

Sentencia T-085/06

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHO A LA SALUD-Práctica de examen que se requiere como parte de tratamiento de enfermedad que se padece

REGIMEN CONTRIBUTIVO-Función básica de las entidades promotoras en salud

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Inexistencia de contrato no es pretexto para negar atención médica requerida por pacientes

Referencia: expediente T-1206943

Acción de tutela interpuesta por Carlos García contra el Instituto de Seguro Social Seccional Cauca.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero 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 ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos planteados en la demanda.

Manifiesta el accionante, que en el mes de junio de 2005, le fue diagnosticado un “carcinoma papilar de células transicionales grado II”<sup>1</sup> a la altura de la vejiga, motivo por el cual se

dispuso la práctica de una intervención quirúrgica, que le fue realizada el 15 de junio de 2005.

Afirma, que como consecuencia de la cirugía se ordenó por parte del médico tratante un control permanente con la ingestión del medicamento MITOMICIN amp. de 20 mg., para aplicación intravenal; así como la práctica de una CISTOSCOPIA.

Indica el actor, que el medicamento no ha sido entregado por el ISS seccional Cauca, institución a la que se encuentra afiliado en Salud, por cuanto éste se halla por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud -POS-. Igualmente, que el examen tampoco ha sido autorizado, por no tener contratos vigentes con especialistas en urología.

Sostiene a su vez, que acudió ante un especialista particular para que determinara si era posible cambiar el tratamiento y el examen, pero que de manera tajante le indicó que esos eran los procedimientos que requería para controlar la enfermedad y evitar que hiciera metástasis.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Aduce el peticionario que no se encuentra en capacidad económica de costear el tratamiento, puesto que las inyecciones son muy costosas y de uso permanente, además de ser pensionado y estar encargado del sostenimiento de su familia.

Finalmente, considera el accionante que el ente demandado viola el derecho a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud, la seguridad social, y a la protección especial de las personas de la tercera edad, en la medida en que no autoriza el tratamiento médico que requiere. Por lo anterior solicita, se ordene al ISS, Seccional Cauca, que disponga la entrega inmediata del medicamento y profiera la orden de apoyo para la práctica del

examen.

## 2. Contestación de la entidad demandada

El Instituto de Seguro Social, Seccional Cauca, a través de su apoderado, frente a las pretensiones de la demanda de tutela afirma que, según lo informado por el Centro de Autorizaciones de la entidad, en la medida en que el contrato con el urólogo se encuentra en proceso, no había sido posible entregar la orden de apoyo para la práctica de la cistoscopia, razón por la cual estaban a la espera del mencionado contrato.

En cuanto a la entrega del medicamento Mitomicin, manifiesta que es un procedimiento no incluido en el plan obligatorio de salud, de modo que el accionante debía sujetarse a lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 806 de 1998, norma que establece que cuando el afiliado al régimen contributivo requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente.

A su vez sostiene, que según oficio de fecha 20 de mayo de 2005, emitido por el Ministerio de Protección Social, cuando una persona no tiene capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, puede acudir a las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado, quienes tienen la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta, y cobraran por su servicio una cuota de recuperación. En consecuencia, considera el ente accionado, es la Dirección Departamental de Salud del Cauca la responsable de la prestación de los servicios reclamados por el accionante.

## 3. Contestación de la Dirección Departamental de Salud del Cauca.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, decide integrar al contradictorio a la Dirección Departamental de Salud del Cauca. Mediante escrito extemporáneo, el Director Departamental informa que el accionante con un diagnóstico de cáncer de vejiga, catalogada como enfermedad ruinosa o catastrófica, tiene derecho a disfrutar de los beneficios incluidos en el POS Contributivo, de conformidad con el Acuerdo 008, 117 y 227 del CNSSS, así como la Resolución 5261 de 1994 (MAPIPOS), 412 Y 3384 de 2000, entre otras, sin restricción alguna.

Manifiesta, que por tratarse de una enfermedad ruinosa, el ISS debió brindar la atención integral requerida por el paciente, por ser su responsabilidad legal y contractual.

