

Sentencia T-745-09

DERECHO A LA SALUD-Protección por tutela

DERECHO A LA SALUD-El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional

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

DERECHO A LA SALUD-EPS no adelantó acción alguna para descartar la prescripción del médico particular, por tanto deberá aceptarla

Para el caso concreto, la Sala encuentra, que las prescripciones fueron emitidas por un médico no adscrito a la Nueva EPS, sin embargo, cuando a la entidad demanda se le presentó la fórmula que solicitaba el medicamento no la sometió, teniendo la carga de hacerlo, a la valoración de un profesional de la salud que estuviera vinculado a la EPS o al concepto del Comité Técnico Científico. Por tal razón, en la medida en que no se adelantaron acciones tendientes para descartar o modificar la prescripción emitida por el médico particular, dicha EPS debe aceptarlo. En este orden de ideas, la Sala considera que, en el caso concreto, debe aplicarse la excepción señalada y, por tanto, darle prelación al concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el FOSYGA conforme l literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007

Se advertirá al FOSYGA que en virtud de la regla de recobro parcial fijada en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la cual fue objeto de una declaratoria de exequibilidad condicionada por la Corte, no puede pagar a la Nueva EPS, más del 50% del monto que ésta tenga derecho a repetir. Ello, en razón a que la EPS acusada, debiendo hacerlo, no convocó al CTC para estudiar la solicitud de servicio médico presentada por la actora y por su médico tratante no adscrito, obligando a la afiliada a reclamar las prestaciones a través del ejercicio de la acción de la tutela.

Referencia: expediente T-2.301.905

Demandante: Ángela Rosa Acosta Ortiz

Demandado: Nueva EPS

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., Diecinueve (19) de octubre de dos mil nueve (2009)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, a partir de la acción constitucional de tutela promovida por la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz, contra la Nueva EPS.

El presente expediente fue escogido por la Sala de Selección Número Siete, por Auto del 9 de julio de 2009, y repartido para revisión a la Sala Cuarta de esta Corporación.

I ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 6 de abril de 2009, Ángela Rosa Acosta Ortiz, presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la salud de las personas de la tercera edad y, a la dignidad humana e integridad personal, los cuales, según afirma, han sido vulnerados por la entidad, al negarse a autorizar la

práctica de los exámenes de “tomografía macular de ambos ojos y de tomografía del nervio óptico”, y el suministro del medicamento Dorzopt, gotas para los ojos, con el argumento de que las ordenes fueron prescritas por un médico no adscrito y por encontrarse el medicamento por fuera del POS.

2. Reseña Fáctica

2.1 La señora Ángela Rosa Acosta Ortiz, de 73 años de edad, hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, afiliada a la Nueva EPS en calidad de cotizante.

2.2 El 1 de octubre de 2008, le fue diagnosticado “agujero macular en ojo izquierdo”, por un médico oftalmólogo de la Nueva EPS, y fue remitida por éste a un especialista en retina.

2.3 El médico retinólogo le indicó, que para tratar su padecimiento, era posible optar por el procedimiento quirúrgico “cirugía de agujero macular en el ojo izquierdo”. Para el efecto, recomendó obtener una segunda opinión científica y para ello, le sugirió consultar a la Dra. Luz Gloria Cock Botero, médica no adscrita a la EPS.

2.4 En cumplimiento de la sugerencia del especialista, acudió a la clínica oftalmológica San Diego, en donde fue atendida por la médica oftalmológica particular que le fue recomendada. En esta oportunidad, se le prescribió el medicamento Dorzopt (gotas), el cual tiene un costo de setenta mil pesos (\$70.000) y, con el propósito de determinar la necesidad de la práctica de una cirugía, se le ordenó la realización de los exámenes “tomografía macular de ambos ojos y tomografía del nervio óptico”, los cuales tiene un costo de ciento cuarenta tres mil pesos (\$143.000) cada uno.

