

Sentencia T-922/13

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Padres del menor son los primeros llamados a asumir la representación de su hijo/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

La representación judicial de los menores de edad, según lo señalado en el Artículo 306 del Código Civil, le corresponde a los padres. Adicionalmente, el Artículo 44 de la Constitución, establece que cualquier persona que observe la amenaza a los derechos fundamentales de los niños, puede exigir la intervención de la autoridad judicial competente. En el caso bajo estudio, la señora interpone la acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales de su hija menor de edad; encontrándose legitimada para impetrar esta acción.

DERECHO A LA SALUD-Reglas y subreglas fijadas por la jurisprudencia para suministro de medicamentos excluidos del POS

Si un paciente requiere una prestación excluida del Plan Obligatorio de Salud, en principio deberá asumir por sí mismo el costo de ésta. Sólo excepcionalmente, en determinadas ocasiones y en cumplimiento de establecidos requisitos, el usuario podrá exigir a la EPS que asuma la atención no POS. Los presupuestos que deben cumplirse para su autorización son los siguientes: (i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales del paciente; (ii) Que la prestación no pueda ser sustituida por otra incluida en el POS con la misma efectividad; (iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo; y (iv) Que se cuente con la prescripción del médico tratante.. En ese sentido, en cada caso en particular deberá analizarse el cumplimiento de los anteriores supuestos y de hallarse justificado afirmativamente cada uno de ellos, será posible inaplicar la normatividad existente sobre los servicios no POS, y así proteger los derechos a la vida, la dignidad y la salud.

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE FRENTE AL CONCEPTO DEL COMITE TECNICO CIENTIFICO-Reiteración de jurisprudencia

Al interior de la EPS, el médico tratante es el profesional encargado de atender la patología del paciente, debido a que conoce la evolución de la sintomatología, historia clínica y particularidades que rodean los padecimientos del usuario. En principio el galeno es la persona idónea y calificada para determinar los procedimientos, medicamentos o insumos que requiere el paciente, así como las cantidades, dosis y demás instrucciones necesarias para la efectividad del tratamiento. Cuando estos servicios están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deberán solicitarse por parte del mismo médico tratante ante el Comité Técnico Científico, justificando su necesidad e imposibilidad de sustitución de la prestación prescrita al paciente para que, atendiendo a criterios científicos y médicos, el Comité lo apruebe o desaprobe. El Comité Técnico Científico de la EPS es un órgano al cual pertenecen profesionales de la medicina, competentes para analizar y establecer la justificación de una prestación recetada a un paciente y que por lo tanto, tiene la capacidad para controvertir el dictamen del médico tratante, siempre que lo haga de manera responsable y argumentada. En caso de desaprobación, este órgano de la EPS debe exponer argumentos, concretos y respaldados científicamente que desvirtúen la imposibilidad de sustituir la prestación planteada por el médico tratante, pues no podrá soportar la negativa de autorización en razones meramente administrativas. Frente a contradicciones entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico respecto de la posibilidad de sustituir una prestación no POS, teniendo en cuenta que ambos están capacitados para determinarla, pero que es el primero el que conoce las particularidades del paciente y su enfermedad, es éste el adecuado para valorar si lo planteado de forma general por el Comité Técnico Científico es aplicable a la patología del usuario. En consecuencia, debe la EPS remitir al paciente a una nueva consulta con el galeno encargado para que analice la posibilidad de efectuar la sustitución planteada por el CTC en atención a la situación del usuario, justificando y detallando debidamente su concepto positivo o negativo.

JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN SALUD-Se debe garantizar el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir tratamiento

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos en la forma prescrita por el médico tratante

El médico tratante, como profesional encargado de valorar y atender la sintomatología

presentada por los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, es la autoridad calificada para establecer la manera en la cual debe suministrarse determinado fármaco a un paciente; por esa razón, las órdenes son detalladas y especifican dosis, cantidad, número de entregas, entre otras características que deben atenderse. Las Entidades Prestadoras de Salud, a través de su dependencia encargada de suministrar los medicamentos a los usuarios, tienen el deber de hacer la respectiva entrega, una vez aprobados y autorizados, acatando lo especificado por el galeno en la orden correspondiente; en algunos casos por razones administrativas, la entidad se ve en la necesidad de fraccionar el abastecimiento de las medicinas o insumos a los usuarios, pero en esa eventualidad la EPS debe procurar porque no se amenacen los derechos fundamentales del paciente o la efectividad del tratamiento.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Vulneración por entrega incompleta de medicamento prescrito por médico tratante

