

Sentencia T-936/06

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Naturaleza administrativa

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Funciones

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Concepto no es indispensable para que medicamento requerido por usuario le sea otorgado

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No es una instancia más entre los usuarios y la EPS

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Trámite para autorización de medicamentos no previstos en el POS se encuentra en su totalidad a cargo de las entidades promotoras de salud

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Función básica en el régimen contributivo

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Procedencia para ordenar suministro de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para el suministro de medicamentos excluidos del POS

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

DERECHO A LA SALUD-Afiliado cotizante que sufre de problemas gástricos y le fueron formulados medicamentos excluidos del POS

Referencia: expediente T-1391645

Acción de tutela instaurada por Jhon Jairo Mejía Yepes contra la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Noveno (9) Civil Municipal de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Jhon Jairo Mejía Yepes contra la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín.

I. ANTECEDENTES

El señor Jhon Jairo Mejía Yepes interpuso acción de tutela contra la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

a. Manifiesta que es cotizante de la EPS SALUDCOOP. Así mismo, expresa que sufre de problemas gástricos y por ello ha sido sometido a un tratamiento médico que no ha surtido en su organismo resultados satisfactorios, pues es alérgico al acetaminofen, a la penicilina y al diclofenaco.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

a. Alega que solicitó a la EPS accionada la entrega de los medicamentos ordenados por el médico especialista, no obstante fueron negados por no encontrarse incluidos en el POS.

a. Sostiene que no tiene recursos económicos para pagar los mencionados medicamentos, pues son costosos. Además, manifiesta que requiere el suministro urgente de las citadas medicinas, ya que sus problemas gástricos le producen dolor y hemorragias.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín expedir la orden respectiva para la entrega de las siguientes medicinas: “OGASTRO CPS 4 CAJAS X 28, RANIDIN DE 300 MGS POR 60, Y REFLUCIL 3 CAJAS, que requiero con carácter urgente, para encontrar con ello, la mejoría del estado de salud que me quebranta”.

2. Respuesta del ente demandado

Beatriz Elena Giraldo Aristizabal, actuando en calidad de Gerente de la EPS SALUDCOOP EPS Regional Antioquía y Chocó, solicita que se deniegue la presente acción de tutela por ser improcedente, pues “busca la protección económica de Medicamentos No POS sin CTC Previo solicitado por el accionante”.

Manifiesta que el señor Jhon Jairo Mejía Yepes se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo por medio de la EPS SALUDCOOP, en calidad de cotizante dependiente, desde el 17 de agosto de 2005.

Así mismo, afirma que el accionante solicita el suministro de los medicamentos "OGASTRO CAPSULA 30 MG (M14747), RANIDIN TABL 300 MG (M-010110MS), REFLUCIL TABL", los cuales no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Aduce que el demandante en ningún momento solicitó ante el Comité Técnico Científico CTC de la EPS el concepto necesario para que se apruebe la provisión de los citados medicamentos, como quiera que dicho órgano fue creado para tal fin, ya que es quien "debe señalar la pertinencia y necesidad de los medicamentos de la referencia en la atención de la patología del usuario", por tanto, "el accionante no agotó el conducto regular para obtener la respuesta relativa a los medicamentos en cuestión".

Esgrime que la conducta desplegada por SALUDCOOP EPS no amenaza ni vulnera ningún derecho fundamental del actor, pues "se ha brindado a Jhon Jairo Mejía Yepes los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones que le ofrece la cobertura del POS, lo que se continuará haciendo siempre que el usuario permanezca afiliado y con sus derechos plenos a esta EPS".

Asegura que los medicamentos que requiere el accionante para su tratamiento no se encuentran dentro del listado de medicamentos y terapéutica elaborado por el Gobierno Nacional, por esto, en caso "de que la prestación solicitada no este en el POS, será el Estado por su omisión, el llamado a suministrarlos, a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)".

Finalmente, solicita que se ordene al accionante seguir el procedimiento legal para tramitar su solicitud, es decir que solicite la conformación de un Comité Técnico Científico que evalúe su caso y determine la pertinencia del medicamento en su caso específico.

