

Sentencia T-835-09

DERECHO A LA SALUD-Criterios que deben tener los médicos cuando excepcionalmente ordenan medicamentos en denominación de marca el CTC para autorizar o negar su suministro

ACCION DE TUTELA-Orden a IPS disponer de una ventanilla preferencial para atender a las personas mayores de 62 años

Referencia: expediente T-2396660

Acción de tutela instaurada por José Ignacio Villarraga Suárez contra Famisanar EPS.

Magistrada Ponente:

Dra. MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luís Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Civil Municipal de La Mesa Cundinamarca el veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009) y en segunda instancia por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa Cundinamarca, dentro de la acción de tutela instaurada por José Ignacio Villarraga Suárez contra Famisanar EPS.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de octubre ocho (8) de dos mil nueve (2009) proferido por la Sala de Selección Número Diez.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

2. Respuesta de la entidad demandada.

El proceso correspondió al Juzgado Civil Municipal de La Mesa Cundinamarca ante el cual intervino la entidad accionada manifestando que la "E.P.S Famisanar ha prestado al usuario la totalidad de los servicios de salud, de acuerdo con la normatividad vigente y bajo los cubrimientos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud.(...) Así mismo, la dicha entidad sostuvo que "La EPS Famisanar se comunicó con el Hospital Pedro León Álvarez Díaz de la Mesa Cundinamarca y el señor Germán Valdez del área de admisiones, refirió que ninguno de los procedimientos los practican en el hospital, cabe aclarar que es la única IPS de nivel superior al II que se encuentra en el Municipio de la Mesa. Ante esta situación, la EPS a través de un asesor integral de la Mesa, se comunicó con el usuario, quien manifestó que de no ser posible la práctica de tales procedimientos en la Mesa, es viable la remisión para Girardot. Entonces se acordó que José Villarraga, que (sic) reclamaría la autorización en el punto de Famisanar de la Mesa, en donde también se comunican con la IPS de Girardot para que le asignen la cita y entregarle al señor Villarraga la autorización con los procedimientos programados."

3. Decisión judicial de primera instancia.

El veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009) el Juzgado Civil Municipal de la Mesa - Cundinamarca profirió sentencia denegando el amparo solicitado por el accionante por considerar que:"(...) no se puede utilizar validamente la acción de tutela para pretender que una E.P.S suministre al usuario medicamentos que no sean genéricos, dado que si estos se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud y constituyen una alternativa eficaz para el tratamiento de la enfermedad que afecta al paciente, al paso que se garantiza la sostenibilidad del sistema, no se afecta en lo más mínimo el derecho fundamental a la salud, porque, como se vio, la protección del juez constitucional solamente se justifica, entre otros cuando la EPS, no provee los medicamentos contemplados dentro del POS, en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia. (...) al parecer, la situación del accionante no encuadra dentro de ninguna de esas circunstancias, porque el motivo real de su inconformidad se hace consistir (sic) en que desconfía de los medicamentos genéricos, pero sin que exista un

fundamento serio y científico que permita establecer, sin lugar a dudas, que los genéricos formulados no son de la misma calidad que tienen los medicamentos producidos por el laboratorio original. Tampoco es la tutela el sendero apropiado para lograr que la respectiva EPS brinde en el domicilio del usuario todos los niveles de atención que se requieran (...). Finalmente el Juzgado sostuvo: Otro aspecto que sirve de resorte al accionante se hace consistir (sic) en la dilación de la practica de pruebas de los procedimientos ordenados y la pésima discriminatoria atención en consulta externa, situaciones estas que no han sido aceptadas en su informe por la accionanda, quien, por el contrario, segura que los servicios requeridos se han prestado de manera optima y oportuna, con sujeción al Plan Obligatorio de Salud. Si bien la comprobación de la existencia de cualquiera de tales irregularidades constituye una vulneración al derecho a la salud de los pacientes, susceptible de amparo de tutela, lo cierto es que en el presente evento no se cuenta con elementos probatorios que permitan confirmar la veracidad de las afirmaciones, porque el accionante se limitó simplemente a expresarlas, sin rendir al juez prueba alguna de los hechos.”