2.5 Posteriormente, la actora solicitó a la Nueva EPS la autorización de los exámenes y del medicamento prescrito por la médica particular, los cuales fueron negados por ésta entidad, aduciendo argumentos de orden administrativo. Señaló, que la médica que emitió la prescripción no se encuentra adscrita a su red prestadora de servicios y que, además, el medicamento no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

2.6 La accionante, en su calidad de pensionada, recibe como mesada mensual, la

suma de cuatrocientos setenta y siete mil doscientos once pesos (\$477.211). Manifiesta que no cuenta con los recursos necesarios para cubrir el costo ni de los exámenes ni del medicamento que requiere.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

La demandante manifiesta, que si bien los exámenes que le fueron ordenados no resuelven la pérdida de su visión, resultan indispensables para que los médicos puedan determinar si la operación es necesaria para el restablecimiento de su salud.

Mientras mantenga su afiliación vigente, la entidad demandada es la encargada de suministrarle el servicio de atención integral que requiere para reestablecer su salud y vivir en condiciones dignas.

Por ser la salud esencial para la existencia de las personas y para poder gozar de la vida en condiciones dignas es necesario que el servicio se preste de manera eficiente. Razón por la cual, las empresas encargadas de prestar el servicio de salud no deben efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio, más tratándose de personas de la tercera edad.

En consecuencia, solicita que se ordene a la Nueva EPS, que le sea garantizada la atención integral para la patología que padece y, además, que le autoricen el suministro del medicamento Dorzopt y la práctica de los exámenes campos visuales, tomografía macular de ambos ojos y tomografía del nervio óptico prescritos por el médico que la valoró, no adscrito a la entidad demanda que la valoró.

4. Oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Cuarenta Dos Penal Municipal de Medellín con Función de Garantías, por Auto del 7 de abril de 2009, admitió la acción de tutela, y ordenó notificar a la entidad demandada para que se pronunciara sobre los hechos contenidos en ella.

La Nueva EPS en el escrito de contestación, indicó que los exámenes y el medicamento Dorzopt, fueron prescritos por un médico tratante no adscrito y, además, que las gotas formuladas no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud POS.

No le asiste razón a la accionante, pues en ningún momento la prestación del servicio fue negligente. Por el contrario, estima que se le ha otorgado toda la atención que ha requerido para tratar la patología que padece y, para respaldar dicha afirmación, adjuntó las autorizaciones que han emitido en razón a ello.

No ha autorizado los exámenes y el medicamento no POS, por “no haberse generado en virtud de la relación usuario- Entidad Promotora de Salud”. Teniendo en cuenta lo anterior, considera que, en el presente caso, no se cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para proceder a la autorización de un medicamento no incluido en el POS, en consecuencia, considera que la presente acción no está llamada a prosperar.

Por lo expuesto, la entidad demandada, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, por no ajustarse a las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia. Sin embargo, en caso de que se ordene la autorización de los exámenes y el suministro del medicamento no POS, prescritos por su médico tratante no adscrito, solicita que se autorice el correspondiente recobro al Fosyga.

5. Pruebas

Con el expediente obran las siguientes pruebas:

- * Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz (Folio 4).

- * Copia de comprobante de “pago a pensionados” de la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz en donde se observa el descuento por salud (Folio 4).

- * Copia de una orden de servicios en donde se observa el diagnóstico dado por el oftalmólogo de la entidad demandada al padecimiento de la demandante y, la remisión al especialista en retina (Folio 5).

* Copia de las ordenes de los exámenes y del medicamento requeridos por la accionante, expedidas por médico de la Clínica de Oftalmología -San Diego (Folios 6 a 9).

* Autorizaciones emitidas por Nueva E.P.S., a la afiliada Ángela Rosa Acosta Ortiz “Consulta Especializada por Oftalmología, por Retinólogo, Medición de Agudeza Visual Consulta Optometría” (Folios 16-18).

