

Sentencia T-445/18



Referencia: Expediente T-6.705.770.

Acción de tutela instaurada por Claudia Milena Torres Melo, en representación de su hijo Juan David Bermúdez Torres, contra la Cooperativa de Salud Comunitaria EPS-S¹.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre dos mil dieciocho (2018).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Villavicencio, dentro del trámite de la acción de amparo constitucional que la señora Claudia Milena Torres Melo, en representación de su hijo Juan David Bermúdez Torres, promovió contra Comparta EPS-S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El menor Juan David Bermúdez Torres tiene 17 años de edad², pertenece al régimen subsidiado de salud, está afiliado a Comparta EPS-S y cuenta, al igual que su progenitora —quien trabaja como recicladora en la ciudad de Villavicencio y devenga un salario mensual que oscila entre doscientos y trescientos mil pesos—, con un puntaje de 16,52³ en la encuesta del Sisbén.

¹ En adelante, Comparta EPS-S

² Tal y como consta en una copia de la tarjeta de identidad anexa en el folio 6 del cuaderno 1, Juan David Bermúdez nació el 10 de julio de 2001.

³ Esta información, con corte de junio de junio de 2018, se corroboró en la página web: www.sisben.gov.co.

1.2. El día 7 de octubre del 2017, un médico dermatólogo adscrito a la entidad accionada diagnosticó al joven Juan David con acné severo nódulo-quístico de dos años de evolución, comedones abiertos y cerrados, numerosas cicatrices atróficas en la piel del rostro y pápulo-pústulas que también afectan la piel del tronco⁴.

1.3. Con el fin de tratar aquellas afecciones, el mismo 7 de octubre el galeno le prescribió 90 cápsulas de Isotretinoína de 20 miligramos, con el fin de que ingiriera una tableta diaria por tres meses⁵ y, además, diligenció un formato⁶ para solicitar a la entidad accionada la autorización y el suministro de aquel “*medicamento no POS*”. En dicho documento, el especialista señaló que en el caso clínico del joven Bermúdez Torres: (i) no estaba sustituyendo o reemplazando un “*medicamento POS*” con la prescripción del citado fármaco; (ii) no había utilizado con anterioridad algún “*medicamento POS*”; y (iii) pretende que, con la medicina prescrita, se reduzca “*el tamaño y producción de sebo por las glándulas sebáceas*”, sin perjuicio de otros efectos que pueda generar, como la “*resequedad de piel y mucosas*” y el “*aumento de enzimas hepáticas, colesterol y triglicéridos*”.

1.4. El 11 de octubre de 2017, el Comité Técnico Científico de Comparta EPS-S no accedió a aquella solicitud, pues advirtió que si bien la historia clínica del paciente indica que requiere manejo farmacológico específico para evitar complicaciones en su patología, el diagnóstico no pone en riesgo su vida y la prescripción del medicamento solicitado por el dermatólogo se considera un tratamiento de tipo estético que, según la normatividad vigente, estaría excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud⁷.

1.5. Solicitud de amparo constitucional: con fundamento en lo expuesto, y luego de indicar: (i) que con el ingreso mensual que percibe como recicladora no puede solventar el valor de aquel medicamento⁸; y (ii) que la autoestima del menor ha desmejorado con ocasión de la patología que lo aqueja, pues “*se avergüenza al salir de casa y mostrar su rostro a las personas*”, el 23 de noviembre de 2017 la señora Torres Melo, en representación de su hijo, interpuso acción de tutela en la que solicitó al juez constitucional amparar, entre otros, el derecho a la salud del joven Bermúdez Torres y, en consecuencia, ordenar a la entidad accionada suministrar las cápsulas de Isotretinoína prescritas por el galeno tratante.

⁴ Las copias del cuadro diagnóstico y las fórmulas médicas para tratar dichas patologías están anexas en los folios 11, 12, 16 y 17 del cuaderno 1.

⁵ En el marco del mismo tratamiento, el dermatólogo también le formuló lágrimas artificiales para que se aplicara en los ojos cada ocho horas, una emulsión denominada *Afeli*us Oil Free con el propósito de que la usara en la piel del rostro tres veces al día y, finalmente, vaselina para las fosas nasales y los labios en la periodicidad que el menor llegue a requerir.