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Orden para valorar opciones nutricionales a menor y determinar entrega de suplemento de la manera indicada por el médico tratante

Referencia: expediente. T-3.948.458

Acción de tutela instaurada por Myriam Reyes Bermúdez, en representación de su hija Leidy Mariana Arias Reyes, contra Famisanar EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos dictados en primera instancia por el Juzgado Sesenta Civil Municipal de Bogotá y en segunda instancia por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Myriam Reyes Bermúdez en representación de su hija Leidy Mariana Arias Reyes de 17 años de edad, interpuso acción de tutela contra Famisanar EPS, para solicitar la protección de los derechos fundamentales de la menor a la vida, a la seguridad social y a la salud, según los hechos que se exponen a continuación.

1. Hechos

1.1 Leidy Mariana Arias Reyes, de 17 años de edad, se encuentra afiliada a Famisanar EPS en calidad de beneficiaria de su progenitora, la señora Myrian Reyes Bermúdez.

1.2 En octubre de 2011, en el Hospital Departamental Amor de Patria de San Andrés a la joven representada le diagnosticaron disfagia (dificultad para la deglución). Actualmente, la menor padece esofagitis eosinofílica, úlcera esofágica y gastritis crónica.

1.3 El 21 de marzo de 2013, el gastroenterólogo pediatra Juan Pablo Riveros López prescribió a la menor los medicamentos Budesonida micronizada en cantidad de 120 ampollas y fórmula elemental a base de L-aminoácidos (Neocate Advance) por 45 latas, 3 tomas al día, por 3 meses.

1.4 La accionante indica que Famisanar EPS le entregó 25 ampollas de Budesonida micronizada de las 120 ordenadas por el médico tratante. La cantidad restante no fue suministrada.

1.5 El 1 de abril de 2013, el Comité Técnico Científico de la EPS demandada negó el suministro del Neocate Advance, por considerar que la no aprobación del suplemento no pone en riesgo la vida del paciente, pues “tiene las opciones de nutrición acorde al contexto clínico”.

1.6 La madre de la menor afirma que es vendedora de productos por catálogo, que obtiene un ingreso mensual de aproximadamente \$600.000, que su esposo está desempleado, y

que por tal motivo no puede asumir el costo del suplemento.

2. Pretensiones

Teniendo en cuenta la situación fáctica antes planteada, la accionante solicita se ordene a Famisanar EPS la entrega inmediata de Neocate Advance lata polvo por 400 gramos y del medicamento Budesonida micronizada 0,5 MG/ML susp P/NEB 2 MI, en las cantidades prescritas por el médico tratante, así como el tratamiento integral al que haya lugar.

3. Documentos relevantes aportados por la accionante

En el expediente obran los siguientes documentos:

1. Orden de medicamentos Budesonida micronizada 0,5 MG/ML susp P/NEB 2 MI por 120 en única entrega y Neocate Advance lata x 400 gramos fórmula para 3 meses, con fecha del 21 de marzo de 2013, prescrita por el gastroenterólogo pediatra Juan Pablo Riveros López.[1]

2. Formato de negación de servicios y/o medicamentos del Neocate Advance, firmado por Gabriel Enrique Lara Palacios, Coordinador del CTC, con fecha del 1 de abril de 2013.[2]

3. Historia clínica de Leidy Mariana Arias Reyes, con fecha del 21 de marzo de 2013.[3]

4. Contestación de la demanda

4.1 Famisanar EPS allegó contestación informando que el Neocate Advance lata por 400 gramos fue negado por el Comité Técnico Científico, al establecerse que es un alimento suplemento, y por consiguiente no es una prestación financiada por el sistema, según la Ley 1450 de 2011, Artículo 154[4]. Asimismo, explicó que la no autorización de tal suplemento no genera riesgo para la vida de la paciente.

Respecto al medicamento llamado Budesonida micronizada, indicó que se encuentra aprobado por el Comité Técnico Científico y pendiente de ser reclamado.[5]

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

Mediante Sentencia del 17 de abril de 2013, el Juzgado Sesenta Civil Municipal de Bogotá tuteló los derechos invocados y ordenó la entrega de los medicamentos solicitados (Neocate Advance y Bedesonida micronizada), así como el suministro del tratamiento integral a que hubiera lugar en razón al padecimiento de la menor.