3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

* Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del señor Jhon Jairo Mejía Yepes, quien nació el 29 de agosto de 1962 y del carné de la EPS SALUDCOOP (folio 16 cuaderno original).

* Fotocopia de la historia clínica odontológica y general de la EPS SALUDCOOP, en las que se observa que el actor presenta reacciones alérgicas a los siguientes medicamentos: “Acetaminofen, Penicilina y Diclofenaco” (folio 6 y 7 cuaderno original).

* Fotocopia de la Evolución Historia Consulta Externa No 11172419 proferida por la EPS SALUDCOOP, de fecha 24 de marzo de 2006, en la que se consagra que el actor padece “reflujo gastroesofágico” y en consecuencia le dieron instrucciones de “medidas antireflujo y teniendo en cuenta que es alérgico a la mayoría de los medicamentos antireflujo envió valoración por gastroenterología”. Se contempla como enfermedad actual, “esofagitis II con hernia hiatal y gastroduodenitis eritematosa con H Pilory (+)” (folio 12 cuaderno original).

* Fotocopia de la orden médica expedida, el 29 de marzo de 2006, por el Doctor Faruk

Esteban Erebríe Granados Gastroenterólogo de la Clínica SALUDCOOP Medellín, por medio de la cual se prescribe a favor del señor Jhon Mejía los siguientes medicamentos “Ogastro Caps Cajas 4 x 28 Uso: Tomar una caps en ayunas y una antes de cenar; Ranitidina Tabs 300 mg 60 Uso: Tomar una diaria 5 pm; Reflucil cajas 3 Uso: Tomar una comp 20 antes c/alimento” (folio 5 del cuaderno original).

* Fotocopia de la Evolución Historia Consulta Externa No 11383858 proferida por la EPS SALUDCOOP, de fecha 29 de marzo de 2006, en la que se contempla que el señor Jhon Jairo Mejía Yepes le fue diagnosticado “reflujo gastroesofagico”. Así mismo, se aprecia que al actor le fue diagnosticado “Esofagitis grado III con Hernia Hiatal- Gastroduodenitis Eritematosa con HP (+) manifiesta evolución de 6-8 años con síntomas muy sugestivos de reflujo gastroesofagico- sensación de ardor epigástrico y “fatiga” (folio 10 cuaderno original).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Noveno (9) Civil Municipal de Medellín, que en providencia de 28 de abril de 2006 denegó el amparo solicitado, al considerar que la EPS SALUDCOOP solo está obligada a suministrar a sus afiliados, ya sean cotizantes o beneficiarios, lo estipulado en el Plan Obligatorio de Salud y en consecuencia los gastos ejecutados que no se encuentren dentro del POS le corresponde asumirlos al Estado.

Por último, manifiesta que como la parte accionada ha manifestado que el accionante en ningún momento solicitó ante el Comité Técnico Científico de la EPS el concepto necesario para que se apruebe la provisión de los medicamentos ordenados por el médico especialista no habrán de tutelarse los derechos a la vida y a la salud invocados por el actor.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar si la decisión de la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín, en el sentido de negarse a suministrar los medicamentos ordenados por el médico Gastroenterólogo de la Clínica SALUDCOOP Medellín, necesarios para el manejo de los problemas gástricos que presenta el señor Jhon Jairo Mejía Yepes, bajo el argumento de no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- y porque no se solicitó previamente al Comité Técnico Científico -CTC- el concepto necesario para su aprobación, vulnera o no sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud.

Para tal efecto la Sala hará referencia (i) a las funciones del Comité Técnico Científico y el responsable de agotar el trámite para obtener la autorización de medicamentos no incluidos en el POS; (ii) la función básica de las Entidades Promotoras de Salud EPS, en el régimen contributivo; (iii) la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud y la

procedencia de la acción de tutela para obtener la autorización y suministro de medicamentos excluidos del POS; (iv) la necesidad de probar el requisito de la falta de capacidad de pago; y abordados estos asuntos, (v) entrará a determinar si el señor Jhon Jairo Mejía Yepes tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Las funciones del Comité Técnico Científico y el responsable de agotar el trámite para obtener la autorización de medicamentos no incluidos en el POS

Los Comités Técnico Científicos -CTC- son órganos de naturaleza administrativa que deben conformar las Entidades Promotoras de Salud, EPS, del régimen contributivo y/o subsidiado, integrados por “un (1) representante de la EPS del Régimen Contributivo- Subsidiado, según corresponda, un (1) representante de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y un representante de los usuarios, que tendrá las funciones que se señalen en la presente resolución”¹.