Aduce, que el medicamento MITOMICIN, ampollas por 20 mg, no se encuentra en el VADEMECUN PLM 2005-COLOMBIA. Sostiene a su vez, que consultada la página web del INVIMA, se encontró que el medicamento no se encuentra registrado en Colombia, y que por tanto, su formulación en el territorio nacional es ilegal.

Finalmente concluye, que es al ISS a quien le corresponde brindar la atención integral en salud del accionante, por lo que solicita ser desvinculado de la tutela.

4. Pruebas que obran dentro del expediente.

\* Copia de la Cédula de Ciudadanía de Carlos García. (folio 1).

\* Copia del comprobante de pago a pensionados al señor Carlos García, en donde consta el valor de su mesada pensional \$749.396 y copia del carné de afiliación al ISS en el Sistema

General de Seguridad Social en Salud. (folio 2)

\* Copia de la historia Clínica de Carlos García. (folios 3 al 6).

\* Copia del certificado de afiliación y el reporte de pagos del señor Carlos García, emitido por el ISS. (folios 20 y 21).

\* Copia de oficio remitido por el Ministerio de la Protección Social al ISS, con relación a los servicios no cubiertos por el POS. (folios 27 al 29).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## I. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

### 1. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 27 de julio de 2005, concedió el amparo a los derechos del actor al determinar que debido al tipo de enfermedad que padece, tanto el medicamento como la práctica del examen ordenados por el médico tratante, revisten de urgencia y necesidad.

Dispuso el juez, que la práctica de la Cistoscopia es importante para el control de la enfermedad, por lo que no se puede esperar de manera indefinida hasta que se realice el contrato por parte de la entidad con los especialistas, por lo cual ordenó al ISS a entregar la

orden de apoyo para la práctica del examen. En igual sentido, consideró que el accionante no dispone de recursos económicos para sufragar el costo del medicamento, razón por la cual ordenó a la EPS accionada hacer entrega del medicamento y autorizar el recobro del mismo ante el FOSYGA.

## 2. Impugnación.

La entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que el procedimiento y el medicamento no le han sido entregados al accionante debido a que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, de modo que a través de la sentencia de tutela de primera instancia, se estaría conminando a la EPS a asumir una obligación que no le corresponde, y que le fue entregada por designación expresa de la ley a la Dirección Departamental de Salud del Cauca, quien a su juicio posee el presupuesto para estos casos.

## 3. Sentencia de Segunda Instancia.

El Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil-Laboral, mediante Sentencia de 5 de Septiembre de 2005, revocó parcialmente el fallo del aquo por considerar que el medicamento había sido prescrito por un médico particular, motivo por el cual no era procedente ordenar el suministro de un medicamento que se encuentra fuera del POS.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

## 1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

### 1. Problema Jurídico a resolver

El demandante acudió al Instituto de Seguro Social, Seccional Cauca, solicitándole la entrega de un medicamento, así como la autorización y práctica de un examen que requiere como parte del tratamiento de la enfermedad que padece. Por su parte, la entidad accionada negó haber violado los derechos fundamentales de Carlos García a partir de dos criterios diferentes: (i) que se encuentran a la espera de la firma del contrato con el especialista en urología, para proceder a emitir la orden de apoyo que autoriza la práctica de la cistoscopia; y (ii) que el medicamento requerido por el accionante está excluido del POS, razón por la cual, a su juicio, no se encuentra en la obligación legal de suministrarlo. Frente a tal negativa, el peticionario solicita se le amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en conexidad con la salud y la seguridad social, y a la protección especial de las personas de la tercera edad, en la medida en que es una persona que cuenta con 65 años de edad, que requiere con urgencia el tratamiento para el control de su enfermedad, y no se encuentra en capacidad económica para sufragar el costo del medicamento.

Ante tal situación, la Sala debe estudiar si la conducta de la entidad demandada vulnera el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social del demandante. Para este efecto, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: (i) El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la Acción de Tutela, (ii) La función básica de las Entidades Promotoras de Salud EPS, en el Régimen Contributivo, (iii) La inexistencia de



contratos no es pretexto para que las entidades de salud nieguen la atención médica requerida por los pacientes, (iv) El suministro de medicamentos, exámenes, procedimientos o tratamientos no incluidos en el POS y por último, se abordará la solución del caso concreto.