El juez argumentó que los medicamentos pretendidos fueron ordenados por el médico a cargo de su enfermedad, y que la dignidad humana como derecho fundamental implica que el individuo no debe limitarse a vivir bajo condiciones inferiores a las de su naturaleza, por lo cual debe propenderse por mantener su calidad de vida.

A la par, advirtió que aún cuando exista normatividad que impida la entrega de tales medicamentos, estos preceptos no pueden contrariar las máximas constitucionales; en consecuencia, al evidenciarse en este caso que la ley aludida por la EPS pone en riesgo la vida digna de la menor, debe inaplicarse.

La entidad accionada recurrió la providencia de primera instancia controvirtiendo la orden de suministrar el tratamiento integral. Argumentó que tal prestación trata de hechos futuros e inciertos sobre los cuales no cabe predicar una vulneración.

3. Segunda instancia

Mediante providencia del 9 de mayo de 2013, el Juez Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá decidió revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y negar el amparo. Sustentó su decisión afirmando que la condición de la menor no es una enfermedad catastrófica y que la no entrega del Neocate Advance, no tiene incidencia en su vida, pues así lo indicó el Comité Técnico Científico, el cual está conformado por profesionales que tienen el conocimiento pertinente para emitir tales conceptos. En cuanto a la Budesonida micronizada, indicó que ya fue autorizada, por lo que no es posible dictar orden alguna. Finalmente, agregó que no hay prescripción médica que indique tratamiento integral alguno, por lo que tampoco es dable al juez de tutela autorizarlo.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión del despacho judicial comentado,

según lo ordenado por el Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y la Sala Número Ocho de Selección lo eligió para revisión, mediante Auto del 15 de agosto de 2013.

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Actuaciones en sede de revisión

2.1 Mediante Auto del 25 de noviembre de 2013 se ordenó oficiar a Famisanar EPS para que ampliara el concepto rendido por su Comité Técnico Científico en el “formato de negación de servicios de salud y medicamentos” con fecha de diligenciamiento 21 de marzo de 2013, en el cual se niega la autorización del Neocate Advance Polvo lata por 400 G a la paciente Leidy Mariana Arias Reyes; en ese sentido, se solicitó indicar “las opciones de nutrición acordes al contexto clínico” que pueden sustituir la ingesta del suplemento negado, y si tales opciones tienen el mismo nivel de efectividad.

2.2 En contestación a tal requerimiento, la representante legal de Famisanar EPS informó que el Comité Técnico Científico amplió su concepto, señalando que teniendo en cuenta la exclusión del POS del suplemento indicado por el médico tratante y en busca de alternativas para aliviar la sintomatología de la paciente, “se propuso utilizar las opciones de nutrición, acordes al contexto clínico, lo cual hace referencia a emplear, utilizar y mantener tanto las medidas de estilo de vida, como nutricionales, con los alimentos disponibles en el mercado que por el conocimiento médico validado universalmente evitan o previenen los signos y síntomas de la patología de la paciente, reflujo gastroesofágico y a su vez permiten mantener un estado nutricional adecuado. Mas allá de esto, la evaluación de otras posibles medidas farmacéuticas o fórmulas medicamentosas para la nutrición y prevención de síntomas de reflujo gastroesofágico con base en L aminoácidos u otras composiciones químicas, correspondería dentro de la pluralidad existente en el mercado, para nutrición y para reflujo gastroesofágico, definirlas, exponerlas y certificarlas a los tratantes, que hacen precisamente el seguimiento clínico y pueden determinar su efectividad para presentarlas y sustentarlas al comité, pues este órgano no tendría estos alcances.” Adicionalmente, expuso que se hacía necesario conocer la evolución de la patología de la menor para determinar las opciones sustitutas para la ingesta del Neocate Advance y que tal evolución solo podía ser determinada por médico tratante, por lo cual se

programó cita para el 20 de diciembre de 2013 a las 2:00 PM con el profesional encargado de la atención de la menor.