Los miembros del CTC deben reunir los siguientes requisitos: “Ser médico, químico farmacéutico profesional de la salud (...). Parágrafo 1°. Por lo menos un (1) miembro del Comité deberá ser médico (...)”².

Respecto a las funciones que tienen estos Comités, la Resolución 2948 de 2003 del Ministerio de la Protección Social, en el artículo 4°, consagra las siguientes:

“1. Atender las reclamaciones que presenten los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Contributivo y Subsidiado y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que

presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud.

2. Analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro a los afiliados de medicamentos por fuera del listado medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS) adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan” (Subrayado fuera de texto)

(...)”

Así mismo, en el artículo 7° de la resolución 2948 de 2003 se hace referencia al procedimiento para obtener la autorización de medicamentos excluidos del POS. De manera que para obtener la aprobación de una medicina, las solicitudes deben ser presentadas al Comité Técnico Científico por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento:

“a) La solicitud y justificación del medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentada por escrito, adjuntando si es necesario, información sobre resultados de ayudas diagnósticas, información bibliográfica, situaciones clínicas particulares y casuística;

b) El comité dentro de la semana siguiente a la presentación de la solicitud por parte del médico, deberá establecer su pertinencia y decidir sobre la petición presentada mediante la

elaboración de la respectiva acta;

c) Si se requiere allegar información o documentación adicional, el Comité la solicitará al médico tratante, quien debe suministrarla dentro de los dos (2) días siguientes. Así mismo, si se requiere de conceptos adicionales al emitido por el médico tratante, se solicitarán entre profesionales de la salud de la misma especialidad en el término anteriormente establecido. El Comité dentro de las semanas siguientes deberá decidir sobre la petición formulada”.

(...)”

El artículo 8° del Acuerdo 228 de 20023, dispone que para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud “previa aprobación del Comité Técnico Científico”.

Sobre el particular, esta Corporación ha considerado que los Comités Técnico Científico son órganos de carácter administrativo de las EPS⁴. Así mismo, la Corte ha estimado con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, su composición – puesto que no todos sus miembros son médicos – y relación de dependencia respecto de las EPS, que “(i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.⁵

Así, por ejemplo la Corte Constitucional en sentencia T-704 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, consideró, con fundamento en el procedimiento para solicitar la autorización por

parte del Comité Técnico Científico de un medicamento excluido del POS, que es el médico tratante, quien consideró necesaria la prescripción de la medicina, quien debe “elaborar la fórmula en la forma respectiva y con las justificaciones pertinentes, para que su decisión sea evaluada en el Comité Técnico Científico. Como se observa, en esta actuación no hay cabida a intervención alguna del afiliado. Posteriormente, tendrá lugar la realización del Comité Técnico Científico, cuya convocatoria y evacuación, como es lógico, corresponde implementar únicamente a la entidad prestadora del servicio y por tanto, tampoco son actuaciones que dependan del afiliado al sistema de seguridad social”.

Por último, en dicha sentencia la Corte concluyó que está a cargo de las entidades del sistema, “la totalidad del trámite descrito para obtener la aprobación del Comité Técnico Científico sobre la prescripción del medicamento excluido del POS, cuando no se inicia y agota oportunamente tal procedimiento, hay negligencia administrativa que no puede excusarse y menos si por ella se menoscaban los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los afiliados”.

Así mismo, esta Corporación en sentencia T-1063 de 20056, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra,⁷ expuso que los “jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional”.