2.1 El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la Acción de Tutela. La atención en salud como derecho fundamental autónomo de las personas de la tercera edad.

En forma reiterada, esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud, por si solo, no ostenta el carácter de fundamental. Es considerado como tal, frente a sujetos de especial protección, tal es el caso de los niños por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política, de los adultos mayores<sup>2</sup> y de las personas con discapacidad mental o física<sup>3</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

Bajo tal premisa, la atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran.

Al respecto en la Sentencia T-1081 de 2001, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte

sostuvo:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.”

Bajo este supuesto, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para lograr la eficacia de la atención en salud de dichas personas, pues, como ha explicado la Corte, el derecho a la salud es fundamental respecto de las personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración”<sup>4</sup>.

2.2 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 salud<sup>5</sup>.

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 participantes<sup>6</sup>.

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 servicios 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,<sup>7</sup> y al cual deben afiliarse las personas vinculadas laboralmente, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias<sup>8</sup>, 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)<sup>9</sup>, 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”.<sup>10</sup> (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”<sup>11</sup>.

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 POS<sup>12</sup>, 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 directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles.

### 2.3 La inexistencia de contratos no es pretexto para que las entidades de salud nieguen la atención médica requerida por los pacientes

En reiteradas ocasiones la Corte ha expresado que cuando una entidad de salud demora la prestación del servicio requerido, pretextando la existencia de trámites burocráticos y

administrativos, tales como el vencimiento de un contrato con una IPS, o la inexistencia de contratos para atender un patología específica, vulnera los derechos fundamentales de los pacientes.

En Sentencia T-812 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, dijo la Corte sobre este tópico:

“Los beneficiarios del sistema de salud, ha dicho la Corte, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar el servicio. Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia.<sup>13</sup> Además, ha dicho la jurisprudencia, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.<sup>14</sup>”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Luego, en Sentencia T-285 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expresó sobre el mismo punto:

“No es admisible fundamentar la negativa o suspensión del servicio de salud en situaciones económicas que deben ser previstas y solucionadas por la entidad demandada, como acontece con la falta de presupuesto, que resulta inexcusable si se tiene en cuenta que los

organismos de seguridad social deben planear con suficiente antelación lo concerniente al normal cumplimiento de sus funciones. (...)

“Tales circunstancias riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución a la actividad administrativa y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.), y, desde luego, no son los pacientes quienes deban soportar los efectos de las mismas.

“Eventos como los indicados (...) sólo demuestran el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración de la EPS y repercuten de manera grave en la salud de los usuarios y en el cabal ejercicio de sus derechos fundamentales.”

Posteriormente en Sentencia T-635 de 2001 MP Manuel José Cepeda Espinosa la Corte anotó:

“Cuando una E.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S., demora la prestación del servicio de salud requerido por una persona que padece una enfermedad catastrófica, vulnera el derecho a la vida de ésta. Solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud a personas en situaciones tan graves como la que atraviesa Martha Ligia Sánchez Pérez”.

Finalmente, y solo a manera de ejemplo, en Sentencia T- 095 de 2005 MP Clara Ines Vargas Hernández, se ampararon los derechos de una mujer de la tercera edad, a quien le había sido diagnosticado “BX de cervix de carcinoma epidermoide, infiltrante moderadamente diferenciada”, que requería de la práctica de una radioterapia para el tratamiento de la enfermedad. Pese a esta situación, la EPS accionada se negaba a autorizar el referido tratamiento manifestando que no tenía contrato con ninguna entidad y que, por lo tanto, debería esperar a que se formalizara la contratación. En dicha oportunidad, esta Sala consideró que “habiendo sido remitida por la accionada para la práctica de radioterapia, este procedimiento no le había sido practicado a la fecha de la tutela argumentando problemas de contratación, por lo cual debe concluirse que la entidad accionada quebrantó sus derechos fundamentales pues dilató injustificadamente el tratamiento ordenado por los médicos tratantes, poniendo en riesgo su vida.”

