

NOTA DE LA RELATORIA: LA SENTENCIA T-976 DE 2005 FUE CORREGIDA MEDIANTE AUTO 276 DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2005.

Sentencia T-976/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Conexidad con la integridad personal/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de medicamentos excluidos del POS y repetición contra el FOSYGA

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1170095

Acción de tutela instaurada por Petrona Lara Cuentas contra el Instituto de Seguros Sociales E.P.S.

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cinco (2005).

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

1. Petrona Lara Cuentas, actuando en nombre de José Gerardo Guerrero Lara, su hijo, presentó acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales E.P.S., pues considera que esa entidad ha desconocido su derecho a la salud en conexidad con la integridad personal, al haber negado la prestación de un servicio médico ordenado por el médico tratante (Zinat y Amickacina, ambos de 500 mg.), por estar estos excluidos del P.O.S. y por no haber realizado la accionante la solicitud ante el Comité Técnico y Científico de la entidad accionada.

2. El nueve (9) de junio de 2005 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, en primera instancia resolvió, conceder la acción de tutela argumentando que si el médico tratante

ordenó el suministro de dichos medicamentos para continuar con el tratamiento, se debe proceder a suministrarlos sin dilaciones, dado que cualquier omisión al respecto afecta sus derechos a la salud en conexidad con la vida y con la integridad personal. Lo anterior si se tiene en cuenta que el afectado es un menor de edad que padece de una enfermedad congénita grave (Fibrosis Quística). Posteriormente, el doce (12) de julio de 2005, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil – Laboral, en segunda instancia resolvió, revocar la acción de tutela argumentando que en el presente caso no se cumple con uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia decantada por la Corte Constitucional respecto del suministro de medicamentos que se encuentran excluidos del P.O.S. El Tribunal encontró que no se aportó al expediente “documento idóneo ilustrativo de la imposibilidad de ser sustituido por otro que se consiga en el P.O.S.”

3. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.² Esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,³ como en el régimen subsidiado,⁴ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,⁵ a la enfermedad que padece la persona⁶ o al tipo de servicio que ésta requiere.⁷ La orden que el juez de tutela debe impartir para proteger el derecho a la salud, en conexidad con la vida y la integridad personal, cuando constata que éste ha sido desconocido por una entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, de acuerdo con los criterios anteriores, depende en términos generales, del tipo de servicio médico solicitado por la persona y del régimen de salud en el cual se encuentra inscrita (contributivo y subsidiado).

(i) Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de

garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (EPS)⁸ como en el régimen subsidiado (ARS),⁹ asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir.¹⁰ (ii) Cuando el servicio médico es un tratamiento (exámenes de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, pruebas, terapias, etc.) la orden específica que se imparta depende del régimen al cual esté vinculado la persona.

(ii-1) En el régimen contributivo, la decisión que se debe adoptar en el caso de los tratamientos excluidos del plan obligatorio es igual a la que se debe tomar en el caso de los medicamentos excluidos; la entidad (EPS) tiene el deber de garantizar la efectiva prestación del servicio requerido, asistiéndole a ésta el derecho de recobro.¹¹

(ii-2) En el régimen subsidiado la solución cambia, dependiendo de cuál sea la situación específica. La jurisprudencia ha indicado que en “(...) los casos en los cuales se demanda la atención en salud a una ARS que alega no tener la obligación de suministrar tratamientos excluidos del POS-S, surgen dos opciones de protección constitucional que deben ser aplicadas por el juez de tutela de acuerdo al caso concreto.¹² La primera supone que la ARS garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da en razón a que se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional;¹³ la segunda de las opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.”¹⁴ Esta solución, consiste en reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado se le niega un servicio por no tener que garantizarlo directamente, la ARS, junto con las autoridades administrativas del sector salud, tienen los deberes de informar e indicar a las personas cómo acceder, efectivamente, al tratamiento requerido, y el deber de acompañarlo en el trámite para reclamar dicho servicio médico.¹⁵ La jurisprudencia ha indicado que cuando se trata de una situación especialmente urgente, la persona tiene derecho a ser atendida de manera prioritaria y a que se le practique el tratamiento a la mayor brevedad posible.¹⁶ La Corte ha ordenado que las actuaciones de las ARS y las entidades territoriales “(...) deberán adelantarse sin dilaciones ni omisiones injustificadas, siempre con la plena observancia y acatamiento de los requisitos normativos y procedimientos establecidos, y teniendo como finalidad última, la prestación del servicio médico solicitado, a la mayor brevedad posible.”¹⁷ Por tanto, las obligaciones de las entidades territoriales en materia de servicios de salud no contemplados por los planes obligatorios, que dependen del nivel de complejidad del tratamiento que se requiera,¹⁸ no se