Del mismo modo, la Corte en sentencia T-1164 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estimó que “La función del Comité Técnico Científico no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad.⁸ Es importante para la Corte resaltar que la reglamentación en salud aplicable (Resolución 2948 de 2003 del Ministerio de la Protección Social) establece expresamente que tal procedimiento es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y

no es un trámite que le corresponda adelantar por cuenta propia a la accionante”.

También en sentencia T-071 de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corporación adujo que cuando una persona requiere de “un tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico” y las Entidades Promotoras de Salud lo niegan con fundamento en que no está incluido en el POS, o por cuanto no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, “la acción de tutela se torna procedente siempre y cuando se afecten los derechos fundamentales de la misma y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este orden de ideas, y con fundamento en la jurisprudencia citada, no se puede exigir a los tutelantes que solicitan el suministro de medicamentos excluidos del POS acudir previamente al Comité Técnico Científico CTC, como requisito de procedencia de la acción de tutela y muchos menos para acceder a un servicio médico, pues quien debe solicitar al CTC la autorización de medicinas no incluidas en dicho plan es el médico tratante adscrito a la respectiva EPS, por ende, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud no se les puede imponer una carga administrativa que de conformidad con la reglamentación en salud aplicable (Resolución 2948 de 2003 del Ministerio de la Protección Social) le corresponde al médico tratante.

4. La función básica de las Entidades Promotoras de Salud EPS, en el Régimen Contributivo

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen

subsidiado en salud⁹.

En consecuencia el SGSSS tiene varios tipos de destinatarios: (i) Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo y los beneficiarios al régimen subsidiado y (ii) las personas vinculadas o participantes¹⁰.

De conformidad con el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, a los afiliados al SGSSS se les debe garantizar la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (artículo 162) por parte de las Entidades Promotoras de Salud respectivas a través de las Instituciones Prestadoras de Salud adscritas.

En el caso particular del Régimen Contributivo, considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador,¹¹ y al cual deben afiliarse las personas vinculadas laboralmente, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias¹², también se debe garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS (Artículo 162 y 177 Ley 100 de 1993)¹³, entendido como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.¹⁴ (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior es reiterado en el artículo 8° del Decreto 806 de 1998, al contemplar que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de

seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Por otra parte, cuando el afiliado al régimen contributivo requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS se ha previsto que debe financiarlos directamente, de lo contrario podrá acudir a las instituciones públicas y aquella privadas con las que el Estado tenga contrato, “las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”¹⁵.

En efecto, la atención médica requerida por los afiliados debe ser garantizada por las entidades promotoras de salud EPS ya sea del sector público o privado, pues aquellas tienen como función básica, organizar y asegurar, directa o indirectamente, la prestación del POS¹⁶, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados.

En suma, en el Régimen Contributivo, las EPS tienen el deber de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles.

5. Reiteración de jurisprudencia. Derecho a la salud y la procedencia de la acción de tutela para obtener la autorización y suministro de medicamentos excluidos del POS

El derecho a la salud está previsto en el artículo 49 de la Carta Política como un servicio público a cargo del Estado, quien debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El artículo señala que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a

todos los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También contempla que los servicios de salud se organizan en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad y asigna a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

La Corte Constitucional ha concebido el derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”¹⁷. También ha señalado que el derecho a la salud, en principio, no es un derecho de rango fundamental, ya que tiene el carácter de prestacional, económico y asistencial, toda vez que para su efectividad requiere de normas presupuestales, administrativas y procedimentales que viabilicen y optimicen la eficacia del servicio público y garanticen el equilibrio del sistema.¹⁸

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

No obstante, en varias oportunidades la Corte ha precisado que la atención en salud adquiere el carácter de fundamental, de manera autónoma bajo ciertas circunstancias¹⁹, y por conexidad cuando su vulneración afecta derechos fundamentales como la vida, integridad y dignidad²⁰. En cualquiera de estos supuestos la acción de tutela es procedente. Al respecto, en sentencia T-924 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, esta Corporación explicó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha precisado en su jurisprudencia, que la salud tiene carácter de derecho fundamental por lo menos por dos vías. i) por conexidad, cuando una persona requiere ciertos servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que resultan indispensables y necesarios para el mantenimiento de su vida, de su integridad

física y de su dignidad. Y ii) de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos.