⁶ Este documento, titulado “Formato Solicitud de Medicamento No Pos”, está anexo en los folios 10 y 15 del cuaderno 1.

⁷ El acta suscrita por el Comité Técnico Científico que contiene dicha decisión obra en los folios 8 y 13 del cuaderno 1.

⁸ El valor comercial de una caja con 30 comprimidos de Isotretinoína de 20 miligramos, en su versión genérica, oscila en \$100,000 m/cte.

1.6. El 4 de julio de 2018, el mismo médico dermatólogo, con el fin de tratar la patología referida en el *numeral 1.2 supra*, reformuló al menor prescribiendo Doxiciclina de 100 miligramos y una loción tópica de ácido retinoico al 0.05% por tres meses. Así las cosas, siete días después —el 11 de julio— la entidad accionada expidió la autorización de ambas tecnologías, dividiendo su suministro en tres y dos entregas respectivamente, motivo por el cual el joven Bermúdez Torres, tal y como lo indicó su progenitora, actualmente está ingiriendo aquel medicamento⁹.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. El Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Villavicencio admitió el mecanismo de amparo, ordenó correr traslado a la entidad accionada y vinculó a las secretarías de salud del Meta y Villavicencio para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por la señora Torres Melo en el escrito de tutela. Igualmente, ofició al dermatólogo tratante del menor y a la institución prestadora de servicios de salud¹⁰ en la que fue valorado para que rindieran un informe sobre su estado de salud y la atención prestada; sin embargo, tanto el galeno como la IPS guardaron silencio.

2.2. Por su parte, la **Secretaría de Salud del Meta** indicó que en este caso la competencia para garantizar el acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud está, *prima facie*, en cabeza de Comparta EPS-S, pues el medicamento requerido, al no encontrarse incorporado en el anexo No. 1 de la Resolución 6408 de 2016¹¹, no está cubierto por el Plan de Beneficios en Salud y, según la Resolución 1479 de 2015¹², una circular y otras resoluciones¹³ expedidas por la misma Secretaría de Salud Departamental, las Administradoras de Planes de Beneficios que tienen afiliados al Régimen Subsidiado de Salud son las que deben asegurar el acceso efectivo a los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud que sean autorizados por los Comités Técnico-Científicos u ordenados por autoridad judicial.

2.3. Contrario a lo anterior, **Comparta EPS-S** consideró que el eventual suministro del medicamento solicitado, como quiera que no está cubierto por el plan obligatorio de salud, debe recaer en la Secretaría de Salud Departamental, pues aunque la Entidad Promotora de Salud actúa como intermediaria para asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud sin cobertura en el POS que sean autorizados por los Comités Técnico-Científicos u ordenados por autoridad judicial, es la entidad territorial, luego de que la EPS-S presenta la respectiva solicitud de cobro, quien debe pagar directamente dichas tecnologías al Prestador de Servicios de Salud —previamente definido por la entidad

⁹ Dicha información, así como la respectiva autorización de servicios, obra en los folios 15 y 16 del cuaderno de revisión.

¹⁰ En adelante, IPS.

¹¹ “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

¹² “Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado”.

¹³ Exactamente, las resoluciones 1124 y 1615 de 2015, así como la Circular No. 053 del mismo año.

promotora de acuerdo con su red contratada— que las haya suministrado, conforme lo establece la citada Resolución 1479 de 2015.