agotan en garantizar que existan instituciones prestadoras del servicio a las cuales los ciudadanos pueden acudir.¹⁹ Deben garantizar, a través de las instituciones prestadoras de salud (IPS) con las que tengan convenio, el acceso efectivo al servicio de salud requerido y velar por su adecuada prestación.

4. En el presente caso el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. desconoce el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la integridad física de los menores José Gerardo y Juan Camilo Guerrero Cuentas de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales citados. Efectivamente, (i) la falta del suministro de los antibióticos denominados Zinat y Amickacina amenaza el derecho a la salud en conexidad con la integridad física del menor José Gerardo Guerrero Lara, quien como consecuencia de la fibrosis quística que padece se le generó una infección pulmonar que necesita ser tratada con los citados antibióticos; (ii) la E.P.S. no determinó por cuál medicamento incluido en el P.O.S. se pueden remplazar los antibióticos en cuestión; (iii) la persona no puede costearla²⁰ y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie, y por último; (iv) fue ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.

No obstante, es importante tener en cuenta que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, al decidir la impugnación del fallo de primera instancia, revocó la tutela concedida por el a-quo dado que no quedaba claro a ese despacho si los antibióticos formulados por el médico tratante podían ser remplazados o no por unos que sí estuviesen incluidos en el P.O.S. En caso de que sí pudieran ser remplazados por algún otro antibiótico incluido dentro del P.O.S. no se estaría cumpliendo con un requisito exigido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹. Lo que sucede es que en este caso nunca se determinó dentro del proceso si los antibióticos prescritos por el médico tratante podían ser sustituidos por otros incluidos en el plan obligatorio. Sin embargo, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán negó la tutela sin que este punto fuese esclarecido. La carga de hacerlo recae en la E.P.S., y en este caso no se cumplió. En esta oportunidad, y en sede de revisión, no procede indagar al respecto. No obstante, el médico tratante podrá analizar el punto de la sustituibilidad de los medicamentos por él ordenados. Entre tanto, la EPS deberá suministrarle al accionante los medicamentos ordenados por el médico tratante.

5. No es de recibo el argumento esgrimido por la accionada cuando afirma que no se le han suministrado los medicamentos porque el Comité Técnico Científico no ha recibido la solicitud

por parte de la accionante. Lo anterior hace referencia a un trámite interno de la E.P.S. y no debe afectar a la accionante. 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 E.P.S.²² Las E.P.S. no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. Para la accionante, se trata de un trámite entre las dependencias y funcionarios que hacen parte o están adscritos a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio. No es un trámite que le corresponda adelantar por cuenta propia.

6. En este caso se verificó que el derecho fundamental a la salud de José Gerardo Guerrero Lara, en conexidad con el derecho a la integridad física fue desconocido por cuanto el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. no ha ordenado suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante (Zinat de 500 mg. y Amikacina de 500 mg.) por encontrarse estos excluidos del P.O.S., ni ha buscado la manera para suministrar unos medicamentos sustitutos que se encuentren dentro del P.O.S. Además, como los medicamentos citados no están incluidos dentro del POS, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se reconocerá que el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. puede repetir contra el FOSYGA el monto de lo que gaste en virtud de la orden impartida y no le corresponda asumir de acuerdo a las normas legales y reglamentarias;²³ el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará, la cual no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago.

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 Política,

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán que negó la tutela del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la integridad personal, del menor José Gerardo Guerrero Lara.

