

Sentencia T-869/05

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

Las EPS están en la obligación de suministrar a sus afiliados los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, inaplicando la legislación vigente que los faculta para exonerarse de cumplir con dicha obligación siempre y cuando en cada caso en concreto se verifiquen las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, A saber: - Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal del interesado o a la vida digna. - Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud 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 el mínimo vital del paciente. - Que el paciente realmente no cuente con los recursos necesarios para sufragar los costos de los medicamentos o tratamientos requeridos y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud que cumple los anteriores requisitos requiere que le sean proporcionados una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, la E.P.S debe prestarle los servicios requeridos. De la misma manera y con el objeto de preservar un equilibrio financiero, las EPS están en la posibilidad de repetir contra el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA) para obtener el reintegro de los gastos en que incurra.

Referencia: expediente T-1101448

Acción de tutela instaurada por el señor Roberto Barraza Castro contra el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Atlántico.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C. diecinueve (19) de agosto de dos mil cinco (2005)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el día 8 de abril de 2005, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

El dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004), el ciudadano Roberto Barraza Castro interpuso acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Atlántico, pues considera que se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, al derecho de petición y a la salud. Dicha vulneración, a su juicio, tiene origen en la omisión de la entidad demandada en dar respuesta a su requerimiento y; asimismo, en la negativa a suministrar los medicamentos ISRADIPINO 2.5 MG y BRINZOLAMIDA GOTAS, por encontrarse los mismos fuera del POS.

Hechos

- 1- El señor Roberto Barraza Castro nació el doce (12) de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934).
- 2- El actor es pensionado del Instituto de los Seguros Sociales con una pensión mensual por valor de quinientos cincuenta y tres mil ciento veinte pesos (\$553.120), conforme al comprobante de pago que anexa a la demanda.
- 3- El día diez (10) de noviembre de dos mil cuatro (2004), el actor presentó Derecho de Petición ante el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Atlántico, solicitando el suministro de los medicamentos ISRADIPINO 2.5 MG y BRINZOLAMIDA GOTAS.

4- Hasta la fecha de presentación de la tutela, la entidad no le ha dado respuesta a dicha solicitud.

5- El actor presenta una infección respiratoria, cataratas y leucoma. Los medicamentos mencionados han sido recetados por su médico tratante, afiliado a esta EPS.

6- Con ocasión de lo anterior, el peticionario considera violados sus derechos fundamentales a la vida, al derecho de petición, a la salud, así como su derecho constitucional a la seguridad social.

PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1- Derecho de Petición presentado por el demandante el 10 de noviembre de 2004.

2- Certificación expedida por el Coordinador de la Farmacia del C.A.A de Los Andes, en donde se informa que los medicamentos ISRADIPINO 2.5 MG y BRINZOLAMIDA GOTAS no han sido entregados al actor ya que no hay existencias de los productos por encontrarse los mismos fuera del POS.

3- Comprobante de pago de la pensión de vejez del actor.

II- INTERVENCIONES

Instituto de los Seguros Sociales.

El trece (13) de enero de dos mil cinco (2005), el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con el fin de esclarecer los supuestos fácticos, dispuso oficiar al Instituto de Seguros Sociales Seccional Atlántico para que éste indicara al despacho la renuencia por parte de la EPS al no materializar la entrega de los medicamentos solicitados por el peticionario. El Gerente Seccional del Atlántico, en cumplimiento de la orden, dio respuesta a los requerimientos formulados mediante oficio del diecisiete (17) de enero de dos mil cinco (2005). Por medio de éste, manifiesta que los medicamentos pedidos por el actor no se encuentran incluidos en el listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud POS, para lo cual el médico tratante deberá diligenciar el formato de justificación de uso para dichos medicamentos para que sea el Comité Técnico Científico de la EPS quien analice la viabilidad y, con posterioridad, autorice la entrega del medicamento formulado¹. Advierte la EPS, que sí dio respuesta al