2.4. Finalmente, la **Secretaría Local de Salud de Villavicencio** adujo que no está afectando los derechos fundamentales del menor Juan David Bermúdez, pues es la Entidad Promotora de Salud, y no la administración municipal, la que está encargada, a través de su red de servicio, de garantizar las tecnologías de salud que: (i) no se enmarquen dentro de alguno de los criterios de exclusión contenidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015¹⁴; y (ii) estén establecidas en el Plan de Beneficios en Salud modificado por la Resolución 6408 de 2016

3. Decisión de instancia

El Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Villavicencio, mediante sentencia del 06 de diciembre de 2017, negó el amparo constitucional argumentando que el medicamento requerido no debe ser suministrado, pues: (i) no está incluido en el anexo 1 de la Resolución 6408 de 2016; (ii) no hay evidencia de que se hayan utilizado alternativas farmacológicas incluidas en dicha resolución para tratar al menor; (iii) tiene un propósito cosmético o estético proscrito por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015; y (iv) la ausencia de su provisión, según indicó, no vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal del menor.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Procedencia de la acción de amparo constitucional

En primer lugar, la Sala considera que la señora Torres Melo está legitimada para promover el amparo contra la entidad accionada¹⁵, pues a la luz de los

¹⁴ Ley 1751 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”. Artículo 15. “ (...) En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: // a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; // b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; // c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; // d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; // e) Que se encuentren en fase de experimentación; // f) Que tengan que ser prestados en el exterior (...)”.

¹⁵ No sobra advertir que, de acuerdo con los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, el mecanismo de amparo constitucional procede, entre otras circunstancias, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público de salud, y contra toda acción u omisión de las autoridades públicas. Razón por la cual, Comparta EPS-S, al ser una persona jurídica promotora de salud, es susceptible de ser demandada en sede de tutela, y en efecto, la acción procede en su contra.

artículos 44¹⁶ superior y 10¹⁷ del Decreto 2591 de 1991, la persona que aparentemente sufre una vulneración o amenaza en sus derechos fundamentales y ejerce acción de tutela puede actuar a través de su representante, como por ejemplo ocurre cuando los padres, en ejercicio de la patria potestad, representan judicialmente a sus hijos menores de edad¹⁸, tal y como lo hizo la mamá de Juan David Bermúdez Torres.

En segundo lugar, también advierte que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no existe otro medio de defensa judicial para la protección de las garantías fundamentales aparentemente amenazadas o vulneradas, o en los que aun existiendo, éste no es idóneo y eficaz para salvaguardar tales prerrogativas, o no tiene la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, en relación con la seguridad social en salud, las Leyes 1122 de 2007¹⁹ y 1438 de 2011²⁰ otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver, con las potestades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. De esa manera, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho²¹ con carácter definitivo, entre otros, asuntos que versen “*sobre prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo*”.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que el asunto arriba citado fue adicionado por la Ley 1438 de 2011, y con ello el legislador pretendió avanzar en la definición de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud —tal y como quedó consignado en la Gaceta del Congreso número 913 de 2010—, también lo es que dicha función no se extendió para que la citada entidad dirimiera absolutamente todos los asuntos sobre tecnologías no

¹⁶ “Artículo 44. (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”.

¹⁷ “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”.

¹⁸ Cfr. Artículos 288 y 306 del Código Civil.

¹⁹ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

²⁰ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

²¹ Dicho procedimiento judicial: (i) debe llevarse de acuerdo con los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción; (ii) no requiere ninguna formalidad ni la actuación por medio de apoderado para ponerse en marcha; y (iii) es una acción preferente y sumaria dentro de la cual se dicta un fallo máximo diez días después de haberse elevado la solicitud, y dicha decisión puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

cubiertas por el plan de salud obligatorio, sino simplemente aquellos que involucren prestaciones que, no estando descritas en el Plan de Beneficios, carezcan de la pertinencia para atender las condiciones particulares del individuo.

De ese modo, aunque la pertinencia de la tecnología para atender las condiciones de salud particulares del paciente no puede ser determinada por el juez constitucional con base en argumentos jurídicos, pues solo es susceptible de ser valorada a la luz del cuadro clínico del sujeto y, por tanto, a partir del punto de vista técnico y científico de un profesional de la salud o de los expertos competentes para ello, el operador jurídico puede analizar el cumplimiento de dicho criterio para efectos de determinar la competencia de la Superintendencia de Salud cuando, por ejemplo, existe una calificación previa del Comité Técnico Científico o de la Junta de Profesionales de la Salud de la entidad promotora sobre la impertinencia de la tecnología en salud requerida.

