AUTORIZAR a Aliansalud EPS para que recobre ante el FOSYGA por los servicios de salud que de conformidad con las órdenes dadas en esta sentencia, deban suministrar al señor José Gonzalo Cobos Navarrete, pero que de acuerdo a la regulación vigente, sus costos no le corresponda asumir.

1. ORDENAR a Aliansalud EPS que preste los servicios de salud que requiere el señor José Gonzalo Cobos Navarrete, para el tratamiento de de la enfermedad que padece, sin que al efecto sean cobrados las cuotas moderadoras.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ADRIANA GUILLÉN ARANGO GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

- 1 Demanda presentada el 28 de noviembre de 2011. (folios 3 – 4 del cuaderno principal)
- 2 El señor Alonso Montero hace esta afirmación en el escrito de tutela, sin embargo, no se encuentra en el expediente orden médica expedida por la médica Ximena Valderrama. Solamente, se observa a folio 2 del expediente, un plan de alimentación dirigido al accionante, el cual no establece el tiempo durante el cual se deben suministrar tales suplementos, ni tampoco el nombre del nutricionista que lo sugirió.
- 3 Respuesta de EMSSANAR EPS del 27 de octubre de 2011, al derecho de petición presentado por el accionante solicitando el suministro de servicios médicos. (folio 1)
- 4 Ver folios 33 a 39.
- 5 Ver folios 20 a 22.
- 6 Ver folios 14 -15.
- 7 Ver folio 12 del cuaderno principal.
- 8 Ver del folio 40 al 50.
- 9 Demanda presentada el 1 de diciembre de 2011. (folios 21 a 24)
- 10 Contraseña expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. (folio 1)
- 11 Ver folios 41 a 47.
- 12 Solicitud de prestaciones no POS al comité técnico científico y autorización del mismo. (Folios 8 y 9)
- 13 El señor Alonso Montero en el escrito de tutela manifestó que interpuso la acción de tutela en calidad de agente oficioso de su suegro José Proculo Fajardo Herrera. (Folio 3)
- 14 Sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU-544 de 2001, T-1670 de 2000, T-698 de 2004, T-827 de 2003 entre otras.

15 Respuesta de EMSSANAR EPS, al derecho de petición que presentó el accionante el 26 de octubre de 2011. (Folio 1).

16 Escrito de tutela y sello de recibo. (Folio 4).

17 La señora Luz Elena Osman Navarrete, manifestó en el escrito de tutela que acude nombre de su cónyuge José Gonzalo Cobos Navarrete (Folio 21)

19 Escrito de tutela y sello de recibo. (Folio 21).

20 Estas obligaciones surgen del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PACADESC), el cual adhirió Colombia el 23 de diciembre de 1997, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

21 Protocolo de San Salvador, artículo 1; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, Párrafo 1.

22 En el mismo sentido ver las sentencias T-946 de 2007, SU-111 de 1997, SU-225 de 1998, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Observación General Número 14 del Comité de Derecho Sociales, Económicos y Culturales.

23 Corte Constitucional Sentencia T-176 de 2011.

24 Corte Constitucional Sentencia T-866 de 2009.

25 Sentencia T-741 de 2008, sentencia T-741 de 2008 entre otras.

26 Artículos 26 y 27 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

27 En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-463 de 2008, señaló respecto del concepto del Comité Técnico Científico, lo siguiente:

“En los casos de tratamiento de enfermedades de alto costo con medicamentos no incluidos

en el plan de beneficios, la Corporación reiteró que: (i) los Comités Técnicos Científicos son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud de los usuarios a través de la prestación de servicios médicos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud; (ii) son los médicos tratantes los competentes para solicitar el suministro de servicios médicos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud; (iii) cuando exista una divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante, prima el de éste, que es el criterio del especialista en salud. En este sentido, ni las Entidades Promotoras de Salud ni los jueces de tutela pueden negar a los usuarios el suministro de medicamentos argumentando que no se ha agotado todo el procedimiento por no haber presentado solicitud de autorización al Comité Científico. Por ello, la obligación que se impone a las EPS como sanción por haber vulnerado el derecho a la atención oportuna y eficiente de los servicios médicos no puede limitarse a los usuarios que requieran los medicamentos para enfermedades de alto costo ni a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, pues no se encuentra justificación para ese trato distinto a usuarios que están en la misma situación frente al goce efectivo de su derecho a la salud....”