* Declaración Judicial rendida por la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz ante el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías (folio 19)

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISAS

Mediante sentencia, del 23 de abril de 2009, el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, negó el amparo solicitado por la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz.

Consideró, que no es posible obligar a una EPS o ARS a suministrar los tratamientos que han sido ordenados por médicos particulares, ya que, según la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prescripción de los exámenes y de los medicamentos debe provenir de un médico adscrito a la entidad prestadora del servicio, como requisito esencial de procedibilidad de la acción constitucional para el caso en cuestión.

Manifiesta que, en el presente caso, no se evidencia vulneración a los derechos fundamentales invocados por la actora, pues la entidad no ha negado la prestación del servicio, ni tampoco, las autorizaciones de las prescripciones emitidas por médicos adscritos a ésta entidad.

Tampoco encontró demostrado que la actora haya puesto a consideración de un

médico vinculado a la Nueva EPS, la necesidad del suministro del medicamento y la práctica de los exámenes ordenados, los cuales constituyen “la única alternativa para tratar de manera efectiva la patología visual” que padece.

La decisión de primera instancia no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz, actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimada para promover la acción de tutela de la referencia.

2.2. Legitimación pasiva

La entidad Nueva EPS, es una entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada, como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio, por cuanto se le imputa la violación de los derechos fundamentales en cuestión.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la salud de las personas de la tercera edad y a la dignidad humana e integridad física de la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz, al no autorizar

la práctica de los exámenes “tomografía macular de ambos ojos y tomografía del nervio óptico” y el suministro de un medicamento “Dorzopt”, aduciendo que fueron ordenados por un médico particular no adscrito a la entidad y, además, por estar el medicamento prescrito excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Para el efecto, esta Corporación reiterará la jurisprudencia relacionada con: (i) la procedibilidad de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud, haciendo énfasis en los requisitos que se han señalado a través de la jurisprudencia para autorizar un servicio médico excluido del POS; (ii) el concepto científico como principal criterio, pero no exclusivo para establecer si se requiere un servicio de salud y; (iii) la especial protección constitucional al derecho a la salud de las personas de la tercera edad.

4. Protección del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

A la salud, de acuerdo con el artículo 49 de la Carta Política, se le ha reconocido una doble connotación jurídica, la primera de ellas, indica que se trata de un servicio público, el cual, puede ser prestado por entidades públicas o privadas, correspondiéndole al Estado la dirección, coordinación, y control conforme con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. En segundo lugar, es considerada como un derecho, al cual se le reconoció, inicialmente, el carácter de prestacional cuya garantía se materializa progresiva y programáticamente.

Por su condición de derecho prestacional, la salud requiere para su goce efectivo que se le de un contenido concreto a través del desarrollo legislativo, mediante la provisión de los recursos y estructuras necesarias para tal fin, de tal manera que se constituya en un derecho de naturaleza subjetiva¹.

Como consecuencia de la evolución de la línea interpretativa la jurisprudencia constitucional, ha reconocido, recientemente, a la salud como un derecho fundamental autónomo, cuando quiera que se concrete en una garantía subjetiva, prevista en una norma de naturaleza constitucional, legal o de otra especie, que cree y estructure el Sistema Nacional de Salud, y delinee los servicios específicos a los que las personas tienen derecho².

Precisamente, en desarrollo de los citados lineamientos, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, concretamente en materia de seguridad social en salud, han concurrido a regular, dar contenido y reglamentar el ejercicio del citado derecho, de tal manera que se creó un sistema institucional, normativo y prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios específicos que requieren. En este sentido, la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, y el Decreto 806 de 1998, “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicios de interés general, en todo el territorio nacional”, entre otras normas, ha materializado derechos subjetivos a favor de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en tanto diseñaron planes de beneficios y prestaciones concretas a las que pueden acceder las personas para mantener o reestablecer su salud³.