Motivo por el cual, cuando se advierta que, a la luz de los criterios técnicos y científicos expuestos por la entidad promotora de salud demandada, el suministro de la tecnología excluida del Plan de Beneficios solicitada se negó sin que se hubiese alegado o demostrado que la misma no era pertinente para atender las condiciones particulares del paciente, la Superintendencia Nacional de Salud estaría impedida para dirimir dicha controversia por medio de sus facultades jurisdiccionales y, por tanto, el juez constitucional tendría que decidir de fondo el conflicto para evitar demoras, aplazamientos o prórrogas que eventualmente interfieran con el principio de oportunidad del derecho fundamental a la salud, el cual, conforme lo establece la Ley 1751 de 2015²², exige que la prestación de los servicios y tecnologías de salud se provean sin dilaciones cuando haya lugar a su reconocimiento.

De acuerdo con lo dicho, esta Corporación encuentra que en el caso concreto la acción de tutela es procedente, ya que la Superintendencia Nacional de Salud no tiene competencia para decidir sobre la pretensión elevada en esta ocasión, pues aunque el Comité Técnico Científico advirtió que la Isotretinoína hace parte de las tecnologías no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación en el contexto del Plan de Beneficios en Salud, el fundamento técnico y científico que le sirvió para negar el suministro de dicho fármaco no descartó, tampoco cuestionó y ni siquiera estuvo dirigido a probar que aquel medicamento no fuese pertinente para atender las condiciones particulares del cuadro clínico de Juan David, toda vez que, por el contrario, el mismo Comité, primero, únicamente basó el rechazo argumentando que debido al componente estético del tratamiento la Isotretinoína no puede ser reconocida con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, segundo, incluso resaltó que el joven Bermúdez Torres sí requiere manejo farmacológico específico para evitar complicaciones en su patología, tanto así que, por ejemplo, el galeno tratante reformuló al menor con otro medicamento —

²² “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

incluido en el anexo No. 1 de la Resolución 6408 de 2016— que también consideró pertinente para atender el caso clínico en cuestión.

Así entonces, la Sala considera que la falta de idoneidad del procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud hace que el mecanismo de amparo constitucional resulte procedente en esta oportunidad, sin que se deba someter a la demandante a otro trámite procesal o a una espera mayor de la que ya ha afrontado desde la presentación del escrito de tutela, pues de lo contrario se podría restringir significativamente el goce y disfrute oportuno del derecho a la salud de un menor de edad, ya que la pretensión elevada está dirigida a salvaguardar el acceso al fármaco que le fue prescrito con ocasión de la patología que sufre²³.

Adicionalmente, no sobra advertir que en determinados supuestos en los que inicialmente pudiera ser preciso agotar la instancia de la Superintendencia de Salud, el análisis de la procedencia, conforme lo establece la jurisprudencia constitucional, se flexibiliza²⁴ en presencia de sujetos que, como en este caso²⁵, por su edad o su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, quienes, según el artículo 13 superior²⁶, deben ser protegidos especialmente por el Estado.

Por ello, también se debe tener en cuenta que la minoría de edad del joven Bermúdez Torres, así como la circunstancia de pobreza que rodea al núcleo familiar al cual pertenece, limitan ostensiblemente la capacidad de resiliencia de la tutelante y su hijo para asumir otro trámite judicial que impone una carga procesal, administrativa, temporal y económica mayor a la que han sorteado en

²³ En este sentido, no obstante el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud, por regla general, es idóneo y eficaz para resolver los asuntos que enumera el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, también se ha considerado que *“resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos”* (sentencia T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

²⁴ En este punto resulta menester aclarar que si bien la sola condición de sujeto de especial protección constitucional, no hace que el mecanismo de amparo sea procedente para reclamar derechos prestacionales, esta Corte ha sostenido que en dicho escenario el estudio de la procedibilidad de la acción de tutela se debe realizar de manera más flexible y amplia. Cfr. Sentencias T-472 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-890 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-805 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-111 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

²⁵ En este punto resulta necesario recordar que en el *sub judice* la parte activa de la acción de tutela está compuesta por un menor de edad y una madre que atraviesan una situación económica precaria, pues ambos pertenecen al régimen subsidiado de salud con un puntaje de 16,52 en la encuesta del Sisbén, y la mujer, que se desempeña como recicladora en la ciudad de Villavicencio, adujo que devenga un salario mensual que tan solo oscila entre doscientos y trescientos mil pesos.