En cualquiera de las dos posibilidades esbozadas, la acción de tutela es procedente para amparar el derecho a la salud. En el primero de los casos, esta Corporación ha expresado diversas y precisas fundamentaciones para justificar la actividad del juez constitucional. Por ejemplo, en las sentencias T-406 de 1992 y T -571 de 1992, la Corte expresó al respecto lo siguiente:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.”²¹

En virtud de lo anterior, la Corte ha señalado²² que en los casos en que una persona requiera un medicamento, examen, procedimiento o tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud - POS, en virtud de la supremacía de la Constitución es procedente inaplicar la reglamentación expedida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuando se trate de garantizar el derecho a la salud en conexidad con la vida. Al respecto en sentencia T-928 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señaló lo siguiente:

“...si por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del P.O.S., se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a un vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Constitución Política), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto los derechos fundamentales del peticionario, lo cual es posible debido al efecto normativo de la Carta, que irradia el contenido de todo el ordenamiento jurídico.”

Sin embargo, para tal efecto es necesario que la persona que requiera la prestación de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos²³:

“Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

“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, 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 pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

“Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.”²⁴

De igual forma, la Corte ha señalado que no es aceptable que se retrase la autorización de medicamentos o procedimientos que los médicos adscritos prescriben, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados, no solamente cuando se pruebe que sin ellos la vida del paciente está en peligro sino cuando se suspenden injustificadamente tratamientos necesarios para el restablecimiento de la salud.²⁵

Así pues, en los casos en los cuales los usuarios requieren de un tratamiento, examen, intervención, medicamento o diagnóstico pero las entidades promotoras de salud lo niegan con fundamento en que no está incluido en el POS, la Corte ha explicado que la acción de tutela se torna procedente siempre y cuando se afecten derechos fundamentales y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional.

Si se cumplen las precedentes condiciones, entonces la E.P.S. deberá suministrar el servicio que se requiera, y con el fin de preservar el equilibrio financiero tiene la posibilidad de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes.²⁶

6. Prueba de la falta de capacidad económica

Como se vio, uno de los requisitos para obtener por parte de la E.P.S. una prestación médica excluida del P.O.S. es el relacionado con la falta de capacidad económica del usuario. La importancia de acreditarlo se justifica ante la necesidad de preservar el equilibrio financiero de las E.P.S. y en general del sistema de salud contributivo. La Corte ha plasmado en su jurisprudencia que quien pertenezca al régimen contributivo, para acceder a los beneficios excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, debe “demostrar su incapacidad económica para asumirlos, la necesidad del tratamiento que permita garantizar sus derechos a la salud y a la vida y que la orden haya sido impartida por el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud.” 27

Por tal razón los afiliados al Sistema que cuenten con capacidad de pago para costear las prestaciones médicas que requieren deben asumir el valor que les corresponda. Se presume que quien haga parte del régimen contributivo cuenta con capacidad de pago²⁸. No obstante, dicha presunción no opera de manera absoluta y en tal medida ha señalado la Corte que debe tenerse en cuenta las particularidades de cada caso.

Una de las primeras reglas que ha señalado esta Corporación en estos casos, es la que al actor le incumbe probar que no posee recursos económicos u otros medios para poder acceder a procedimientos o medicamentos excluidos del POS. En relación con lo antes dicho, la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo en sentencia de unificación 819 de 1999 relacionada con la necesidad de demostrar la capacidad de pago para acceder a los beneficios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, lo siguiente:

” i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de

protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así mismo, en sentencia T-683 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, se resumieron los requisitos a tener en cuenta en materia de condiciones probatorias cuando se trata de demostrar la incapacidad económica del solicitante de tutela que reclama la autorización de procedimientos, intervenciones, diagnósticos, medicamentos excluidos del POS de la siguiente manera:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le

quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.
(Subrayado fuera de texto)

En virtud de lo anterior, se concederá el amparo solicitado y se ordenará la autorización y práctica de un procedimiento o medicamento excluido del POS si se cumplen las pautas esbozadas por esta corporación para inaplicar la legislación que regula las exclusiones o limitaciones del POS.

7. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Jhon Jairo Mejía Yepes, al negar la autorización y suministro de los medicamentos “Ogastro Caps # Cajas 4 x 28(...); Ranitidina Tabs 300 mg # 60 (...); Reflucil # Cajas 3 (...)”.

Conforme a lo anterior se analizará si en el presente caso se cumplen los requisitos para proceder a inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS-:

Del material probatorio obrante en el expediente se observa que el señor Jhon Jairo Mejía Yepes le fue diagnosticado “reflujo gastroesofágico” y “hernia hiatal” (folio 12) de 6 -8 años de evolución (folio 10). El actor por su parte manifiesta que su enfermedad gástrica le produce dolor y hemorragias.

Los estudios médicos indican que la hernia hiatal es un hallazgo muy frecuente en los pacientes con reflujo, y cuando están asociados ocurren más complicaciones²⁹.

Así mismo, se ha expresado que la enfermedad por reflujo no se cura espontáneamente y los medicamentos y medidas dietéticas tienen que tomarse de por vida, para evitar la progresión de la enfermedad y complicaciones. Pues, el reflujo es “un padecimiento crónico, que no se resuelve espontáneamente, que empeora con el transcurrir del tiempo y que está ligado a uno de los cánceres más agresivos del tubo digestivo”³⁰.

La constante irritación de los jugos gástricos sobre la mucosa del esófago puede causar inflamación del esófago, ulceraciones, sangrado, cáncer, estenosis esofágica (cicatrización y estrechez) que impide el paso normal de alimentos, úlcera esofágica, ronquera, broncoespasmo, enfermedad pulmonar crónica, esófago de Barret (cambio en el revestimiento del esófago que puede aumentar el riesgo de cáncer), adenocarcinoma de esófago y neumonía causada por la aspiración del contenido gástrico hacia los pulmones³¹.

De lo anterior se concluye que el no suministro de los medicamentos ordenados al actor puede empeorar su cuadro clínico y en consecuencia vulnera sus derechos fundamentales.

Por otra parte, los medicamentos “Ogastro y Reflucil” ordenados al señor Jhon Jairo Mejía Yepes fueron negados por la EPS SALUDCOOP por no estar en el POS (folio 18). Así mismo, y de conformidad con lo narrado por el actor y del material probatorio (folio 6, 7 y 12), las medicinas prescritas no pueden ser sustituidas por otras, pues el actor es “alérgico a la mayoría de los medicamentos antireflujo” razón por la que fue remitido a valoración al gastroenterólogo, quien, después de hacer análisis para saber que medicamentos aceptaba el organismo del demandante, recetó las mencionadas medicinas. Significa lo anterior que los medicamentos recetados al señor Jhon Mejía no pueden ser sustituidos por otros incluidos

en el POS.

En relación a si el actor tiene capacidad económica para costear los medicamentos recetados, en la demanda de tutela el señor Jhon Jairo Mejía Yepes manifiesta que no tiene recursos económicos para pagar los medicamentos ordenados por el médico especialista, pues “son costosos”. Por ende, y ante dicha afirmación de ausencia de recursos (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en este caso a la EPS SALUDCOOP demostrar lo contrario. No obstante, la EPS accionada guardó silencio en relación con la capacidad económica del accionante. Por tanto, y en virtud del principio de la buena fe (artículo 83 Superior) la Sala tendrá por cierto que el señor Mejía no puede costear los medicamentos formulados.

Por último, los medicamentos “Ogastro y Reflucil” fueron ordenados por el médico Faruk Esteban Erebríe Granados Gastroenterólogo de la Clínica SALUDCOOP Medellín (folio 5). Por ende, se concluye que los medicamentos fueron ordenados por un médico tratante adscrito a la EPS accionada.

En relación con el medicamento denominado “ranitidina” ordenado por el médico gastroenterólogo de la Clínica SALUDCOOP Medellín, la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín debe autorizar su suministro pues se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con el artículo 1° del Acuerdo 228 de 200232.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del señor Jhon Jairo Mejía Yepes. En consecuencia, se concederá la tutela interpuesta ordenando a la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice el suministro de los medicamentos “Ogastro y Reflucil” en los términos

prescritos por su médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

Por tratarse de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín podrá reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- aquellos valores que legalmente no esta obligada a sufragar³³.