Segundo.- Tutelar el derecho a la salud en conexidad con la integridad personal de José Gerardo Guerrero Lara. En consecuencia ordenar al Instituto de Seguros Sociales E.P.S. que si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la

presente sentencia, autorice suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante, mientras él mismo no ordene otros medicamentos para sustituirlos.

Tercero.- Reconocer que el Instituto de Seguros Sociales E.P.S. podrá repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 276/05

Magistrado ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

CONSIDERANDO

1. Que mediante la sentencia T-976 de 2005 se impartieron las siguientes órdenes:

“Primero.- Revocar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán que negó la tutela del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la integridad personal, del menor José Gerardo Guerrero Lara.

Segundo.- Tutelar el derecho a la salud en conexidad con la integridad personal de José Gerardo Guerrero Lara. En consecuencia ordenar al Instituto de Seguros Sociales E.P.S. que si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante, mientras él mismo no ordene otros medicamentos para sustituirlos.”

(...)

1. Que la parte motiva de la sentencia apunta no sólo a proteger el derecho a la salud en conexidad con la integridad personal del menor José Gerardo Guerrero Lara sino también la de su hermano el también menor Juan Camilo Guerrero Lara, quien también padece de fibrosis quística.

1. Que la no inclusión del nombre del menor Juan Camilo Guerrero dentro de la parte resolutive de la sentencia T-976 de 2005 con el fin de que se le autorice también el suministro de los medicamentos ordenados por el médico tratante obedece a un error de

transcripción y no significa que al menor Juan Camilo Guerrero Lara no se le haya concedido también la tutela de su derecho a la salud en conexidad con la integridad personal.

1. Que el artículo 4º del Decreto 306 de 1992 dispone lo siguiente:

“DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES PARA INTERPRETAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL DECRETO 2591 DE 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto (...)”

1. Que de conformidad con el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, “Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el Juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.

Si la Corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1º y 2º del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.” (subrayas fuera del texto original)

RESUELVE

Primero.- CORREGIR los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia T – 976 de 2005 los cuales quedarán de la siguiente manera:

“Primero.- Revocar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán que negó la tutela del derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la integridad personal, de los menores José Gerardo Guerrero Lara y Juan Camilo Guerrero Lara.

Segundo.- Tutelar el derecho a la salud en conexidad con la integridad personal de José Gerardo Guerrero Lara y Juan Camilo Guerrero Lara.

En consecuencia ordenar al Instituto de Seguros Sociales E.P.S. que si aún no lo ha hecho, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice suministrar los medicamentos ordenados por el médico tratante, mientras él mismo no ordene otros medicamentos para sustituirlos.”

Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido

(examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón)], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis)].

3 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz); T-591 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-058 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-750, T-828 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-882 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-901 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-016 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-024 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

4 Ver, entre otras, las sentencias T-829 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-841 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-833 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-868 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-096 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

5 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa) Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la

sentencia T-280 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

6 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); T-502 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell); T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-079 de 1996 (MP Hernando Herrera Vergara); SU-256 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); T-417 de 1997 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-328 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz); T-171 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra); T-523 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); T-436 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-925 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-326 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra.]

7 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; esta condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-597 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

8 Así lo ha decidido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-1181 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-992 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-599 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-883 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-494 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-977 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería); T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). De igual forma, la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social) establece que, tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).

9 Por ejemplo, en la sentencia T-1043 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se resolvió reiterar “(...) lo decidido por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-1020 de 2000, en el sentido de reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiere que se le suministre un medicamento, la entidad encargada de prestarle el servicio de salud deberá entregarlo, así no se encuentre dentro de los medicamentos contemplados dentro del P.O.S.S., cuando el médico tratante así lo ha ordenado y éste es necesario para proteger su vida.” En este caso, la Corte también tuvo en cuenta que el entonces Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reiteró esta obligación de las ARS mediante la Resolución 3384 de 2000, la cual establece: “Artículo 4°— Responsabilidad de las ARS en el régimen subsidiado frente a los medicamentos NO-POSS incluidos en las normas técnicas y guías de atención. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, las ARS deberán garantizar el acceso a medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos adoptado a través del Acuerdo 83, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 110 del CNSSS.” (acento fuera del texto original).

