

T-115-13

Sentencia T-115/13

DERECHO A LA SALUD-Garantía iusfundamental

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-  
Requisitos

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-  
Corresponsabilidad entre el ente territorial y la EPS del régimen subsidiado

En diversos pronunciamientos esta Corporación ha definido que cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen. Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, son el Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS-S se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de medicamentos para la artritis y recobro contra el Fosyga

Referencia: expediente T- 3.659.257

Acción de tutela presentada por Miryan Anaya Hernández contra Mutual Ser, Empresa Solidaria de Salud.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

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

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Promiscuo Municipal de Talaigua Nuevo, Bolívar y por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mompox, Bolívar, en primera y segunda instancia, respectivamente.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

El 13 de abril de 2012 Myrian Anaya Hernández presentó acción de tutela contra Mutual Ser-Empresa Solidaria de Salud, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social.

Señaló la accionante que se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud y en el nivel 1 de la encuesta Sisben; que la entidad demandada no le ha entregado unos medicamentos ("Abatacept, ampollas de 250 mg 8 unidades, Metrotrexate de 2.5, 60 unidades. Sulfalacirina, 120, Voltarem, Diprofox, Troxbofial) prescritos por su médico para afrontar la

enfermedad de Artritis Crónica Reumatoidea, por cuanto no se encuentran en el POS. Adujo, adicionalmente, que el 2 de septiembre de 2011 le fue diagnosticada Osteopenia y agregó que necesita prontamente la medicina, porque su vida está en peligro y no cuenta con los medios económicos para sufragarlos.

## 2. Solicitud de tutela

Por lo anterior solicitó que “se declare que los actos OMISIVOS efectuados por la entidad de salud, MUTUAL SER, EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD, y en los cuales me ignora mi formulación médica, omitiendo la entrega de los medicamentos dictaminados por los galenos y mi solicitud a ellos de la asistencia médica adecuada, son violatorios de mis derechos fundamentales”; “que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la entidad de salud, MUTUAL SER, EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD, me resuelvan y solucionen mi padecimiento haciendo entrega en forma inmediata y total la medicación que me sea recetada por los especialistas o médicos generales del caso, en forma permanente, de tal manera que se pueda sobrellevar y mitigar mi actual padecimiento”.

## 3. Intervención de la entidad accionada

La acción de tutela fue tramitada en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Talaigua Nuevo, Bolívar, quien admitió la demanda y ordenó notificar la misma a Mutual Ser, Empresa Solidaria de Salud.

La entidad accionada solicitó ser absuelta respecto de las pretensiones de esta acción de tutela. Señaló que de ampararse los derechos de la accionante el obligado es el ente territorial con los recursos de “subsidio a la oferta”, por lo que solicitó vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, de conformidad con los artículos 43.2.1 de la Ley 715 de 2001, 20 de la Ley 1122 de 2007; 4° de la Resolución 5334 del 2008 y 31 del Decreto 806 de 1998. Agregó que en caso de ordenar el suministro de manera directa por la EPS-S, se permita recobrar al Fosyga por los gastos en que se incurra por no estar cubiertos por el POS-S.

Manifestó que la accionante sí pertenece al régimen subsidiado y que el Comité Técnico Científico negó la solicitud de los medicamentos al evaluarla a la luz de la Resolución No. 00000548 del año 2010.

#### 4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fórmulas médicas en las que a la accionante:

a. El doctor William Antonio Puche Ruíz le prescribe el 3 de abril de 2007 “Abatacept 250 ampolla 8 inicio (2), 15 días (2), 30 días (2), 60 días (2)” (fl. 4 cdno. 1ª instancia).

b. El doctor internista-gastroenterólogo Beder Pérez Assia le prescribe el 23 de abril de 2011 “Metotexate 2,5 30 1/día, Sulfalascirina 500 60 1 tabl c/12 horas; Diprofos 2ml dosis única; Voltaren 100 30 1/día” (fl. 5 cdno. 1ª instancia).

d. El doctor internista-gastroenterólogo Beder Pérez Assia le prescribe el 12 de noviembre de 2011 “dde conax (...)” (fl. 7 cdno. 1ª instancia).