²⁶ Artículo 13 superior. *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

la jurisdicción constitucional, motivo por el cual la eficacia de otros medios de defensa judicial se relativiza en un escenario en el que: (i) la ley exige evitar dilaciones en la garantía de la pretensión; (ii) el operador jurídico tiene la posibilidad de ayudar a materializar ese principio de oportunidad con la aplicación de medios judiciales igual o más expeditos, informales y sumarios; y (iii) se pretenda implementar ese trato deferente en beneficios de sujetos de especial protección constitucional.

Así las cosas, y además teniendo presente que existe un término razonable entre la conducta que desencadenó el presunto menoscabo de los derechos alegados y la interposición del amparo²⁷, el juez de tutela, a través del mecanismo de amparo, puede examinar la supuesta vulneración o amenaza a las garantías fundamentales reclamadas, motivo por el cual la Sala planteará y desatará el problema jurídico constitucional, para luego verificar si existe, o no, dicho quebranto.

3. Planteamiento del problema jurídico constitucional y esquema de resolución

Conforme quedó expuesto en el presente caso, la accionante adujo que con el ingreso mensual que percibe como recicladora no puede solventar el valor de las cápsulas de Isotretinoína prescritas por el médico tratante y que la autoestima del menor ha desmejorado con ocasión de la patología que lo aqueja, razón por la cual solicitó al juez constitucional ordenar a la entidad accionada suministrar aquel fármaco.

Pese a lo anterior, en sede de revisión se advirtió que después de que se interpuso la acción de amparo, el mismo médico tratante, con el fin de tratar la patología que motivó la prescripción del fármaco requerido en sede de tutela, formuló al menor Juan David otro medicamento que sí está cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, cuya autorización fue expedida por la entidad accionada y su ingesta fue iniciada por el paciente.

De esa manera, teniendo en cuenta: (i) que la tutelante pretende obtener, mediante el amparo constitucional, un fármaco que no está incluido en el Plan de Beneficios en Salud; y (ii) que actualmente está en curso un tratamiento que responde al diagnóstico del menor con ocasión de la atención de la EPS accionada y, en esa medida, se mitigan o contrarrestan los riesgos a la integridad física y psicológica que, producto de la enfermedad que padece el infante, puedan afectar su vida y su dignidad humana, a la Sala le corresponde determinar si una Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado vulnera el derecho fundamental a la salud de un menor de edad cuando no suministra

²⁷ Dado que, primero, la actuación que provocó la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados se concretó con la negativa del Comité Técnico Científico, es decir el 11 de octubre de 2017 y, segundo, que la acción de tutela se interpuso el 23 de noviembre del mismo año, esta Sala considera que hay una proximidad temporal suficiente entre el supuesto menoscabo de las garantías fundamentales del joven Juan David y la activación del mecanismo de amparo, pues transcurrió un término razonable, de tan solo mes y medio, para que su progenitora acudiera a la jurisdicción constitucional.

un fármaco prescrito por el galeno tratante, argumentando que el medicamento, al ser una tecnología no cubierta por el Plan de Beneficios en Salud²⁸ que constituye un tratamiento de tipo estético, no puede ser financiado con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con el fin de resolver el problema arriba planteado, la Sala se referirá al reporte de prescripción de tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios con implicaciones cosméticas y la necesidad de que deban ser prescritas luego de haber agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están contenidas en aquel Plan de Beneficios, para luego realizar un análisis del caso en concreto.

Para el efecto, resulta importante tener en cuenta que aunque la fórmula médica y la solicitud de la Isotretinoína, así como el escrito de tutela y el fallo de instancia, se suscribieron en vigencia de la Resolución 6408 de 2016, *“Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”*, a partir del 1° de enero de 2018 rige la Resolución 5269 de 2017, la cual actualizó integralmente dicho Plan y derogó aquella Resolución.