Es en ese sentido, en el que la Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela procede para la protección del derecho fundamental a la salud cuando se reclame una prestación que se encuentre incluida en los Planes Obligatorios de Salud. No obstante, a través de la jurisprudencia de esta Corporación se ha indicado que la acción de tutela también procede cuando se niegue una prestación excluida de los citados planes que se requiera de manera urgente.

“(…) En este orden de ideas, y siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales, esta Corporación también tiene bien establecido que la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos⁵. Sin embargo en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas⁶”.

Ahora bien, en los casos en los que se requiera de una manera urgente un medicamento o tratamiento no incluido POS procederá su amparo constitucional siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos que a nivel jurisprudencial se han señalado, los cuales son:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S - Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’7.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario8”.

Por lo anterior, se concluye que se procederá a la autorización de un servicio médico, trátase de tratamientos, exámenes o medicamentos, aún cuando se encuentre excluido de los Planes Obligatorios de Salud, siempre que no suministrarlo amenace algún derecho fundamental autónomo y, además, se verifiquen, en cada caso, el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos al efecto.

En complemento de lo anterior, la protección del derecho a la salud, a través de la acción de tutela, es procedente, a su vez, en los casos en que (i) el desconocimiento de la salud implique la amenaza o vulneración de otro derecho fundamental autónomo y de aplicación inmediata como lo es el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte admitir su

tutelabilidad bajo el criterio de conexidad; (ii) cuando la vulneración del derecho se presente en un sujeto de especial protección, como es el caso de la infancia, de las personas discapacitadas y de los adultos mayores pues, el derecho a la salud en estas personas adquiere la condición, por sí solo, de fundamental autónomo.

5. El concepto científico es el principal criterio, pero no exclusivo para establecer si se requiere un servicio a la salud. Reiteración de jurisprudencia

Tal y como se expuso previamente, la Corte Constitucional indicó, como regla jurisprudencial, que se autorizaría, por vía de tutela, el suministro de un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud, cuando la prescripción del mismo provenga del concepto emitido por un médico adscrito a la red prestadora de servicios de la entidad demandada.

Lo anterior, en consideración a que es el médico tratante el profesional idóneo, por ser quien conoce al paciente, para prescribir, con base en criterios científicos, el tratamiento o el medicamento que éste requiere. La jurisprudencia constitucional ha considerado que “el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.”⁹

No obstante, esta Corporación ha señalado que, excepcionalmente, podrá reconocerse, por vía de tutela, el requerimiento de un medicamento o tratamiento médico no POS, aún cuando el médico tratante que prescribió el servicio no se encuentre vinculado a la entidad. Por consiguiente, se podrá aplicar dicha excepción, según jurisprudencia constitucional cuando “la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”¹⁰. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, salvo que la entidad lo descarte o modifique, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en cada caso concreto.¹¹ Dichas consideraciones pueden provenir de un médico adscrito a la entidad demandada o del Comité Técnico Científico que haya sido convocado para tal fin¹².

Así mismo, se ha indicado que sólo operará la protección por vía de tutela cuando el tratamiento y/o medicamento que se requiera, sea realmente indispensable para proteger el derecho a la salud de la persona que lo solicita.

6. Especial protección constitucional al derecho a la salud de las personas de la tercera edad

A partir de lo contemplado en el artículo 46 de la Carta Política¹³, los adultos mayores tienen derecho a una protección reforzada, dada su condición de debilidad manifiesta. Por lo tanto, a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, se les debe garantizar la prestación integral, oportuna y continua del servicio de salud

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia¹⁴, ha sostenido que el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo. La anterior consideración, como se indicó, se deriva del (i) mandato constitucional en virtud del cual se obliga al Estado, la sociedad y a la familia velar por la protección y asistencia de las personas de la tercera edad¹⁵, (ii) de la concepción de sujetos de especial protección que la Constitución les otorga en atención a su condición económica, física o mental¹⁶ y, (iii) de la directa relación que en ellas tiene el derecho salud con el derecho a la vida y la dignidad humana. Al respecto esta Corporación señaló:

“Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad.”¹⁷

En cuanto a la relación del derecho a la salud con los demás derechos fundamentales de las personas de la tercera edad, sostuvo que:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo,

dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana” 18.