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 27 de abril de 2012, el Juzgado Promiscuo Municipal de Talaigua Nuevo, Bolívar resolvió amparar los derechos de la accionante y, en consecuencia, ordenar a la entidad accionada “que en el término improrrogable (...) de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo o de recibido del oficio notificadorio, sin demora, practiquen o desarrollen para el bien de la afectada, toda normatividad que busque u oriente sobre la optimización del servicio que le presta y debe prestar en el futuro, esto es, la consecución y suministro, de manera permanente, del medicamento denominado ABATACEPT, AMPOLLAS DE 250 MG, 8 unidades; METROTREXATE de 2.5, 60 unidades; SULFALACIRINA, 120; VOLTAREM, DIPROFOX; y TROXBOFIAL, por padecer de la enfermedad ARTRITIS CRÓNICA REUMOIDE, o enfermedad denominada, hoy OSTEOPENIA, igualmente todo por los motivos esbozados en la parte motiva de esta providencia”.

Consideró que “estando de por medio la vida de la referida interesada, no se puede, por ser corto el tiempo para decidir la acción de tutela, retrotraerla para que comparezca como parte otro ente, de quien también se presume no conoce del caso (...)” y concluyó: “se encuentra que hay una amenaza, por la exclusión de los medicamentos, para los derechos constitucionales fundamentales de la paciente por parte de la accionada; no se dijo que el medicamento excluido no puede ser sustituido por otro de la misma efectividad; no se ha dicho que los medicamentos solicitados son prescritos por un médico que no es adscrito a

Mutual EPS, o por el contrario prescritos por un médico adscrito; empero, si ha manifestado la paciente que no puede sufragar el costo de los medicamentos, por la condición económica que tiene”. Agregó que “esta acción de tutela no está dada para el cobro alegado, ya que presumiblemente la Empresa accionada cuenta con los mecanismos suficientes para actuar sobre el recobro anunciado”.

La entidad demandada impugnó la anterior decisión. Argumentó que la obligación recae en la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar y que ante el Fosyga se deben efectuar los respectivos cobros cuando se trata de medicamentos, tratamientos o exámenes no incluidos en el POS, por lo que solicitó que se “revoque el fallo de tutela (...) declare improcedente (...) en relación con la administradora del régimen subsidiado (...); en el caso que ordene que esta organización autorice el suministro (...) solicitamos (...) nos ordene realizar el proceso de recobro ante el Fosyga”.

El 25 de julio de 2012 el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mompox, Bolívar resolvió “revocar el fallo de fecha 27 de abril, expedido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Talaigua Nuevo, Bolívar (...) Como consecuencia de lo anterior, no se accederá a la tutela de los derechos constitucionales fundamentales”.

Consideró que no está probado en el expediente el diagnóstico de la accionante y que Osteopenia es la disminución de la densidad ósea, por lo que “no se prueba el estado de gravedad de la tutelante, de tal manera que pueda decirse que se afecta la integridad personal y la vida (...)” y que “los medicamentos que se pretenden, los prescribe un especialista gastroenterólogo, que nada tiene que ver con la supuesta afección, pues no hay en la litis historia médica donde se muestre esta relación, o que este especialista se refiere a ello”. Agregó que no existe prueba de que se hubiera efectuado el trámite de que el medicamento no pueda ser sustituido por otro y que no está acreditado que el servicio médico lo haya prescrito un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que “no se cumple con la totalidad de las condiciones decantadas por la Corte Constitucional para que se pueda suministrar medicamentos no POS”.

### III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Diez, mediante

auto del 24 de octubre de 2012, dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

## 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

## 2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

2.2 El 12 de diciembre de 2012 la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar señaló que “corresponde a la Entidad Promotora de Salud, en el caso, MUTUAL SER EPS-S, suministrar los medicamentos METOTREXATF DE 2.5, SULFASALAZINA DE 500, DIPROFOX DE 2ML, VOLTAREM 100, en tanto que es la encargada directa de desplegar todas las gestiones propias del aseguramiento en salud siempre que sean solicitados, y resulten necesarios para salvaguardar dicha prerrogativa, aún tratándose de aquellos correspondientes a las excluidas en los Planes Obligatorios de Salud”.