4. El reporte de prescripción de tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con implicaciones cosméticas y la necesidad de que deban ser prescritas luego de haber agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están contenidas en aquel Plan

Existen insumos, procedimientos o servicios que pueden asegurar la materialización del derecho a la salud en sus diferentes facetas. En primer lugar, hay **determinantes sociales de salud** que desarrollan, entre otros, el núcleo ambiental, cultural, ocupacional y nutricional de la salud, permitiendo, por ejemplo, que la composición del agua, del aire o de los alimentos no atente contra la sanidad y salubridad humana²⁹. En segundo lugar, existen prestaciones o **tecnologías complementarias**, las cuales, si bien no garantizan *prima facie* la prevención, el cuidado, el tratamiento o la curación de una enfermedad, consecuentemente terminan asegurando tales fines, pues forman parte de un servicio integral cuyo uso incidiría en el goce efectivo del derecho a la salud³⁰.

²⁸ Anteriormente denominado Plan Obligatorio de Salud (POS). Sin perjuicio de que cualquiera de las dos nominaciones esté correctamente empleada.

²⁹ Según el parágrafo del artículo 9 de la Ley 1751 de 2015, *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, los determinantes sociales de salud son aquellos *“factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud”*.

³⁰ Para efectos de la aplicación de la Resolución 3951 de 2016, *“Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”*, el artículo 3 del citado acto administrativo definió al servicio o la tecnología complementaria como aquel *“que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”*.

En tercer, y último lugar, se encuentran las **tecnologías en salud**³¹ propiamente dichas, entendidas como las actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud, que permiten la prevención, paliación, el manejo de la enfermedad en todas sus fases y la rehabilitación de las secuelas que afectan al individuo.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993³² estableció que todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un plan de salud obligatorio³³ con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, el ordenamiento jurídico, con base en la última categoría enunciada en el párrafo anterior, distingue entre: **(i)** las tecnologías en salud que no están cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pero son susceptibles de ser financiadas con recursos públicos asignados a la salud —razón por la cual incluso existe un procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por dicho Plan de Beneficios³⁴—; y **(ii)** las tecnologías que definitivamente no pueden ser financiadas con recursos públicos asignados a la salud en las que se advierta alguno de los criterios establecidos en el artículo 15³⁵ de la Ley Estatutaria 1751 de 2015³⁶, como por ejemplo ocurre con aquellas que *“tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas”*. De tal manera que, por ejemplo, a pesar de que hay tecnologías concebidas para determinados fines de orden estético o suntuario, puede que en

³¹ En el artículo 8 de la mencionada Resolución 5269 de 2017, las tecnologías en salud están definidas como aquellas *“actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud”*.

³² *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*.

³³ En la Ley 100 de 1993 se denominó Plan Obligatorio de Salud (POS), sin perjuicio de que ahora, a la luz de las disposiciones reglamentarias vigentes, se aluda al mismo como Plan de Beneficios en Salud, motivo por el cual cualquiera de las dos nominaciones puede estar empleada correctamente para efectos de referirse al mismo plan. Cfr. Artículo 162 y literales c) y e) del artículo 156, ambos de la Ley 100 de 1993.

³⁴ Cfr. Resolución 3951 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social.

³⁵ Artículo 15. *“PRESTACIONES DE SALUD. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. // En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: // a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; // b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; // c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; // d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; // e) Que se encuentren en fase de experimentación; // f) Que tengan que ser prestados en el exterior. // Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad. // Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente (...)”*.

³⁶ *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*.

un caso clínico concreto tengan un resultado o un fin terapéutico admisible, técnica y científicamente justificado por el médico tratante, que repercuta, como se dijo, en la capacidad funcional o vital del paciente.

Ahora bien, en punto a la distinción descrita en el párrafo anterior, resulta fundamental tener en cuenta que en un caso concreto la prescripción de servicios y tecnologías que no estén cubiertas por el referido Plan de Beneficios se puede realizar —así ese medicamento sea altamente efectivo para tratar la patología en cuestión— siempre y cuando “se hayan agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas (...) de las tecnologías contenidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, y no se haya obtenido resultado clínico o paraclínico satisfactorio en el término previsto de sus indicaciones, o se hayan previsto u observado reacciones adversas o intolerancia por el paciente, o existan indicaciones o contraindicaciones expresas, de todo lo cual, deberá dejarse constancia en la historia clínica”³⁷ (subrayas fuera del texto original).