IV. CONSIDERACIONES y fundamentos

A continuación se estudiará la procedencia de la acción, seguidamente se planteará el caso en concreto y en lo sucesivo se tratarán los temas necesarios para resolverlo y descender al caso en concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es procedente cuando (i) quien la interpone es el afectado directo o lo hace en representación de alguien que está incapacitado para actuar por sí mismo, a través de la figura de la agencia oficiosa; (ii) si quien es demandado es una autoridad pública o, en los casos en que lo ha previsto la ley, particulares, que amenazan o vulneran derechos fundamentales; (iii) al no haber otro medio judicial idóneo o, que habiéndolo, se utilice la tutela como mecanismo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iv) cuando la vulneración o amenaza es cierta y actual. Una vez verificado el cumplimiento de cada requisito en el caso se predica procedente la acción y se inicia el análisis de fondo de las pretensiones.

1.1. Legitimación por activa

La representación judicial de los menores de edad, según lo señalado en el Artículo 306 del Código Civil, le corresponde a los padres. Adicionalmente, el Artículo 44 de la Constitución, establece que cualquier persona que observe la amenaza a los derechos fundamentales de los niños, puede exigir la intervención de la autoridad judicial competente. En el caso bajo estudio, la señora Miryam Reyes Bermúdez interpone la acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales de su hija menor de edad; Leidy Mariana, encontrándose legitimada para impetrar esta acción.

1.2. Legitimación por pasiva

Famisanar es una Empresa Promotora de Salud, por lo cual la acción de tutela procede en su contra, al tenor del Numeral 2° del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[6].

1.3. Subsidiariedad

La acción de tutela solo procede cuando no existe otro medio judicial apropiado, o que, existiendo, no sea idóneo, eficaz o se pretenda utilizar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Ley 1122 de 2007 establece un procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud para dirimir algunos conflictos que pueden suscitarse entre los usuarios y las entidades prestadoras del servicio de salud; los asuntos sobre los cuales puede versar la discusión ventilada ante la Superintendencia son definidos por la normatividad referida y reúne problemáticas referentes a cobertura de procedimientos incluidos en el POS, reconocimiento de gastos por atención de urgencias en IPS sin contrato con la respectiva EPS y conflictos por multiafiliación y movilidad dentro del sistema. Sin embargo, no se hace mención al debate sobre la autorización de procedimientos, medicamentos y/o insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud por parte de la EPS. En consecuencia, este procedimiento no es el adecuado para resolver el asunto que se estudia en esta oportunidad; lo que permite la viabilidad de la acción de tutela, dado que el ordenamiento jurídico no prevé otro mecanismo jurídico para ventilar la presente controversia.

1.4. Inmediatez

En virtud del requisito de inmediatez, debe existir un nexo temporal entre el hecho vulnerador y el momento de la interposición de la tutela; este nexo se evalúa en cada caso concreto, a partir de criterios (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (ii) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela, y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.[7] En el presente caso la negativa de entregar lo solicitado a la accionante por parte de la EPS ocurrió el 1 de abril de 2013 y la tutela fue interpuesta el 8 del mismo mes y año, es decir, solo transcurrieron 7 días entre cada evento, demostrando la prontitud con que se acudió a la acción. En consecuencia, se considera cumplido este requisito.

2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar los deberes de la EPS, para proteger los derechos de sus usuarios, al momento de suscitarse la controversia entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, cuando el primero afirma que no existe sustitución de un medicamento no POS ordenado por él, y el segundo sostiene lo contrario, proponiendo alternativas de reemplazo.

3. El concepto del médico tratante frente al del Comité Técnico Científico

3.1. La EPS como entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud a sus usuarios, tiene la obligación de proporcionar la asistencia requerida, siempre y cuando se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud, el cual, establece una serie de procedimientos, medicamentos e insumos delimitados que pueden ser exigidos por el afiliado. El POS es una lista cerrada, porque con ello se pretende concretar el principio de universalidad del servicio de salud y proteger la sostenibilidad fiscal del sistema[8].

3.2. En virtud de lo anterior, si un paciente requiere una prestación excluida del Plan Obligatorio de Salud, en principio deberá asumir por sí mismo el costo de ésta. Sólo excepcionalmente, en determinadas ocasiones y en cumplimiento de establecidos requisitos, el usuario podrá exigir a la EPS que asuma la atención no POS.