En consecuencia, a nivel jurisprudencial se ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que requiera¹⁹.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión entrará a resolver el caso sometido a su consideración.

7. Caso Concreto

7.1 Conforme con las pruebas que obran en el expediente, para la Sala de Revisión se encuentran acreditados los siguientes hechos:

* La señora Ángela Rosa Acosta Ortiz, de 73 años de edad, se encuentra vinculada a la entidad demandada Nueva EPS, régimen contributivo, en calidad de cotizante pensionada.

* Le diagnosticaron “Agujero Macular Ojo Izquierdo” patología que padece desde junio de 2008, razón por la cual la remitieron al médico oftalmológico para proceder con la evaluación y manejo de la enfermedad.

* La entidad demandada le autorizó distintas consultas especializadas a los médicos oftalmólogos y retinólogos, así como también, la práctica del examen “Medición de agudeza Visual” durante el año 2008.

* En enero de 2009, el médico tratante no adscrito, le prescribió la práctica de una Tomografía Macular Ambos Ojos y la Tomografía del Nervio Óptico, las cuales tienen un costo de \$143.000 cada una²⁰, así mismo, le ordenaron aplicarse una gota de Dorzopt cada 12 horas en ambos ojos. Los exámenes y el medicamento mencionado, se

encuentran relacionados en las fórmulas médicas, de 19 de enero de 2009, suscritas por la Dra. Luz Gloria Cock Botero y emitidas por la Clínica de Oftalmología San Diego, en la ciudad de Medellín.

* La entidad demandada negó los exámenes y el medicamento aduciendo que fueron prescritos por un médico no adscrito a su red prestadora de servicio y, además, las gotas DORZOPT se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

* En su calidad de pensionada del ISS, recibe mensualmente una suma de cuatrocientos setenta y siete mil doscientos once pesos (\$477.211) y con sus ingresos no alcanza a cubrir el costo ni de los exámenes ni del medicamento que requiere.

Visto el caso concreto, esta Sala se pronunciará sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela.

Tal y como quedó señalado en las consideraciones generales, la salud ha sido reconocida como un derecho fundamental autónomo, cuando el mismo se materialice en una garantía subjetiva, prevista en una norma de naturaleza constitucional, legal o de otra especie, que cree y estructure el Sistema Nacional de Salud, y delinee los servicios específicos a los que las personas tienen derecho, máxime, cuando se trate de una persona de la tercera edad quien por mandato constitucional es sujeto de especial protección.

Según lo advertido precedentemente, la acción de tutela es el mecanismo procedente para la protección del derecho fundamental a la salud cuando se requiera un servicio médico que se encuentre incluido en el POS.

A continuación, la Sala definirá, si el medicamento Dorzopt (gotas), prescrito al actor por su médico tratante, está incluido o no en el POS.

El Acuerdo 228 de 2002 “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, estableció los

medicamentos a los cuales pueden acceder los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud con el propósito de mantenerla y restablecerla.

Una vez examinado el mencionado Acuerdo, advierte la Sala que el medicamento prescrito Dorzopt (gotas), no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. Por lo tanto, como quiera que se trata de un medicamento no POS, la situación fáctica no encuadra en la hipótesis señalada y la acción de tutela en principio, no es procedente para reclamarlo.

En la medida en que el medicamento solicitado se encuentra excluido del POS, a la Sala le corresponde determinar la procedencia de la acción de tutela para conceder su entrega.

Ahora bien, tal y como se precisó, cuando se requiera el suministro de un medicamento no POS, la acción de tutela procederá para garantizar su entrega siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para tal fin.