Por lo anterior, cuando se estudie el eventual suministro de un medicamento con implicaciones de orden estético que no esté cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, el análisis no se puede centrar única y exclusivamente en descartar que la finalidad principal del fármaco represente un propósito cosmético no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, pues independientemente de ello, resulta necesario que se verifiquen otros requisitos, como por ejemplo si la prescripción del medicamento se realizó luego de haber agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están descritas en dicho Plan.

Además, no sobra advertir que la exigencia de ese último requisito tampoco se puede desatender para estudiar el eventual reconocimiento de medicamentos con implicaciones de orden estético que *prima facie* se enmarquen dentro del criterio establecido en el literal a)³⁸ del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, pues en esos eventos la jurisprudencia constitucional también exige que, para que eventualmente en un caso concreto se inaplique por vía de la excepción de institucionalidad una norma como esa, el servicio requerido no puede ser sustituido por otro que se encuentre cubierto en el plan obligatorio.

Al respecto, se debe tener presente que, conforme quedó consignado en la Gaceta del Congreso número 116 de 2013, la iniciativa del proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara, que a la postre se

³⁷ Artículo 9 de la Resolución 3951 de 2016, “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”. // Por lo demás, esta disposición también aplica cuando se pretendan aprobar “tecnologías No Pos” en el Régimen Subsidiado de salud, ya que el artículo 9 de la Resolución 5395 de 2013, que replica ese mismo requisito, está vigente para el procedimiento de cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC suministradas a los afiliados de dicho régimen, tal y como así lo prevé el artículo 94 de la Resolución 3951 de 2016.

³⁸ Artículo 15. “PRESTACIONES DE SALUD. (...) En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: // a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (...)”.

convirtió en la Ley 1751 de 2015, fue presentada, entre otros, por el Ministro de Salud y Protección Social de turno, cuyo despacho —junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, intervino en el control previo de constitucionalidad que esta Corte adelantó sobre el referido proyecto de ley, reconociendo que el criterio contenido en el literal *a*) de su artículo 15 responde a la jurisprudencia constitucional que ha reconocido una distinción entre los procedimientos estéticos que tienen un valor funcional en la recuperación del paciente y aquellos que son exclusivamente estéticos, pues, por ejemplo, *“en los casos de cirugías de reconstrucción, reducción o corrección, que en un principio tienen carácter estético, [la Corte] ha considerado necesario determinar si la realización del procedimiento compromete o afecta directamente los derechos a la salud y a la vida digna del paciente, ya que de ser así, dejaría de tener la connotación de cirugía meramente estética y adquiriría un carácter funcional fundamental”*³⁹.

De esa forma, cuando la Sala Plena decidió sobre la constitucionalidad de aquel proyecto de ley estatutaria⁴⁰, advirtió que si bien el literal *a*) del artículo 15 resulta constitucional, en un caso concreto pueden existir peculiaridades que hagan inviable su aplicación dada la vulneración del derecho fundamental a la salud. Razón por la cual, anotó que dicho literal, más allá de definir, sin más, una exclusión, constituye un criterio que permite determinar, junto con los elementos distintivos de un caso concreto, si cierta tecnología puede ser financiada con los recursos públicos asignados a la salud.

Así entonces, en esa ocasión esta Corte, al reiterar ciertos pronunciamientos de tutela, aclaró que aunque criterios como el que propone el mencionado literal *a*) salvaguardan el equilibrio financiero del sistema de salud, la sujeción estricta a los mismos ha sido inaplicada en sede de control concreto de constitucionalidad. Por ello la Sala Plena reiteró que la jurisprudencia constitucional ha señalado cuáles son las reglas a tener en cuenta para darle vía libre a la inaplicación de aquellas limitaciones o criterios, a saber:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

³⁹ Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁰ Es decir, en la sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo” (subrayas fuera del texto original)⁴¹.