2.3 El 22 de enero de 2012 el magistrado ponente, en razón a la ausencia de elementos probatorios, solicitó a Mutual Ser- Empresa Solidaria de Salud que informara a este despacho judicial la enfermedad o enfermedades que le han sido diagnosticadas a Myrian Anaya Hernández, su padecimiento actual y si para el tratamiento de las mismas son necesarios los medicamentos solicitados mediante esta acción de tutela (Abatacept, ampollas de 250 mg 8 unidades, Metotrexate de 2.5, 60 unidades. Sulfalacirina, 120, Voltarem, Diprofox, Troxbofial).

Asimismo, se le requirió para que informara acerca de las razones por las cuales el Comité Técnico Científico negó los medicamentos requeridos por Myrian Anaya Hernández mediante esta acción de tutela y para que anexara copia del respectivo documento.

2.4 La entidad accionada señaló que el Comité Técnico Científico no ha negado los medicamentos solicitados por la accionante; que han autorizado los servicios requeridos por la misma y que se suspendió el suministro del medicamento “abatacep y sulfasalazina 500 mg tabletas” por orden médica y mejora en el estado de salud de la demandante. Agregó

que “no se evidencian autorizaciones de servicios de otros medicamentos ligados a su patóloga (sic), debido a que no se requiere expedir la autorización de servicios por ser un evento capitado”.

Como sustento a su defensa anexa copia de autorizaciones de servicio en las que consta:

No. de Autorización

Fecha de autorización

Medicamento

1318800007137

3-05-2012 al 02-06-2012

-Abatacep Ampollas 250 Mg

-Voltarem Retard 100MG Grageas (Diclofenaco)

-Diprofos 1 ML Inyectable (Betametasona 5mg + 2mg)-

1318800007165

7-05-2012 al 06-06-2012

Metotrexato 2.5 Mg de base tableta

1318800007209

11-05-2012 al 10-06-2012

Sulfasalazina 500 mg Tableta

1318800007459

19-06-2012 al 19-07-2012

-Metrotexato Sódico 2.5 Mg

-Sulfasalazina 500 mg

1318800007893

30-07-2012 al 29-08-2012

-Metotrexato sódico 2.5 Mg

-Sulfasalazina 500 mg

1318800008728

02-10-2012 al 1-11-2012

### 3. CONSIDERACIONES

#### 3.1 Problema jurídico y esquema de resolución

Pasa la Sala a determinar si los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de Myrian Anaya Hernández fueron vulnerados por la EPS-S accionada al no suministrarle los medicamentos por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

A fin de resolver lo anterior, esta Sala reiterará i) su jurisprudencia general sobre el derecho a la salud; ii) los requisitos para que sea suministrado un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud y iii) la corresponsabilidad entre la EPS del régimen subsidiado y el ente territorial de satisfacer la obligación de suministro de medicamentos excluidos del POS. Cumplido lo anterior, pasará a resolver el caso concreto.

i) El derecho a la salud. Reiteración Jurisprudencial.

1. La Constitución Política se refiere a la salud como un servicio público de carácter esencial y como un derecho. Así, es considerado un servicio público de carácter obligatorio (artículo 48) que implica la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios para su promoción, protección y recuperación (artículo 49) y está previsto de manera expresa como un derecho fundamental de los niños (artículo 44) y como una

garantía de protección especial para la personas de la tercera edad (artículo 46) y para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 47).

2. La salud, ha determinado la Corte, es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”[1], ello por que “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal”[2].

3. Con la garantía del derecho a la salud el individuo tiene la facultad de desarrollar las diferentes funciones y actividades innatas al ser humano, lo que permite a su vez elevar el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un proyecto de vida, ejecutando de esta forma derechos relacionados con la libertad, principio básico de la estructura estatal[3]. De este modo, la facultad de exigir el amparo del derecho a la salud se deriva de las circunstancias particulares en que se encuentra el presunto afectado, pues son las que permitirán definir su vulneración por la transgresión directa a la dignidad humana.

Esta Corporación en sentencia de tutela T- 760 de 2008, citando la sentencia T- 227 de 2003, respecto de la relación entre el derecho a la salud y la dignidad humana y la derivación del carácter fundamental del primero definió que:

“(…) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos

esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...)”[4].

Así, se ha reconocido la procedencia del amparo vía tutela del derecho a la salud cuando el mismo se traduce en un derecho de contenido subjetivo. Al respecto, en la sentencia T-126 de 2010 se señaló que:

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela (...)”[5].