En síntesis, la demora en la prestación del servicio médico asistencial originada en trámites administrativos o presupuestales desconoce abiertamente los derechos de los pacientes, pues prolonga en el tiempo sus padecimientos, agravando su estado de salud y, de contera, vulnera sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad.

2.4 Suministro de medicamentos, exámenes, procedimientos o tratamientos no incluidos en el POS. Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha señalado 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 la sentencia T-928 de 2003, M.P. 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 una 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 requisitos:<sup>15</sup>

“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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“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.”<sup>16</sup>

Los mismos criterios se han venido teniendo en cuenta para los casos en que el Comité Técnico Científico de una E.P.S. no autoriza un servicio excluido del P.O.S.<sup>17</sup> Así en la sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, refiriéndose a tales requisitos la Corte señaló:

“El que un reglamento en términos abstractos no viole la Constitución, no garantiza que ello sea así en todos y cada uno de los casos concretos en que dicho reglamento deba ser aplicado. Esta razón ha llevado a la Corte a fijar, a través de su jurisprudencia, los requisitos que justifican el que una E.P.S. suministre un medicamento o preste un tratamiento que no esté incluido en el P.O.S. (ver apartado 2.1. de los considerandos). Así pues, alegar, solamente, que el medicamento no está contemplado por el P.O.S., no constituye una razón suficiente para que el Comité Técnico Científico niegue un medicamento ordenado por el médico tratante.<sup>18</sup>

4.2. La jurisprudencia constitucional también ha considerado contrario a la Constitución que el Comité Técnico Científico niegue el medicamento ordenado por el médico tratante únicamente en razón a que no existe un riesgo inminente para la vida y salud del paciente. Como ya se señaló (ver aparte 3.2.2. de los considerandos), aunque la Resolución 5061 de 1997 señala como requisito para que el Comité pueda autorizar la entrega de un medicamento no contemplado en el P.O.S., precisamente, que ‘debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva’ (artículo 4º, letra b), la jurisprudencia ha indicado que la noción de ‘vida’ protegida por la Constitución, va más allá del mero funcionamiento fisiológico del organismo. La Carta Política garantiza a los colombianos el derecho a gozar de una vida digna, lo cual comprende un ámbito de la existencia más amplio que el físico. Frente a este tipo de eventos, y después de valorar las circunstancias de cada caso, el juez de tutela debe inaplicar la norma regulatoria, para pasar a aplicar, directamente, la Constitución.<sup>19</sup> Indicar que la vida no corre un riesgo inminente no es, entonces, una razón válida para negar el medicamento ordenado por el médico tratante.”

Así pues, en los casos que se trata de personas que requieren 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 Corte ha explicado que en estos casos 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.

El cumplimiento de las anteriores condiciones obliga a la E.P.S. a prestar 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 FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes.<sup>20</sup>

## 1. Solución del Caso Concreto.

Para resolver el caso encuentra la Sala que el accionante reclama del ente accionado, la entrega de un medicamento y la práctica de un examen que requiere con urgencia. Por su parte, el ISS se niega a autorizar el suministro del medicamento por estar excluido del POS, así como tampoco emite la orden de apoyo para la practica del examen, hasta tanto no se realice el contrato con el especialista.

Conforme los hechos y la jurisprudencia constitucional reseñada anteriormente, estima la Sala que en el presente caso se vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social de Carlos García, como pasa ha demostrarse a continuación.

Resulta claro que el accionante padece una patología denominada “carcinoma papilar de células transicionales grado II”<sup>21</sup> a la altura de la vejiga, motivo por el cual requiere que le sea practicada una cistoscopia y le sea suministrado el medicamento MITOMICIN, ampollas por 20 mg, como parte del tratamiento de su enfermedad.