3.3. Los presupuestos que deben cumplirse para su autorización son los siguientes: (i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales del paciente; (ii) Que la prestación no pueda ser sustituida por otra incluida en el POS con la misma efectividad; (iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo; y (iv) Que se cuente con la prescripción del médico tratante.[9]

3.4. En ese sentido, en cada caso en particular deberá analizarse el cumplimiento de los anteriores supuestos y de hallarse justificado afirmativamente cada uno de ellos, será posible inaplicar la normatividad existente sobre los servicios no POS, y así proteger los derechos a la vida, la dignidad y la salud.

3.5. Ahora bien, con respecto al requisito de la imposibilidad de sustituir el medicamento o procedimiento no POS, por otro otorgado por el Plan con la misma efectividad, es relevante establecer qué debe hacer la EPS cuando se presentan contradicciones entre dos

autoridades médicas idóneas como lo son el médico tratante y el Comité Técnico Científico, sobre este tema.

3.6. Al interior de la EPS, el médico tratante es el profesional encargado de atender la patología del paciente, debido a que conoce la evolución de la sintomatología, historia clínica y particularidades que rodean los padecimientos del usuario.

3.7. En razón a lo anterior, en principio el mencionado galeno es la persona idónea y calificada para determinar los procedimientos, medicamentos o insumos que requiere el paciente, así como las cantidades, dosis y demás instrucciones necesarias para la efectividad del tratamiento.

3.8. Cuando estos servicios están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deberán solicitarse por parte del mismo médico tratante ante el Comité Técnico Científico, justificando su necesidad e imposibilidad de sustitución de la prestación prescrita al paciente para que, atendiendo a criterios científicos y médicos, el Comité lo apruebe o desaprobe.

3.9. El Comité Técnico Científico de la EPS es un órgano al cual pertenecen profesionales de la medicina, competentes para analizar y establecer la justificación de una prestación recetada a un paciente y que por lo tanto, tiene la capacidad para controvertir el dictamen del médico tratante, siempre que lo haga de manera responsable y argumentada[10].

3.10. En caso de desaprobación, este órgano de la EPS debe exponer argumentos, concretos y respaldados científicamente que desvirtúen la imposibilidad de sustituir la prestación planteada por el médico tratante, pues no podrá soportar la negativa de autorización en razones meramente administrativas[11].

4. Orden judicial de tratamiento integral

4.1 La salud como derecho y servicio público está caracterizada por principios entre los cuales se encuentra la integralidad; en esa medida, la prestación del mismo requiere de la autorización, práctica o entrega de los medicamentos, insumos o procedimientos a los que se tenga derecho, siempre que el médico tratante los considere necesarios para el tratamiento de los padecimientos o patologías que aquejen al usuario. En consecuencia, la

atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente; sino que implica además todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna y aliviar las consecuencias de la sintomatología.

4.2 En razón a lo anterior, de verificar el juez de tutela que la entidad competente está incumpliendo su obligación de prestar un servicio integral de salud, podrá ordenar que se suministre lo necesario para ello. Sin embargo, dicha orden deberá estar sustentada en prescripciones del médico tratante que indiquen detalladamente lo necesario para la recuperación o rehabilitación del paciente, de no ser así, no podrá el juzgador decretar prestaciones futuras e inciertas. [12]

4.3 En suma, para que en sede de tutela se ordene el suministro del tratamiento integral deberá constatarse: i) que el la EPS ha actuado negligentemente en la prestación del servicio y ii) que haya orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del usuario.

5. La entrega de medicamentos debe realizarse de la manera descrita por el médico tratante

5.1 El médico tratante, como profesional encargado de valorar y atender la sintomatología presentada por los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, es la autoridad calificada para establecer la manera en la cual debe suministrarse determinado fármaco a un paciente; por esa razón, las órdenes son detalladas y especifican dosis, cantidad, número de entregas, entre otras características que deben atenderse.

5.2 Las Entidades Prestadoras de Salud, a través de su dependencia encargada de suministrar los medicamentos a los usuarios, tienen el deber de hacer la respectiva entrega, una vez aprobados y autorizados, acatando lo especificado por el galeno en la orden correspondiente; en algunos casos por razones administrativas, la entidad se ve en la necesidad de fraccionar el abastecimiento de las medicinas o insumos a los usuarios, pero en esa eventualidad la EPS debe procurar porque no se amenacen los derechos fundamentales del paciente o la efectividad del tratamiento. Para evitar un perjuicio a los usuarios, la entrega fragmentada de los fármacos no podrá: i) interrumpir desmesuradamente la rutina de los pacientes obligándolos a asistir de manera recurrente a recibir pequeñas cantidades; ii) comprometer la continuidad del tratamiento al someter al

usuario a largas esperas en las cuales carezca del medicamento, iii) ser indefinida, es decir, que el ciudadano no tenga certeza sobre los términos en los cuales se realizará la entrega (fecha, cantidad, lugar, etc.) iv) requerir trámites administrativos adicionales que obstaculicen el suministro oportuno, por ejemplo, a través de nuevas autorizaciones u órdenes médicas.