A continuación, procede la Sala a examinar si, en el caso sometido a su estudio, concurren todos los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corporación para que la entidad demandada autorice el suministro del medicamento excluido de los Planes Obligatorios de Salud.

1) Amenaza o vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a la vida y la integridad física. En el presente caso, la Sala encuentra que ante la negativa de la Nueva EPS de suministrar el medicamento requerido se está amenazando los derechos fundamentales de la actora a la vida, a la salud y a la integridad física, como quiera que el padecimiento de ésta enfermedad limita el desarrollo de sus actividades cotidianas y no le permite una recuperación adecuada que genere el restablecimiento de su integridad física. Además, hay que precisar que la accionante es una persona de la tercera edad, por lo cual se debe velar por la asistencia de la salud como un derecho fundamental autónomo y debe reforzarse su protección.

2) Que no existe en el POS otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad. El médico tratante, de acuerdo con la fórmula

médica allegada al expediente²¹, le prescribió el medicamento Dorzopt (gotas), el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud. En el presente caso, ni el médico tratante ni la misma entidad demandada previnieron a esta Corporación sobre la posibilidad de que el mismo pueda ser remplazado por otro que sí se encuentre incluido en el POS. Sin embargo, la Corte, al examinar el Acuerdo 228 de 2002, “por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, no encontró alguno, que tenga los mismos componentes químicos del Dorzopt (gotas)²², que pueda suplir el medicamento requerido.

4) Que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud. Al respecto cabe precisar que el profesional de la salud que prescribió las fórmulas médicas no se encuentra adscrito a la red prestadora de servicios de la Nueva EPS, tal y como lo manifestó dicha entidad en la contestación de la demanda. Sin embargo, se debe precisar que la accionante se sometió a la valoración de la Dr. Luz Gloria Cock Botero, médico particular, por recomendación de su médico tratante adscrito pues, en su opinión, era recomendable una segunda valoración. Así las cosas, la Sala advierte que la actora, al acudir a un médico particular, simplemente acató la recomendación recibida.

En relación con éste requisito la Corte ha señalado, tal y como se expuso en las consideraciones generales, que se podrá autorizar el suministro de un tratamiento o medicamento no POS aún cuando éste haya sido ordenado por un médico que no tenga vinculación con la correspondiente EPS, cuando el mismo no haya sido descartado con base en un criterio científico por un médico adscrito a la entidad o por el Comité Técnico Científico. En tales casos, el concepto de dicho médico vincula a la EPS obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo.

Para el caso concreto, la Sala encuentra, que las prescripciones fueron emitidas por un médico no adscrito a la Nueva EPS, sin embargo, cuando a la entidad demanda se le presentó la fórmula que solicitaba el medicamento no la sometió, teniendo la carga de hacerlo, a la valoración de un profesional de la salud que estuviera vinculado a la EPS o al concepto del Comité Técnico Científico. Por tal razón, en la medida en que no se adelantaron acciones tendientes para descartar o modificar la prescripción emitida

por el médico particular, dicha EPS debe aceptarlo.

La misma consideración es aplicable para el caso de las órdenes que contemplan la práctica de los exámenes pues, la EPS debió someterlas a consideración de un médico adscrito o al concepto del Comité Técnico Científico convocado para esta finalidad.

En este orden de ideas, la Sala considera que, en el caso concreto, debe aplicarse la excepción señalada y, por tanto, darle prelación al concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS. Por lo anterior, se concluye que, al concurrir todos los requisitos indispensables para proceder a la autorización de los servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deberá la entidad accionada autorizar el suministro del medicamento durante el tiempo que el médico tratante considere, a través de su valoración, que la accionante lo necesite y; proceder a la práctica de los exámenes requeridos por la actora, máxime si los mismos son necesarios para que los médicos realicen un diagnóstico acertado de la patología que le permita iniciar el tratamiento adecuado.