Ante tal situación, con la negativa del ISS de autorizar la realización de la cistoscopia, con el argumento de esperar hasta la firma del contrato con el especialista para proceder a tal efecto, y de no suministrar el medicamento que requiere el señor García para controlar la enfermedad, con el fundamento de que éste no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, se están afectando gravemente sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social, teniendo en cuenta que se trata de una persona mayor de 65 años, sujeto de especial protección. Igualmente, se está atentando contra los principios de eficiencia y oportunidad en la prestación del servicio de salud.

En efecto, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades<sup>22</sup> se ha referido a la necesidad de que la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS sea oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.

Frente a la negativa del ISS de emitir la orden de apoyo para la realización del examen, encuentra la Sala reprochable la negligencia de la EPS accionada al negarse a autorizar la práctica de la cistoscopia, teniendo en cuenta que es un examen que se encuentra incluido dentro del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, regulado por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, en el artículo 73, nomenclatura 18703 y clasificación 04.

En esa medida, tal y como lo estableció la Sala anteriormente, cuando una entidad de salud demora la prestación del servicio requerido, pretextando la existencia de trámites burocráticos y administrativos, tales como el vencimiento de un contrato con una IPS, o la inexistencia de contratos para atender un patología específica, vulnera los derechos fundamentales de los pacientes. Por lo tanto, no resulta normal que se niegue o dilate la autorización de exámenes de tipo diagnóstico, que han prescrito los médicos tratantes y que se encuentran incluidos dentro del POS, por cuanto es claro que ésta situación pone en riesgo la vida, la salud y la dignidad de personas, que ven cada vez más distante las posibilidades para reestablecer sus condiciones de salud.

Ahora bien, de cara a la falta del suministro del MITOMICIN por encontrarse excluido del POS, aprecia la Sala que en el presente caso, se cumplen con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional, para inaplicar la reglamentación expedida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud:

\* La falta del medicamento amenaza los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del accionante, si se tiene en cuenta que la enfermedad que padece es catalogada como ruinoso o catastrófica, según declaración de la Dirección Departamental de Salud del Cauca. (ver folios 41 al 43).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

\* Se trata de un medicamento que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, en la medida en que dentro de los argumentos esgrimidos por la EPS accionada no se aprecia que puedan ser sustituidos por otros que sí estén incluidos en el POS. De otro lado, contrario a lo afirmado por la Dirección Departamental de Salud del Cauca, en cuanto a que el medicamento no se encuentra registrado en Colombia, y que por tanto, su formulación en el territorio nacional es ilegal, la Sala encontró que revisada la página Web del INVIMA<sup>23</sup>, se pudo verificar que el medicamento Mitomicina si se encuentra registrado en Colombia, bajo el registro sanitario M-011001, con estado de registro vigente, y con fecha de vencimiento de registro el 22 de junio de 2008.

\* El paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento, según se desprende de lo afirmado por el accionante en la demanda de tutela, cuando sostiene que las inyecciones son muy costosas, son de uso permanente, y su presupuesto como pensionado realmente no le alcanza para comprarlas, máxime cuando tiene una familia que depende de él. En cuanto a sus ingresos económicos, se circunscriben a lo que recibe como mesada pensional, que según consta en el expediente (folio 2) equivale a la suma de \$749.396. Tales afirmaciones no fueron controvertidas por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen.<sup>24</sup> De cara a la incapacidad económica del accionante, encuentra la Sala que el juez de tutela no puede abstenerse de conceder el amparo, argumentando simplemente que no se demostró la incapacidad económica de los accionantes, pues su deber es garantizar los derechos fundamentales, para lo cual podrá hacer uso de la facultad oficiosa que le es reconocida. En tal sentido, la Corte ha sostenido que: “es deber del juez de tutela decretar de oficio las pruebas pertinentes al caso y de otro,

que la inactividad del juez al respecto no puede constituirse en una razón para la negación de la protección de un derecho fundamental, más aún cuando se ha reiterado constantemente que la declaración o afirmación del accionante en ciertos casos, es suficiente para probar tal incapacidad".25