En otros términos, “la naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u

otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”[6].

4. A fin de hacer efectivo el derecho a la salud, la Constitución Política facultó al legislador para crear un sistema de seguridad social. Así, por medio de la Ley 100 de 1993, se estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, implementado con el objetivo de “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para la obtención de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”[7], en el que se crearon obligaciones al Estado y a la sociedad, y se dispuso de instituciones y recursos con el fin de garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y demás servicios complementarios.

En razón de dicha cobertura, se estableció que todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud “recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales que será denominado Plan Obligatorio de Salud”[8] y el suministro de este plan está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud-EPS-[9]. La referida normatividad establece que en el Sistema de Seguridad Social coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud (artículo 201 de la Ley 100 de 1993). La afiliación a estos sistemas se establece de acuerdo con la capacidad de pago del afiliado, de este modo si ‘no la poseen’ estarán afiliados al régimen subsidiado y si ‘si la poseen’ estarán inscritos al régimen contributivo (artículo 157 de la Ley 100 de 1993).

5. De este modo, la garantía del derecho a la salud está salvaguardada en la Constitución y en la ley, que en procura de lograr el bienestar general del ser humano ha estructurado un sistema general de seguridad social para satisfacerlo.

ii) Requisitos para que sea suministrado un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración Jurisprudencial

6. Con la implementación del Plan Obligatorio de Salud -POS se pretende la satisfacción de los servicios que requiere el paciente en virtud del diagnóstico y el procedimiento ordenado por el médico tratante en aras de conservar una vida digna.

Esta Corporación ha definido que en el evento en que determinados servicios de salud no se encuentren en el referido Plan, éstos se deben prestar siempre que satisfagan los presupuestos indicados por la jurisprudencia y de cuyo cumplimiento se permite inferir que se trata de una prestación de carácter fundamental para el sujeto afectado. En otros términos, la garantía constitucional de protección al derecho a la salud prima sobre las disposiciones normativas de menor rango que establecen un determinado plan de prestación de servicios.

7. De este modo, la supremacía de la Constitución Política sobre las normas del POS que determinan la exclusión de un medicamento, tratamiento o servicio y, la consecuente justiciabilidad de las prestaciones excluidas, es procedente, según lo ha determinado esta Corte[10], “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[11]”. Cuando se trata de medicamentos no incluidos en el POS, el ordenamiento legal le impuso a las Empresas Promotoras de Salud (EPS) la creación de un Comité Técnico Científico con la función, entre otras, de garantizar su suministro[12] cuando esté en riesgo el derecho a la vida o a la salud del paciente.

9. Con base en lo expuesto, se concluye que el Estado asumió el deber de garantizar el derecho a la salud de todas las personas que lo requieren, incluso en el evento en que la prestación solicitada no se encuentre en un plan de servicios previamente indicado, siempre que se cumpla los postulados definidos por la jurisprudencia de esta Corporación.

iii) Corresponsabilidad entre el ente territorial -regla general- y la EPS del régimen subsidiado- excepcional- de satisfacer la obligación de suministro de medicamentos excluidos del POS. Reiteración Jurisprudencial

10. En diversos pronunciamientos esta Corporación ha definido[13] que cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación

principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen.

Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, son el Decreto 806 de 1998[14] y la Ley 715 de 2001[15]. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud[16].

11. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS-S se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS[17].

En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional[18], tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS[19]. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad[20], más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional[21], y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza.

#### Caso concreto

12. Con base en los fundamentos jurídicos señalados y el supuesto de hecho que soportan la acción constitucional, esta Sala revocará la sentencia proferida en segunda instancia, mediante la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y, en su lugar, confirmará, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de primera instancia que amparó el derecho a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de la demandante.

En este escenario, es relevante destacar los siguientes aspectos fácticos que se encuentran acreditados en el expediente: (i) las fórmulas médicas de la accionante datan de fechas anteriores a la presentación de la tutela; (ii) la acción de tutela se presentó el 13 de abril de 2012; (iii) la EPS-S accionada había justificado la negativa a su suministro porque los medicamentos solicitados estaban por fuera del POS; (iv) el 27 de abril de la misma anualidad el juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales alegados, sentencia que fue revocada posteriormente por el juez de segunda instancia y (v) ante este despacho judicial informó la EPS-S accionada que desde mayo de 2012 le viene suministrando a la accionante los medicamentos solicitados.