4. Impugnación.

El veintinueve (29) de julio de dos mil nueve (2009), el señor José Ignacio Villarraga impugnó la decisión del Juez de primera instancia sin motivarla.

5. Decisión judicial objeto de revisión.

La impugnación fue decidida el trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009) por el Juzgado Promiscuo de Familia de la Mesa - Cundinamarca, que resolvió confirmar la decisión de la primera instancia al considerar que “(...) es acertada la decisión del señor Juez de primera instancia, cuando indica que por parte del accionante no se allegó fundamento serio y científico para establecer sin lugar a dudas que los medicamentos genéricos formulados no tienen la misma calidad de los producidos por el laboratorio original, como tampoco se allega prueba alguna que por parte de Famisanar, no se le hubiere prestado la atención que él ha requerido (...) Por otra parte (...) no ha vuelto a dicho centro a fin de que le programen los exámenes ordenados, por tal razón mal puede decirse que no recibe atención y que hay demora en el servicio cuando a la fecha él, aun no la ha solicitado.”

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos.

En el presente caso corresponde a la Sala Segunda de Revisión determinar si la EPS Famisanar vulneró los derechos del accionante a la seguridad social y a la dignidad humana al (i) obligarlo a desplazarse a otras ciudades para poder acceder a los servicios de salud que requiere; (ii) al limitarse a entregarle medicamentos genéricos que según él no han tenido resultado y (iii) al no darle un trato digno y adecuado a su condición de persona de la tercera edad, por someterlo a “dilaciones injustificadas” y “largas filas” para poder acceder a los servicios de salud.

Para resolver los dos primeros problemas jurídicos la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada (i) con el derecho a que se remuevan los obstáculos y las barreras necesarias para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad, en el caso en el que no puedan prestarse en el lugar de residencia y (ii) aquella en que se fijan los criterios que deben tenerse en cuenta para autorizar o negar el suministro de medicamentos sin limitarse a su denominación genérica.

Finalmente, para resolver el tercer el problema jurídico se aplicarán las reglas constitucionales para la protección de personas de la tercera edad.

3. Derecho al acceso de servicios de salud que se requieren fuera del lugar de residencia.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el Estado tiene la obligación de facilitar el acceso a los servicios de salud de manera que todos los habitantes puedan recibir, a través de sus instituciones, la atención que requieren en los diferentes lugares del territorio nacional. El principio de accesibilidad a la prestación del servicio fue explicado en la Sentencia T-739 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, como derivado del Pacto de Derechos Civiles Económicos y Culturales según la interpretación

que su Comité ha hecho del mismo. Dijo entonces la Corte:

“La accesibilidad comprende, en criterio del Comité, (i) la prohibición que se ejerza discriminación alguna en el acceso a los servicios de salud, lo que conlleva, a su vez, la determinación de medidas afirmativas a favor de los sectores sociales más vulnerables y marginados, (ii) la necesidad que los establecimientos, bienes y servicios de salud, junto con la infraestructura de saneamiento básico estén uniformemente distribuidos en el territorio del Estado Parte, (iii) la obligación que las tarifas de acceso al servicio de salud estén fundadas en el principio de equidad, sin que la falta de recursos económicos se convierta en una barrera para el goce del derecho, y (iii) La posibilidad que los usuarios del servicio de salud ejerciten “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”.”

No obstante, cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo, ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, el usuario debe trasladarse a otra localidad para recibir la atención requerida.

El párrafo del artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, señala que “cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una UPC diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la EPS”.

La Corte ha explicado que la obligación de acudir a un tratamiento corresponde de forma principal al paciente y en virtud del principio de solidaridad a su familia, quienes deben asumir el costo natural que ello supone, salvo en eventos en los cuales la ley prevé que es la entidad prestadora del servicio la encargada de suministrar el transporte a los usuarios o cuando ni el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin, puesto que se comprometerían en alto grado sus derechos fundamentales.

4. Suministro de medicamentos sin limitarse a su denominación genérica.

Como regla general es obligación que los medicamentos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se prescriban bajo su denominación genérica, aún cuando el asegurador puede suministrarlos en cualquiera de sus formas de comercialización.