derecho de petición. Destaca que uno de los medicamentos solicitados por el Actor denominado BRINZOLAMIDA ya había sido aprobado por el Comité Técnico, sin embargo no fue suministrado por carecer de existencias. En relación al ISRADIPINO, manifestó la entidad que no se dio cumplimiento al trámite administrativo correspondiente, ya que dentro de sus archivos no reposa constancia alguna en la que se pueda acreditar la solicitud presentada por el peticionario ante el Comité para que se estudiará y aprobara la entrega del medicamento requerido. Concluye la entidad, que por tratarse de medicamentos por fuera del POS, no hay existencias de los mismos en el servicio de Farmacia debido a que sólo se encuentran a disposición de los pacientes los medicamentos incluidos en el POS. Además, hace énfasis de la carencia de una fórmula médica actualizada que ordene los medicamentos solicitados. Por ultimo, señala que, conforme a la normatividad legal vigente, las Entidades Promotoras de Salud no están obligadas a proporcionar los medicamentos requeridos si no se ha cumplido con las exigencias de orden legal.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, en sentencia del veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005), resolvió negar el amparo de tutela tras considerar que no existen elementos de juicio ni pruebas dentro del expediente que logren demostrar la afectación de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

El Juez constitucional parte de la premisa de la existencia de mecanismos administrativos con los que contaba el actor como medio eficaz para la protección de sus derechos. Considera el Juzgado que no se encuentran probados los requisitos para la procedencia de la acción ya que el peticionario no logra demostrar la afectación directa de sus derechos. Esto, debido a que no consta prueba alguna que sustente la afirmación del actor sobre la vulneración de su derecho a la vida, a la salud y al derecho de petición.

Sentencia de Segunda Instancia

El diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla-Sala Penal de Decisión- confirmó el fallo impugnado tras considerar que el actor no allega dentro del proceso pruebas que acredite que el tratamiento al cual hace alusión continúa vigente, luego que la certificación que presenta no demuestra la duración del mismo y, por ende, si es necesario que los medicamentos requeridos se le deban

proporcionar mensualmente.

No obstante, el Juez dentro de su fallo dispuso que el demandante se someta a una nueva valoración para determinar si debe continuar con el mismo tratamiento y solo así se deberá proceder a la entrega de las medicinas requeridas aunque estas se encuentren excluidos del POS. Aclara que las EPS, en aras de garantizar los derechos fundamentales del actor, debe entregar los medicamentos necesarios para la mejoría de la patología que éste presenta.

Revisión por la Corte Constitucional

Remitido el expediente a esta Corporación mediante auto del trece (13) de mayo de dos mil cinco (2005), la Sala de Selección Número cinco (5) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

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.

Problema jurídico objeto de revisión

Debe determinar la Sala de Revisión si una Entidad Promotora de Salud viola los derechos fundamentales a la vida y a la salud de un afiliado, al negarse a suministrar los medicamentos -ISRADIPINO 2.5 MG y BRINZOLAMIDA GOTAS -, recetado por el médico tratante en razón a que dichos medicamentos no se encuentran contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud POS. Asimismo, deberá esta Sala establecer si se vulnera o no el derecho fundamental de petición el cual se fundamenta en la negativa por parte de la entidad demandada en dar respuesta dentro del término legal en atención a la solicitud formal presentada por el actor.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia a la jurisprudencia de la Corte en torno a los criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido considerado como

derecho fundamental. De igual forma, hará alusión a las obligaciones de las EPS en suministrar a sus afiliados medicamentos que se encuentren excluidos del POS.

Criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido considerado como derecho fundamental

La acción de tutela es un mecanismo constitucional subsidiario que procede ante la inexistencia o ineficacia² de otros mecanismos judiciales ordinarios que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En relación con el derecho a la salud, la Corte ha señalado que este derecho prima facie no es un derecho fundamental.

Sobre el particular, la Corte, en su sentencia T-575 del 27 de mayo de 2005, dijo lo siguiente:

“La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que: (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo.³ En efecto, la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo.⁴ Sin embargo, al adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.⁵”

Por consiguiente, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, con respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De conformidad con el cual el derecho a la salud se estima fundamental, comprende el derecho

al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y la efectividad del derecho se sujeta a la realización de procedimientos.”

De otro lado, la Corte Constitucional, en atención al orden jerárquico que conviene nuestro ordenamiento jurídico, ha destacado a la Constitución como norma suprema que prevalece en el ordenamiento interno; por tal razón, en ocasiones ha inaplicado la reglamentaciones de tipo legal para proteger derechos constitucionales. Por lo anterior, ha considerado en omitir la aplicación de la ley cuando, en ejecución de la misma, se vulneren o amenacen los derechos de los asociados. Todo esto, en aras de evitar “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales⁶(...).”