En la medida en que el tratamiento requerido por la accionante se encuentra fuera del POS del régimen contributivo, la entidad demandada, Nuevas EPS, tiene derecho a repetir contra el FOSYGA, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

Sobre el particular, la Corte indicó en la Sentencia C-463 de 200825:

“El Estado se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud No-POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el FOSYGA en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello precisamente con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud”.

No obstante, según lo ha decidido esta Corporación en casos similares, se advertirá al FOSYGA que en virtud de la regla de recobro parcial fijada en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la cual fue objeto de una declaratoria de exequibilidad

condicionada por la Corte, no puede pagar a la Nueva EPS, más del 50% del monto que ésta tenga derecho a repetir. Ello, en razón a que la EPS acusada, debiendo hacerlo, no convocó al CTC para estudiar la solicitud de servicio médico presentada por la actora y por su médico tratante no adscrito²⁶, obligando a la afiliada a reclamar las prestaciones a través del ejercicio de la acción de la tutela.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo judicial que denegó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y, en su lugar, procederá a la protección inmediata de los mismos.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida, el 23 de abril de 2009, por el Juzgado Cuarenta y dos Penal Municipal con funciones de control de garantía y, en su lugar, TUTELAR los derechos a la salud de las personas de la tercera edad, a la vida, a la dignidad humana y a la integridad personal de la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, autorice el suministro del medicamento DORZOPT (gotas) conforme con, lo que al efecto disponga el médico tratante y; ordene la práctica de los exámenes requeridos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en los términos en que fueron formulados por el médico no adscrito a la entidad demandada.

TERCERO: la entidad demandada Nueva EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, si a ello hubiera lugar, de acuerdo con la ley, por el valor de los gastos en los que incurra por la práctica de los exámenes tomografía macular de ambos ojos y tomografía del nervio óptico así como, el gasto que le genere suministro del medicamento Dorzopt (gotas), únicamente por las sumas de dinero que legal y

reglamentariamente no sean de su cargo, pero sólo por el 50% de tales sumas, de conformidad con lo dispuesto en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Sentencias T-997 del 10 de octubre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-438 del 3 de julio de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

2 Ver Sentencia T-164 del 17 de marzo de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

4 Art. 10 del Decreto 806 de 1998.

5 Ver entre otras, las Sentencias SU-480 del 25 de septiembre de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-819 del 20 de octubre de 1999 M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-883 del 2 de octubre de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño,

7 Sentencia T-406 del 23 de abril de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Sentencia T-1213 del 3 de diciembre de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Ibidem.

12 Ver Sentencias T-151 del 15 de febrero 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-760 del 31 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 La norma en cita dispone: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. // El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

14 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-1081 del 11 de octubre de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-892 del 26 de agosto de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-989 del 27 de septiembre de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-004 del 17 de enero de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Constitución Política, Artículo 46 “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”

16 “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.// El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.// El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

“ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

16 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-1081 del 11 de octubre de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-892 del 26 de agosto de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-989 del 27 de septiembre de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-004 del 17 de enero de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 Sentencia T-989 del 27 de septiembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Sentencia T-1081 del 11 de octubre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Sentencia T-527 del 11 de julio de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

20 El mencionado valor se encuentra relacionado en la prescripciones médicas que versan en el expediente (folios 6 y 7)

21 Ver folio 8

22 Ver la página web www.dromayor.com.co/diccionario/. La composición química de la solución oftálmica Dorzopt (gotas), contiene dorzolamida hidrocloreto 2% (base equivalente 20 mg); timolol maleato 0,5% (base equivalente 5 mg).

23 Ver folio 4.

24 Ver la declaración judicial rendida por la señora Ángela Rosa Acosta Ortiz folio 19.

25 Sentencia C-468 del 14 de mayo de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 Ver sentencia T 438 del 3 de julio de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.