10 En estos casos la jurisprudencia ha reconocido el derecho que le asiste a la respectiva entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, para repetir contra el Estado, el monto de servicio médico que no le corresponde asumir, a través del Ministerio de la Protección Social, del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA. [Ley 100 de 1993, artículo 218.— Creación y operación del fondo. Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política. || (...)]. Recientemente, además de reconocer el derecho que le asiste a la entidad, la jurisprudencia ha exigido que el administrador del FOSYGA, a los 15 días de presentada la solicitud de pago por parte de la entidad respectiva, pague lo adeudado o indique cuándo lo hará —al respecto ver, por ejemplo, la sentencias T-945 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)—; indicando que, en todo caso, el pago debe hacerse antes de transcurridos 6 meses, contados a partir del momento en que se presente la solicitud — al respecto ver, por ejemplo, la sentencias T-1210 de 2003 y T-882 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Así pues, en los casos en que se imparta esta orden, se resolverá ‘reconocer que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio (EPS o ARS) puede repetir contra el FOSYGA el monto de lo que gaste en virtud de la orden impartida y no le corresponda asumir de acuerdo con las

normas legales y reglamentarias; el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará, la cual no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago’.

11 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-897 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis; en este caso se ordenó a la EPS realizar al accionante el examen de mapeo con ablación), T-506 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; en este caso se ordenó a la EPS a autorizar el suministro e implantación de los audífonos formulados por el médico tratante) y T-678 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño; en este caso se ordenó a la EPS “autorizar a la accionante la práctica del procedimiento denominada queratoplastia lamelar con láser [pachy link]”)

12 La sentencia T-632 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), se refirió a las posibilidades de protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren medicamentos o tratamientos excluidos del POS-S en los siguientes términos: “...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, [v.gr. T-480 de 2002; MP Jaime Córdoba Triviño] o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [v.gr. T-452 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa]” (Las sentencias citadas son los fallos que presenta la sentencia T-632 de 2003 como ejemplos de las dos hipótesis reseñadas).

13 Esta solución también tiene lugar cuando el servicio médico realmente no se encuentra excluido del POS-S. La sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), por ejemplo, reiteró la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sin embargo en el caso concreto se ordenó a Comfama ARS autorizar y practicar el examen de diagnóstico

denominado 'radiografía de tórax PA lateral' a la accionante, según lo ordenado por su médico tratante, por cuanto se constató que este servicio médico sí estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (Subsidiado). El juez de instancia había fallado sobre el supuesto contrario, porque la ARS había suministrado información falsa al respecto.

14 Corte Constitucional, sentencia T-752 de 1998 (MP Alfredo Beltrán Sierra), en este caso la Corte resolvió ordenar a la ARS que con el Instituto de Bienestar Familiar de Nariño y las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, coordinara todo lo relacionado con la gestión que deben adelantar para atender a la accionante. Ordenes similares, reiterando esta sentencia, se han impartido, por ejemplo, en las sentencias T-1227 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y T-855 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

15 En la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional decidió que “una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud.”. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras en las sentencias T-341 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). De acuerdo a las normas reglamentarias del Sistema corresponde al Estado cumplir el deber de garantizar el acceso a los servicios no incluidos en el POS-S por intermedio de las entidades territoriales. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso al respecto: ‘Artículo 42.— Mecanismos de coordinación para prestación de servicios no POSS. Con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a los servicios no cubiertos por el régimen subsidiado, las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios y para ello se podrán celebrar convenios. En todo caso la responsabilidad por la prestación de estos servicios de manera oportuna, estará a cargo de la entidad territorial respectiva, para lo cual contará con la información adecuada y oportuna que deberá suministrar la administradora de régimen subsidiado, así como el correspondiente seguimiento de la atención del afiliado.’ Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS

(por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones).

16 Así lo decidió la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-524 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

17 En la sentencia T-524 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional resolvió “ordenar a Comcaja ARS, Boyacá, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de [la] sentencia, informe claramente al demandante quién puede operarlo, cuándo y en qué condiciones. Adicionalmente, ordenar a Comcaja ARS, de Boyacá, que disponga de todo lo pertinente junto con la entidad médica que finalmente vaya a practicar el examen requerido por la accionante. Estas actuaciones deberán adelantarse sin dilaciones ni omisiones injustificadas, siempre con la plena observancia y acatamiento de los requisitos normativos y procedimientos establecidos, y teniendo como finalidad última la prestación del servicio médico solicitado, a la mayor brevedad posible.”