Conforme a lo anterior, las EPS están en la obligación de suministrar a sus afiliados los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, inaplicando la legislación vigente que los faculta para exonerarse de cumplir con dicha obligación siempre y cuando en cada caso en concreto se verifiquen las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, A saber⁷:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal del interesado o a la vida digna.⁸
- Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud 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 el mínimo vital del paciente.
- Que el paciente realmente no cuente con los recursos necesarios para sufragar los costos de los medicamentos o tratamientos requeridos y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud que cumple los anteriores requisitos requiere que le sean proporcionados una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, la E.P.S debe prestarle los servicios requeridos. De la misma manera y con el objeto de preservar un equilibrio financiero, las EPS están en la posibilidad de repetir contra el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA) para obtener el reintegro de los gastos en que incurra.⁹

V. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

El ciudadano Roberto Barraza Castro, persona de la tercera edad, pensionado, afirma encontrarse en estado crítico de salud; por tal razón, solicitó al Instituto del Seguro Social Seccional Atlántico, mediante escrito del diez (10) de noviembre de dos mil cuatro (2004), el suministro de los medicamentos ISRADIPINO 2.5 MG y BRINZOLAMIDA GOTAS, ordenados por el médico tratante. La EPS se abstuvo de entregar los medicamentos tras argumentar que éstos se encuentran por fuera del POS y que, a su vez, el actor no ha cumplido con el trámite administrativo ante el Comité Técnico Especializado de la EPS para que analice la viabilidad de los mismos y proceda a efectuar la aprobación y suministro de dichos medicamentos. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla negó el amparo de tutela, pues consideró que no existen elementos de juicio ni pruebas dentro del expediente que logren demostrar la afectación de los derechos fundamentales invocados por el accionante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal de Decisión- confirmó el fallo de primera de instancia, considerando que el actor, mediante la certificación que allegó al proceso, no logró probar la vigencia del tratamiento para que le sean proveídos los medicamentos requeridos. Esto impide determinar si el procedimiento médico en la actualidad se encuentra o no en curso, por lo que establece que no encuentra mérito suficiente para tutelar los derechos del actor. Sin embargo, la decisión requiere que el señor Barraza se someta nuevamente a una valoración ante el Comité para determinar si aún debe serle suministrado el mismo tratamiento y sólo así se deberá proceder a la entrega de las medicinas requeridas, así éstas se encuentren excluidas del POS.

En concordancia con la doctrina constitucional, la cual es aplicable al caso en concreto, se concluye que el derecho a la salud debe ser amparado por vía de tutela toda vez que su amenaza o vulneración pone en riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la

dignidad humana del actor. Por lo anterior, debe esta Sala hacer un análisis de la situación del peticionario en aras de confrontar si, producto de su condición cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas que regulan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud y de esta manera darle cabida al amparo de tutela.

Asimismo, se encuentra probado en el expediente que la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales seccional Atlántico, omitió entregar los medicamentos denominados BRINZOLAMIDA GOTAS e ISRADIPINO 2.5 MG que el actor requiere para mejorar sus problemas de cataratas y leucoma, así como su infección respiratoria, que le fueron prescritos por el médico adscrito a dicha entidad. No obstante, la institución, en el transcurso del proceso, afirmó que el primero de dichos medicamentos, este es BRINZOLAMIDA GOTAS, había sido aprobado por el Comité Técnico mas no suministrado por carecer la entidad de existencias. Conforme al ordenamiento interno y a los precedentes constitucionales, la E.P.S. vulnera los derechos del actor debido a que estaba en la obligación de suministrar los medicamentos excluidos del POS toda vez que el Comité ya lo había aprobado.

En relación con el ISRADIPINO 2.5 MG, reclamado por vía tutelar, hace notar la Sala que el pronunciamiento de la entidad demandada se centraba en afirmar que el medicamento requerido se encontraba por fuera del POS y, para ser proporcionado al actor, el médico tratante debe diligenciar el formato de justificación de uso de los medicamentos para que sea el Comité Técnico Científico de la E.P.S. quien analice la viabilidad y, posteriormente, autorice la entrega de los mismos.

Por las razones mencionadas y por no haber sido controvertidas por la demandada, las afirmaciones del señor Barraza Castro, relativas al no suministro del medicamento, se tendrán por ciertas. Se pone de presente, además, que en el expediente no reposa prueba alguna que acredite la conformación del Comité Técnico Científico por parte del médico tratante o por el peticionario, a fin de que se estudie la viabilidad de la entrega de las medicinas. Asimismo el acervo probatorio obrante en el proceso no determina como medicamentos únicos y esenciales, la BRINZOLAMIDA GOTAS e ISRADIPINO 2.5 MG, para la mejoría patológica del señor Barraza ni tampoco establece que éstos cuentan con un reemplazo de carácter genérico, igualmente efectivo dentro del plan de beneficios del POS.