Recuerda la Corte que la regulación vigente sobre genéricos establece como regla general la obligación de que los medicamentos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se prescriban bajo su denominación genérica, aún cuando el asegurador puede suministrarlos en cualquiera de sus formas de comercialización (genérico o de marca), siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente. Indica la norma: “La utilización de las Denominaciones Comunes Internacionales (nombres genéricos) en la prescripción de medicamentos será de carácter obligatorio. Los medicamentos a dispensar deben corresponder al principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca), siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.” (Acuerdo 228 de 2002, artículo 4°). A su vez, define la Denominación Común Internacional como el “[n]ombre recomendado por la OMS para cada medicamento. La finalidad de la Denominación Común Internacional es conseguir una buena identificación de cada fármaco en el ámbito internacional.” y el medicamento genérico como “(...) aquel que utiliza la denominación común internacional para su prescripción y expendio.” (Acuerdo 228 de 2002, artículo 3°).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por su parte, se ha ocupado primordialmente de lo relacionado con los criterios que deben tener en cuenta los médicos tratantes cuando, excepcionalmente, ordenan un medicamento en su denominación de marca y los criterios que debe tener en cuenta el CTC para autorizar o negar su suministro:

(i) la determinación de la calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en relación con un medicamento corresponde al médico tratante (y eventualmente al comité técnico científico), con base en su experticio y el conocimiento clínico del paciente

(ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con

base en los criterios señalados (experticio y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia.

(iii) una EPS, en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.

5. Protección constitucional reforzada a las personas de la tercera edad.

Reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que, el derecho a la salud de las personas de la tercera edad, es un derecho fundamental que recibe una protección constitucional reforzada¹. Esta concepción se justifica en que las personas de la tercera edad, por disposición constitucional expresa, son sujeto de una protección especial por parte del Estado, dada su condición de debilidad manifiesta.

La Sala advierte que si bien la obligación de ofrecer una ventanilla preferencial a las personas mayores de 62 años recae en las entidades públicas, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que en el caso de la prestación de servicios públicos, en especial los que suponen el goce efectivo de un derecho fundamental, las entidades privadas que prestan dichos servicios están sometidas a las reglas propias del ámbito constitucional.²

6. Caso concreto.

José Ignacio Villarraga Suárez considera que la EPS Famisanar vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana porque, pese a su avanzada edad, tiene que desplazarse a una ciudad diferente en la que él reside para tener acceso a los servicios de salud que requiere. Así mismo, sostiene que su EPS se limita a brindarle medicamentos genéricos que considera no le sirven para su mejoría y que no recibe un trato digno y adecuado a su condición de persona de la tercera edad, por ser sometido a

largas filas y dilaciones injustificadas. Por su parte, la EPS Famisanar sostiene que ha prestado al usuario la totalidad de los servicios de salud, de acuerdo con la normatividad vigente y bajo los cubrimientos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud y que ha remitido al señor Villarraga a la ciudad de Girardot para que en esta ciudad, cercana al Municipio donde reside, le sean practicados los procedimientos que requiere.

En primer término, la Sala estima que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de tutela, la EPS Famisanar ha tomado medidas conducentes para que el señor Villarraga pueda acceder a los servicios de salud que requiere, pese a que dichos servicios no pueden ser ofrecidos en su lugar de residencia. Lo anterior en tanto que el señor Villarraga fue remitido a una IPS en la ciudad de Girardot, ciudad cercana al municipio donde él reside, para que le puedan ser practicados los exámenes y procedimientos ordenados por su médico tratante. Esta medida resulta razonable, habida cuenta de la corta distancia entre el Municipio de la Mesa y Girardot, y la existencia de la infraestructura vial necesaria para efectuar los traslados correspondientes, por lo que las condiciones de accesibilidad no son restringidas de forma tal que provoquen el aislamiento objetivo del paciente a los servicios médicos.