En suma, siempre que no se presenten las anteriores u otras actitudes por parte de la entidad que atenten contra las garantías fundamentales del usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud, se podrá entregar el medicamento o insumo fraccionado.

6. Caso en concreto

En el asunto analizado, Myriam Reyes Bermúdez interpuso la acción de tutela en representación de su hija Leidy Mariana Arias Reyes, solicitando se ordene a Famisanar EPS (i) la entrega de Neocate Advance lata polvo por 400 gramos (45 latas), ordenado por el médico tratante, y negado por el Comité Técnico Científico por existir alternativas sustitutas al tratamiento consistentes en opciones nutricionales acordes al contexto clínico, (ii) la entrega completa del medicamento budesonida micronizada 0,5 MG/ML, del cual se ordenaron 120 ampollas y se le suministraron 25; y (iii) el tratamiento integral al que haya lugar.

Para resolver el caso en concreto se procederá a analizar la viabilidad de cada una de las pretensiones a la luz de las consideraciones anteriormente expuestas.

6.1 Entrega de Neocate Advance lata polvo x 400 gramos

6.1.1 El Neocate Advance está considerado como un suplemento alimenticio a base de L-aminoácidos para el tratamiento de alergia alimentaria; estos suplementos están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, según el Acuerdo 008 de 2009; por ello es necesario estudiar si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la inaplicación de tales exclusiones.

2. Que se trate de un medicamento o tratamiento 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: el galeno afirma que no existe sustituto de este suplemento contenido en el POS ni alternativa alguna incluida o no en el Plan Obligatorio de Salud; respecto a este punto, el Comité Técnico Científico de Famisanar EPS aseguró que la paciente cuenta con “las opciones de nutrición acordes al contexto clínico”; sin embargo, este despacho solicitó a la accionada detallar a que tipo de opciones se refiere, para lo cual expuso que “se propuso utilizar las opciones de nutrición, acordes al contexto clínico, lo cual hace referencia a emplear, utilizar y mantener tanto las medidas de estilo de vida, como nutricionales, con los alimentos disponibles en el mercado que por el conocimiento medico validado universalmente evitan o previenen los signos y síntomas de la patología de la paciente, reflujo gastroesofágico y a su vez permiten mantener un estado nutricional adecuado.

Al no conocer la EPS como entidad la situación particular de la menor, dio opciones generales para la sustitución de la ingesta suplemento y adicionalmente, programó a la menor una nueva cita con su médico tratante.

Considera esta Sala, entonces, que no se encuentra probado que no existan alternativas de sustitución para la ingesta del Neocate Advance, así como tampoco existe certeza de que lo expresado por el CTC sea pertinente para tratar el padecimiento de la menor; en consecuencia, considera adecuado remitirla al médico tratante para que evalúe las alternativas indicadas por el Comité y la posibilidad de adaptarlas a la situación de la paciente.

3. 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: según se extrae del expediente, la familia de la menor está compuesta, además de ella, por su padre, su madre y una hermana menor. La progenitora afirma que trabaja vendiendo productos por catálogo, en lo que devenga aproximadamente \$600.000 mensuales; el padre actualmente se encuentra desempleado; adicional a esto, la señora cotiza al Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la base el salario mínimo en categoría A. Ante esta situación, difícilmente la familia podrá asumir el costo de las 45 latas que fueron ordenadas a la menor por el médico tratante[13].

En conclusión, partiendo de la buena fe de las afirmaciones de la accionante, teniendo en

cuenta que la EPS no desmeritó su incapacidad económica, no se encuentra reparos respecto al cumplimiento de este requisito.

4. 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: el suplemento Neocate Advance fue ordenado por Juan Pablo Riveros López, gastroenterólogo pediatra de la Clínica Infantil Colsubsidio en donde recibe atención Leidy por intermedio de su EPS, Famisanar.