\* El medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halla afiliado el demandante. Pese a que el juez de segunda instancia, consideró que el medicamento fue prescrito por un médico en consulta particular, motivo por el cual determinó que no podía obligar al ISS a suministrarlo, y si bien el accionante en su demanda de tutela afirma haber acudido a un especialista particular para corroborar si era posible cambiar el medicamento y el examen, de las pruebas que obran en el expediente se tiene que en el informe de patología resultado de la intervención quirúrgica que le fue realizada al accionante, expedido por la Compañía de Patólogos del Cauca (folio 3), aparece como entidad remitente el Instituto de Seguros Sociales, y como médico tratante el Doctor Arroyo, especialista que a su vez, resulta ser el médico que receta el medicamento y ordena la cistoscopia (folios 4 al 6) lo cual no fue cuestionado por la citada entidad promotora de salud. Recuérdese que el procedimiento fue negado únicamente por no estar incluido en el POS. Por ende, se concluye que el procedimiento fue ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS accionada.

En ese orden de ideas, la Sala ordenará al Instituto de Seguro Social, Seccional Cauca, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, emita la orden de apoyo para la práctica de la cistoscopia, así como que disponga todo lo necesario para su efectiva realización y suministre el medicamento Mitomicin ampollas de 20 mg., para aplicación intravena requeridos por el accionante, en los términos prescritos por su médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

Por tratarse de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, el Instituto de Seguro

Social, Seccional Cauca podrá reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- aquellos valores que legalmente no esta obligada a sufragar<sup>26</sup>.

#### 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,

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil-Laboral, y en su lugar, CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud , a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas de Carlos García en el asunto de la referencia, por las razones y en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Instituto de Seguro Social, Seccional Cauca, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, emita la orden de apoyo para la práctica de la cistoscopia, así como que disponga todo lo necesario para su efectiva realización y suministre el medicamento Mitomicin ampollas de 20 mg., para aplicación intravena requeridos por Carlos García, en los términos prescritos por su médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

TERCERO: DECLARAR que si el Instituto de Seguro Social lo considera necesario puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA- aquellos valores que no está obligado a soportar.

CUARTO: 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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado



ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver Folio 3 del expediente.

2 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

3 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

4 Sentencia T-540 de 2002, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

5 Artículo 201 Ley 100 de 1993

6 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

7 Artículo 202 Ley 100 de 1993

8 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

9 Artículo 28 Decreto 806 de 1998.

10 Artículo 7 Decreto 806 de 1998.

11 Artículo 28 Decreto 806 de 1998

12 Artículo 177 Ley 100 de 1993

13 Cfr. sentencia T-428 de 1998.

14 Cfr. Sentencias T-428 de 1998, T-059 de 1997 y T-109/99.

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

16 Sentencia T-300/01, T-593/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

17 Sentencias T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 En la sentencia T-414/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se ordenó a una E.P.S. suministrar Hormona de Crecimiento, medicamento recetado por el médico tratante a una niña con Síndrome de Turner, que había negado el Comité Técnico Científico porque no estaba contemplado en el P.O.S. De igual forma en la T-786/01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, se ordenó entregar el medicamento prescrito por el médico tratante a un niño de tres años que sufría una lesión cerebral degenerativa, a pesar de estar excluido del P.O.S. y que el Comité Técnico Científico había negado su entrega por tal razón.

19 Además de la sentencia T-722/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), citada previamente, en la que se inaplica el literal b del artículo 4° de la Resolución 5061 de 1997, puede verse la

sentencia T-566/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), donde se ordenó a una E.P.S. que en el término de 48 horas remitiera a una afiliada al médico tratante para que este fijara qué hacer en el caso de una menor que padecía Síndrome de Poland -no desarrollo del seno derecho-, que había sido negado inicialmente por considerar que se trataba de un procedimiento estético.

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

21 Ver Folio 3 del expediente.

22 Corte Constitucional Sentencia T-111 de 1993 MP. Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-889 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia T-808 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

23 Verificado en la página [www.invima.gov.co](http://www.invima.gov.co)

24 En similar sentido ver Sentencias: T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-861 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández , T-279 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-699 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

25 Sentencia T-819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 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.