18 Las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud así lo contemplan (Ley 100 de 1993; Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud —hoy de la Protección Social—), tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en varias sentencias, entre ellas T-1096 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-764 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-111 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). De acuerdo con el quinto inciso del artículo 174 de la Ley 100 de 1993 “[l]a oferta pública de servicios de salud, organizada por niveles de complejidad y por niveles territoriales, contribuye a la realización de los propósitos del sistema general de seguridad social en salud, a su organización y a su adecuado funcionamiento.” Esta posición fue reiterada por el legislador en la Ley 715 de 2001 al ordenar: “Artículo 54.— Organización y consolidación de redes. El servicio de salud a nivel territorial deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicios de salud, la utilización adecuada de la oferta en salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta. || La red de servicios de salud se organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los

requerimientos de eficiencia y oportunidad, de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud.

19 En la sentencia T-729 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en un caso en el que se ordenó a una entidad prestadora del servicio de salud que informara al actor de las posibilidades que para la atención de su salud se derivan del régimen contemplado en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, también se ordenó al Instituto Departamental de Salud de Nariño que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la sentencia, informara al señor EFREN DE JESÚS ZAMBRANO DE LA CRUZ qué entidades públicas o privadas de la ciudad de Pasto, que tengan contrato con el Estado estaban en capacidad de practicar el examen de TAC CRANEAL SIMPLE Y CONTRASTADO. De forma similar en la sentencia T-524/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se ordenó a la Secretaría de Salud Pública de Tunja que informara al señor Florentino Monroy Guerrero, cuáles son las entidades públicas o privadas de la ciudad de Tunja que tienen contrato con el Estado y que estén en capacidad de practicarle el examen médico requerido.

20 La accionante en la acción de tutela (Folio 38 del expediente) manifestó al despacho que trabaja en el Fondo de Empleados de Jardines de Paz donde devenga el salario mínimo (\$382.000 pesos). El medicamento denominado Zinat de 500 mg, tiene un valor de aproximadamente \$80.000 pesos por cada diez (10) unidades. El medicamento Amikacina de 500 mg. tiene un costo de \$32.900 por cada dos (2) ampollas.

21 La Corte Constitucional ha reiterado que para que una E.P.S. tenga la obligación de suministrar un servicio que se encuentre excluido del P.O.S. es necesario entre otras que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.

22 Resolución 2948 de 2003 del Ministerio de la Protección Social, “artículo 4º—Funciones. El comité técnico científico tendrá las siguientes funciones. (...) || 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. || 3. Justificar técnicamente mediante el análisis crítico correspondiente las decisiones adoptadas, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas. (...)”. “artículo 7º— Procedimiento para la autorización. Las solicitudes deberán ser presentadas al

comité 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 la semana siguiente deberá decidir sobre la petición formulada; (d) El comité podrá autorizar tratamientos ambulatorios hasta por un máximo de tres (3) meses, tiempo que se considera pertinente para que el comité técnico científico nuevamente analice el caso y si la respuesta al tratamiento es favorable determine la periodicidad con la que se continuará autorizando y suministrando el medicamento, el que en ningún caso podrá ser por tiempo indefinido. ||

Para el caso de pacientes con tratamientos crónicos a los cuales y después de haber realizado el proceso atrás mencionado, se les determine un tiempo de tratamiento definitivo para el manejo de su patología, los períodos de autorización podrán ser superiores a tres (3) meses y hasta por un (1) año, en cuyo caso el comité técnico científico, deberá hacer la evaluación por lo menos una vez al año y determinar la continuidad o suspensión del tratamiento.” (subrayas fuera del texto original).

23 Por ejemplo, si el POS contempla un medicamento, un tratamiento o una prueba de diagnóstico diferente a la requerida por el paciente, la entidad podrá repetir contra al FOSYGA la diferencia adicional de costo que implique el servicio no incluido en el POS.