6.2 Entrega completa del medicamento Budesonida micronizada 0,5 MG/ML

El medicamento denominado Budesonida fue ordenado por el médico tratante en cantidad de 120 y en dosis de una ampolla dos veces al día por 8 semanas, fue autorizado por el Comité Técnico Científico, y proveído; sin embargo, afirma la accionante que sólo le fueron entregadas 25 de las 120 ampollas ordenadas por el médico tratante; frente a esto la EPS afirma que el medicamento se encuentra disponible para ser reclamado. Por lo tanto la pretensión se encuentra satisfecha y frente a ella se configura una carencia actual de objeto por hecho superado; no obstante, considera la Sala pertinente advertir a Famisanar EPS que en las oportunidades venideras deberá procurar porque las entregas fraccionadas no perjudiquen al usuario ni interfieran con su tratamiento, evitando caer en las siguientes conductas i) interrumpir desmesuradamente la rutina de los pacientes obligándolos a asistir de manera recurrente a recibir pequeñas cantidades; ii) comprometer la continuidad del tratamiento al someter al usuario a largas esperas en las cuales carezca del medicamento, iii) ser indefinida, es decir, que el ciudadano no tenga certeza sobre los términos en los cuales se realizará la entrega (fecha, cantidad, lugar, etc.) iv) requerir trámites administrativos adicionales que obstaculicen el suministro oportuno, por ejemplo, a través de nuevas autorizaciones u órdenes médicas.

6.3 Tratamiento integral al que haya lugar

En atención a lo expuesto respecto a este tópico, en el asunto en discusión no obra evidencia sobre tratamiento integral ordenado por el médico tratante que la EPS haya desconocido, salvo los medicamentos de los que tratan los numerales inmediatamente anteriores; por lo tanto, no puede esta Corporación ordenar un prestación sobre lo cual no existe concepto médico que permita delimitarla, y en consecuencia analizar su

autorización por vía de tutela. En suma, en lo que respecta a esta pretensión, no se considera que exista violación a derecho fundamental que amerite el amparo por vía de tutela.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá el 17 de abril de 2013, que a su vez revocó la sentencia de primera instancia y denegó el amparo solicitado; y en su lugar CONCEDER la protección de los derechos a la seguridad social, salud y vida digna de Leidy Mariana Arias Reyes

SEGUNDO.- ORDENAR a Famisanar EPS que en un término que no podrá exceder las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe una cita a la menor con el médico tratante, la cual deberá realizarse entre los 15 días siguientes a su programación, para que el profesional valore las opciones nutricionales definidas por el Comité Técnico Científico y determine su viabilidad.

De reafirmarse el dictamen inicial justificando debidamente la imposibilidad de sustituir el suplemento, Famisanar EPS deberá autorizar y entregar el suplemento de la manera indicada por el galeno; de ordenarse tratamiento distinto, deberá darse el trámite pertinente, procurando por la protección de los derechos fundamentales de Leidy Mariana.

TERCERO.- ADVERTIR a Famisanar EPS para que en ocasiones venideras, suministre los medicamentos, sea en entrega única o fraccionada, atendiendo a las indicaciones de la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 4, cuaderno de primera instancia.

[2] Folio 5, cuaderno de primera instancia.

[3] Folios 9 y 10; cuaderno de primera instancia.

[4] ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud –CRES–. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes.

[5] Folios 59 a 65 del cuaderno de primera instancia.

[6] “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud (...).”

[7] Sentencia T-123 de 2007 M.P Álvaro Tafur Gálvis.

[8] Al respecto se pueden consultar los artículos 156 y 162 de la Ley 100 de 1993, y 54 y 68 del Acuerdo 008 de 2009.

[9] Ver entre otras: Sentencia T-406 de 2001; MP. Rodrigo Escobar Gil, T-539 de 2013, MP. Jorge Ignacio Píretelt Chaljub.

[10] Ley 1438 de 2011, ARTÍCULO 26. COMITÉ TÉCNICO-CIENTÍFICO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD. (...)

Los Comités Técnicos-Científicos deberán estar integrados o conformados por médicos científicos y tratantes. Bajo ninguna circunstancia el personal administrativo de las Entidades Promotoras de Salud integrará estos comités, así sean médicos.

[11] Al respecto ver Sentencia T-344 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[13] El suplemento en el mercado tiene un costo promedio de \$56.900 por lata.