IV. DECISIÓN

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

PRIMERO. REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Noveno (9) Civil Municipal de Medellín y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales invocados por el señor Jhon Jairo Mejía Yepes.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice el suministro de los medicamentos “Ogastro y Reflucil” en los términos prescritos por su médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

TERCERO. DECLARAR que si la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín lo considera necesario puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA- aquellos valores que no está obligada a soportar.

CUARTO. ORDENAR a la EPS SALUDCOOP Seccional Medellín que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice el suministro del medicamento “Ranitidina” en los términos prescritos por su médico tratante, pues se encuentra incluido en el POS.

QUINTO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Artículo 1° Resolución 2948 de 2003, Ministerio de la Protección Social, “Por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico”.

2 Artículo 2° Resolución 2948 de 2003.

3 Artículo 8° Acuerdo 228 de 2002 “Por medio del cual se actualiza el Manual de

Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.

4 Ver las sentencia T-1063 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-365 A de 2006, MP. y T-782 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería.

5 Ver sobre esta cuestión las sentencias T-344 de 2002, MP. Manuel José Cepeda y T-053 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra, T- 1063 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

6 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso, la madre de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Arias manifiesta que ésta nació con una deficiencia en su desarrollo físico y psicológico, por lo que en la actualidad realiza actividades de una niña de 5 años aunque tiene 13, y su aspecto físico es el de una niña de 7 años. A la menor le fueron ordenados los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos, exámenes que la EPS demandada se negaba a suministrar por estar excluidos del POS. (...) El amparo constitucional fue negado por el juez de instancia porque consideró, (...) segundo, que la tutela era improcedente para reclamar la autorización de los exámenes aludidos, pues la madre de la menor no había agotado el procedimiento previsto para el efecto ante el Comité Técnico Científico de Humanavivir EPS. La Corte ordenó a la entidad demandada que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorizara la práctica de los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos a la misma.

7 Reiterada en sentencia T-071de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Ver entre otras la Sentencia T- 344 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en sentencias T- 053 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-616 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería y T-236 A de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

9 Artículo 201 Ley 100 de 1993

10 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

11 Artículo 202 Ley 100 de 1993

12 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

14 Artículo 7 Decreto 806 de 1998.

15 Artículo 28 Decreto 806 de 1998

16 Artículo 177 Ley 100 de 1993

17 Sentencia T-597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada recientemente en la sentencia T-1218 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

18 En este sentido pueden consultarse las sentencias SU-480 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, T-897 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

19 Cfr T-858 y T- 924 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Pueden consultarse las sentencias T-419 de 2001 y la T-538 de 2004.

21 Al respecto en la citada sentencia T-1218 de 04, MP. Jaime Araújo Rentería, la Corte precisó también lo siguiente: “Tratándose del derecho a la salud, en principio éste no ostenta la calidad de fundamental, pero puede adquirir tal carácter cuando las circunstancias del caso lo ligan a un derecho catalogado como fundamental.”

22 Ver las sentencia T-304, 372, 771, 835 de 2005 y la T-384 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

23 Sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560, T-560 de 1998, T-108 de 1999, T-409 de 2000, T-406 de 2001, T-170 de 2000, T-244 y T-667 de 2002, T-137 y T-919 de 2003, y T-1176 de 2003 entre otras.

24 Sentencia T-300/01, T-593/03 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

25 Sentencia T-911 de 2003, MP Jaime Araújo Rentería.

26 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, entre otras.

27 Sentencia 564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

28 Sentencia T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

29 www.laparoscopia.com.mx/reflujo.htm

30 www.laparoscopia.com.mx/reflujo.htm

31 Ver al respecto las siguientes páginas de Internet:
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000265.htm, www.tusalud.com ,
www.geocities.com/drsierra/erge.html y
<http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol26/n2/revis2a.html>.

32 “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.

33 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, T-128 de 2005, entre otras.