28 Corte Constitucional Sentencia T -1063 de 2005.

29 Ver las sentencia T-666 de 1997; T-155/00, T-179/00 y T-378/00.

30 Corte Constitucional Sentencia T-300 de 2005.

31 Corte Constitucional Sentencia T-741 de 2008.

32 En la sentencia T-414 de 2001 la Corte, 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. Ver también T-786 de 2001.

33 En la sentencia T-284 de 2001 la Corte, 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. Ver también: T-344 de 2002.

34 Corte Constitucional Sentencia T-566 de 2001.

35 En la sentencia T-1188 de 2001 la Corte, consideró 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.

36 Corte Constitucional Sentencias T-499 de 1992, T-248 de 1998 y SU-480 de 1998.

37 Entre otras sentencias sobre el tema de los medicamentos, cirugías, tratamientos no POS, se pueden consultar las siguientes: T-756 de 2005, T-748, T-1167 ambas del 2004 y T-202 de 2003. En éstas se analizaba, en particular, el suministro del medicamento Alendronato.

38 En este sentido se ha pronunciado reiterativamente la Corte Constitucional, muestra de ello es la Sentencia T- 246 de 2005, en la que se trató el tema de un adulto mayor que padecía cáncer y como consecuencia de ello requería de un servicio médico que negó la EPS. La Corte se pronunció así: “Así pues, en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1º C.P.) y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y art. 11 C.P.), no puede predicarse la efectividad del servicio de salud en aquellos eventos en los cuales la E.P.S., desconociendo las reales circunstancias de salud de un afiliado y sin mediar justificación, lo somete a esperar indefinidamente la práctica de una cirugía que se necesita de manera urgente, o antepone problemas administrativos, contractuales, económicos, o disposiciones de carácter legal para negarse a prestar el tratamiento médico que le garantizará al usuario la existencia digna. (...)”

De igual manera, los usuarios del sistema de salud no pueden ser sometidos a interminables trámites internos y burocráticos que no permitan desarrollar en adecuada forma los tratamientos médicos”. (Subrayado fuera del texto).

39 El señor Alonso Montero (agente oficioso) manifestó en el escrito de tutela que su suegro Jose Proculo Fajardo Herrera, tiene 77 años. (Folio 4)

40 Ver folio 4.

41 Corte Constitucional Sentencia T-569 de 2005, también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

42 *Ibíd.*

43 Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-050 de 2009, señaló: “(...) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”

44 Ver Historia Clínica, folio 4 -5.

45 Ver folio 10.

46 Ver folio 12.

47 Ver folio 14.

48 Ver folio 15.

49 Ver folio 7.

50 Ver folio 52.

51 Ver folio 9.

52 Corte Constitucional Sentencias T-866 de 2009, T-289 de 2001, T-627 de 2002 y T-178 de 2003, entre otras.

53 Ver folio 10.

54 Ver folio 12.

55 Ver folio 15.

56 Ver folio 3.

57 Sentencia T-1164 de 2005.

58 De acuerdo con la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, la cual reglamenta los Comités Técnico Científicos, las funciones de estos Comités son: “Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico Científico tendrá las siguientes funciones: 1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). 2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas. 3. Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y negados.” (Énfasis fuera del texto); y el procedimiento para su evaluación, aprobación y desaprobación se encuentra reglamentado en el artículo 7º de la misma, el cual establece: “Las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento: [...]”

59 Ver folio 14.