De otra parte, en cuanto al suministro de medicamentos genéricos, observa la Sala que no existen pruebas que permitan acreditar que la prescripción de los medicamentos bajo su denominación genérica, efectuada por el médico tratante del accionante, no cumple con los criterios de calidad, seguridad y eficacia para el paciente. Como se explicó en las consideraciones de esta providencia para ordenar, excepcionalmente, un medicamento en su denominación de marca debe contarse con la prescripción del médico tratante o con conceptos científicos y técnicos que permitan establecer la necesidad de suministrar dicho medicamento, que en el caso concreto, no se tienen.

Finalmente, en cuanto al trato indigno que considera el accionante recibe por parte de su IPS por cuanto, no tiene en cuenta su condición de persona de la tercera edad, encuentra esta Corte que, teniendo en cuenta que la legislación vigente prevé que todas las entidades públicas tienen la obligación de ofrecer a las personas mayores de 62 años una ventanilla preferencial para facilitar y agilizar las gestiones que realicen y que

la jurisprudencia constitucional ha reconocido que en el caso de la prestación de servicios públicos, en especial de los cuales depende el goce efectivo de un derecho fundamental, las entidades privadas que prestan dichos servicios están sometidas a las reglas propias del ámbito constitucional, las IPS que atienden al señor Villarraga en la ciudad de Girardot y en el Municipio de la Mesa Cundinamarca, deberán contar, si aun no la tienen, con dicha ventanilla preferencial. La atención preferencial deberá prestarse sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, en cumplimiento de la Ley 1171 de 2007 y de los usuarios del servicio que por sus condiciones especiales de salud merecen también un trato preferencial, como podría ser una mujer embarazada cercana a dar a luz o una persona discapacitada, entre otras.

De conformidad con lo expuesto la Sala procederá a confirmar las decisiones de instancia. Sin embargo, la Corte advierte que sí se le está violando al accionante su derecho a la dignidad humana y, por lo tanto, en ese sentido la Corte Constitucional procederá a adicionar lo dictaminado por los jueces de instancia. Así, procederá a ordenarle a las Instituciones de la red que le prestan servicios médico asistenciales al tutelante, que en el término de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente sentencia dispongan, si aún no lo han hecho, de una ventanilla de atención preferencial para las personas mayores de sesenta y dos (62) años de edad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Civil Municipal de La Mesa Cundinamarca el veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009) y en segunda instancia por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de la Mesa Cundinamarca el trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela instaurada por José Ignacio Villarraga Suárez contra Famisanar EPS y por las razones expuestas en esta providencia. Asimismo, ADICIONAR los fallos de instancia y tutelar el derecho a la dignidad humana del señor José Ignacio Villarraga Suárez.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a las IPS pertenecientes a la red de servicios de la EPS Famisanar, que tengan la virtualidad de atender al señor José Ignacio Villarraga Suárez en la ciudad de Girardot y en el Municipio de la Mesa Cundinamarca que, en el término de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, dispongan si aún no lo han hecho una ventanilla preferencial para atender a las personas mayores de 62 años. La atención preferencial deberá prestarse sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, en cumplimiento de la Ley 1171 de 2007 y de los usuarios del servicio que por sus condiciones especiales de salud merecen también un trato preferencial, como podría ser una mujer embarazada cercana a dar a luz o una persona discapacitada, entre otras.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

(T-835 de 2009)

1 Algunas sentencias en las que se ha considerado que la protección constitucional de las personas de la tercera edad es reforzada son las siguientes: T-808 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-908 de 2004 y T-005 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-687 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1228 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-764 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

2 Sobre la necesidad de que algunos deberes propios de las entidades públicas sean respetados también por las entidades privadas que prestan servicios públicos, como una garantía específica de los derechos constitucionales fundamentales, pueden verse, entre otras, las Sentencia T-406 de 1993, (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-800 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en las cuales la Corte especificó que aún los particulares encargados de prestar el servicio público de salud estaban obligadas, a pesar de que sus afiliados estuvieran en mora en las cotizaciones, a prestarlo de forma continua e ininterrumpida si de esa prestación dependen la vida, la dignidad o la integridad de las personas. En otros ámbitos, la Corte ha aplicado este mismo principio. Al respecto, cfr., T-1048 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).