Ahora bien, en el presente caso, la Sala debe establecer el alcance del fallo del Juez Constitucional de segunda instancia en aras de decretar si la decisión proferida por el tribunal protege o no los derechos fundamentales del peticionario. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala considera que la citada decisión carece de carácter vinculante y no obliga de manera directa a la entidad. Esto, debido a que la decisión confirma la medida del a-quo, el cual niega tutelar los derechos invocados por el peticionario. Al mismo tiempo de forma antitécnica, prescribe una salvedad por medio de la cual le da cabida a la tutela, la que será procedente una vez el actor sea sometido a una eventual revisión por parte del Comité Técnico de la E.P.S. en donde se determinara la viabilidad y vigencia del tratamiento. Esto último, es incierto y desobligante luego que la decisión de amparo no especifica, modo, tiempo y lugar, para la realización de lo preceptuado en dicho fallo.

Lo anteriormente expuesto, se manifiesta por medio del siguiente fragmento contenido en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que dice: "Resuelve: 1. Confirmar, como en efecto confirma, la sentencia de fecha 26 de enero de 2005, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, pero con la salvedad de que se somete nuevamente a valoración el actor, se determine si aún debe serle suministrado el mismo tratamiento, y sólo así debe procederse a la entrega del mismo pues estando excluido del POS, la E.P.S. en aras de garantizar sus derechos fundamentales debe inaplicar tal disposición y entregar los medicamentos que se requieran (...)." Si bien es cierto que el juez de segunda instancia pretendió proteger los derechos del actor condicionando su fallo a una nueva revisión para determinar la eficacia de su tratamiento, no logró tutelar su derecho fundamental. Es claro que la disposición esta carente de herramientas jurídicas que le permitan al peticionario hacer exigible la protección de sus derechos, pues el fallo ha sido confirmado y la salvedad que el mismo presenta para la protección de estos no es obligante para la entidad demandada, ya que la decisión no es producto de una orden directa por parte del juez sino de un hecho futuro incierto.

Por las razones expuestas, se revocaran los fallos proferidos por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla-Sala Penal de Decisión- y se ordenará a la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales Seccional Atlántico, adelantar las gestiones pertinentes para conformar el Comité Técnico Científico de la entidad, a fin de que analice y dictamine si es necesario o no el suministro de los medicamentos BRINZOLAMIDA GOTAS e ISRADIPINO 2.5 MG al señor Roberto Barraza Castro.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla-Sala Penal de Decisión-, por medio de los cuales negaron la tutela instaurada por el señor Roberto Barraza Castro en contra del Instituto de los Seguros Sociales Seccional Atlántico.

Segundo. CONCEDER la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud, reclamado por el demandante.

Tercero. ORDENAR a la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Atlántico, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, adopte las medidas necesarias para conformar el Comité Técnico Científico de la entidad a fin de que determine la necesidad de suministrar al señor Roberto Barraza Castro los medicamentos BRINZOLAMIDA GOTAS e ISRADIPINO 2.5 MG, prescritos por su médico tratante.

Cuarto. DECLARAR que el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Atlántico le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala. En consecuencia, podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (FOSIGA).

Quinto. LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “(...)Es competencia del Comité de Farmacia y Terapéutica de la EPS del ISS, entrar a estudiar la viabilidad de la adquisición del medicamento formulado al señor ROBERTO BARRAZA CASTRO, de conformidad con los criterios establecidos en la normatividad comentada. Aprobado por el Comité se ordena la compra, conforme a la existencia de rubro presupuestal.(...)”

2 Ver sentencia T-859 de 2003.

3 Sentencia T-697 de 2004.

4 Ibidem.

5 Sentencia T-859 de 2003.

6 Sentencia T-119 de 2000 y T-036 de 2004.

7 Ver entre otras, SU-480 de 1997, T-283 de 1998 y T-409 de 2000.

8 Sentencia SU-111 de 1997.

9 Ver, la jurisprudencia de la corporación acerca del tema, sentencias T-065/04, T-190/04, T-202/04, T-221/04, T-239/04, T-253/04, T-268/04, T-271/04, T-326/04, T- 341/04, T-342/04, T-343/04, T367/04.