Por ende, la Corte precisó que dichas *“reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético[, y esta Corporación] ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”⁴².*

De esa manera, la Sala Plena estableció que lo estipulado en el literal a) del artículo 15 *“se ajusta a la Constitución, siempre y cuando, dada las particularidades del caso concreto, no se trate de situaciones que reúnan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y en el caso concreto no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento”*. Así, acorde con las precisiones hechas, declaró *“la constitucionalidad del mandato evaluado, pues se trata de un criterio sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado”*.

En suma, y con fundamento en lo explicado, esta Sala advierte que cuando se analice el eventual reconocimiento de un medicamento no cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, cuyo suministro se controvierta por sus implicaciones o consecuencias de tipo estético, no se debe examinar de forma exclusiva y única si la finalidad principal del fármaco representa un propósito cosmético no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, pues, en todo caso, siempre resulta necesario que se verifique si la prescripción del fármaco se realizó luego de haber descartado o agotado todas las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están descritas en dicho Plan sin que se hubiere obtenido resultado clínico o paraclínico satisfactorio en el término previsto de sus indicaciones, o habiendo previsto u observado indicaciones o contraindicaciones expresas, reacciones adversas o intolerancia por el paciente, de todo lo cual deberá dejarse constancia en la historia clínica u otro documento de contenido clínico o que esté suscrito por el médico tratante.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará el caso concreto.

5. Análisis del caso concreto

⁴¹ En este punto, la sentencia C-313 de 2014 citó las reglas fijadas en la sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada a su vez en la sentencia T-269 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴² Sentencia C-313 de 2014, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De las pruebas y los antecedentes relacionados en esta providencia se desprende que la Isotretinoína requerida es una tecnología en salud no cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC que en el *sub judice*, al margen de su finalidad principal y de que pueda, o no, tener un propósito cosmético, no se prescribió luego de haber agotado o descartado —en los términos descritos en las consideraciones de esta sentencia—, las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están contenidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, toda vez que:

(i) En la solicitud que el médico dermatólogo diligenció para que la entidad accionada suministrara la Isotretinoína, el mismo galeno señaló que, en el caso clínico del joven Juan David Bermúdez, no estaba sustituyendo o remplazando un “*medicamento POS*” con la prescripción del citado fármaco, y tampoco había utilizado con anterioridad algún “*medicamento POS*”.

(ii) En la prescripción médica el galeno no refirió, ni en la historia clínica quedó consignado, la posible ocurrencia de reacciones adversas o intolerancia del paciente a otras tecnologías cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, así como en la solicitud tampoco advirtió contraindicaciones expresas del joven Juan David contra tecnologías previstas en el Plan, y no adujo que hubiere descartado su uso debido a hipótesis que pusieran en tela de juicio la efectividad de las posibilidades técnicas y científicas que podrían brindar tecnologías en salud cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

(iii) Incluso después de que el médico dermatólogo solicitó a la entidad accionada la Isotretinoína y su suministro fuere negado, ese mismo galeno formuló al menor Juan David un nuevo medicamento que sí está cubierto por el plan de salud obligatorio y cuya autorización ya fue expedida por Comparta EPS-S, con el fin de tratar la patología que motivó la prescripción del fármaco requerido en sede de tutela.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta las precisiones expuestas a lo largo de esta sentencia, la Sala advierte que, por lo menos en el presente caso, no resultaba procedente el reconocimiento de las cápsulas de Isotretinoína requeridas en sede de tutela, pues independientemente de que su suministro tenga implicaciones de tipo estético o, por el contrario, un propósito clínico relacionado con la recuperación de la capacidad funcional de las glándulas sebáceas del paciente, se trata de un fármaco que, por no estar cubierto por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, tuvo que haber sido prescrito luego de que el galeno tratante hubiese agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas de las tecnologías en salud que sí están contenidas en aquel Plan, y ello, como se vio, no ocurrió en esta oportunidad.

En consecuencia, la Sala confirmará, pero por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Villavicencio, en la

medida en que dicho fallo negó el amparo invocado y la pretensión de la tutelante.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo de tutela proferido el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Villavicencio.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General