13. Así, en primer lugar, constata esta Sala que los medicamentos que requiere la accionante no se encuentran en el POS del Régimen Subsidiado, pues luego de revisarse el Acuerdo 029 de 2011 “por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, se concluye que en el mismo no se encuentran amparadas las fórmulas allegadas por la demandante. Afirmación en la que coincide la entidad accionada. Empero, como quedó de manera explícita en las consideraciones de esta sentencia, este hecho no exonera a la EPS-S, de su efectivo suministro a favor de la accionante, conservando ésta el derecho a recobrar al Estado por ser éste el directamente responsable de la prestación.

Confirma la Sala que la accionante requiere del suministro de unos medicamentos para superar la afección de salud. Esta afirmación se deriva de las órdenes médicas anexadas con la demanda de tutela en las que consta la prescripción de unos medicamentos a su favor y la efectiva entrega de los mismos por parte de la EPS-S accionada, lo que permite inferir su necesidad de suministro y, por ende, que su falta de provisión implicaba la afectación a la salud y una desmejora en la calidad de vida de la accionante. De este modo, advierte esta Sala la configuración del primer requisito jurisprudencial para garantizar el acceso a los medicamentos excluidos del POS, esto es, que la falta de servicio afecta la integridad de quien lo requiere.

Para efectos de confirmar los requisitos siguientes, esta Sala considera necesario interpretar el hecho de que la EPS-S accionada actualmente está entregando los medicamentos requeridos por la accionante y que ante el requerimiento efectuado por esta Corporación en relación con la salud de la paciente, no hizo referencia a que los

medicamentos mencionados pudieran ser sustituidos y a que el servicio médico fuera ordenado por un médico ajeno a la EPS-S a la cual se encuentra afiliada la accionante.

Ahora, en lo que se refiere a la incapacidad económica de la accionante para sufragar el costo de los medicamentos, advierte la Sala que la demandante se encuentra en el régimen subsidiado- nivel 1 del sisben[22], lo que implica que se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad y que carece de recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas.

De este modo, considera esta Sala que deben ser suministrados los medicamentos que requiere la accionante, en aras de satisfacer su derecho a la salud. Ahora bien, quien debe suministrar estos medicamentos, en este caso, es la EPS-S accionada con la facultad de efectuar el recobro al Estado en la subcuenta específica para este rubro en el Fosyga, por cuanto la accionante requiere de la provisión inmediata de estos medicamentos, urgencia que se deriva de la situación particular en la que se encuentra y que le impide someterse a un proceso de acompañamiento y de trámites administrativos ante el ente territorial que dilataría la mejora de su estado de salud. Recuerda la Sala que la accionante es un adulto mayor[23], con escasos recursos económicos, que padece de una artritis crónica reumatoidea y de osteopenia que le impiden el desarrollo de una vida digna.

14. Con base en lo expuesto y como quedó señalado, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mompox, confirmará el amparo decretado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Talaigua Nuevo, Bolívar y advertirá a la EPS-S accionada que por el suministro de los medicamentos no POS tiene la facultad de recobrar al Fosyga los gastos en que incurra.

15. No obstante lo precedentemente expuesto, la amenaza contra el derecho fundamental a la salud, a la vida y a la seguridad social de la accionante cesó, pues según informa la EPS accionada a la demandante se le están suministrando los medicamentos requeridos, luego no existe un objeto actual -amenaza o vulneración de los derechos fundamentales- sobre el cual realizar un pronunciamiento en sede constitucional. En virtud de lo anterior, se ordenará a la entidad accionada que continúe suministrando los medicamentos solicitados por la accionante mediante esta acción de tutela de conformidad con las prescripciones médicas.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Segundo.- En consecuencia, ordenar a la EPS Mutual-Ser Empresa Solidaria de Salud, que continúe suministrando efectivamente a la accionante, los medicamentos que requiere y que fueron solicitados mediante esta acción de tutela, de conformidad con las prescripciones médicas.

Tercero.- Facultar a EPS Mutual-Ser Empresa Solidaria de Salud a recobrar ante el Fosyga los gastos en que incurra por el suministro a favor de Miryan Anaya Hernández de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y que fueron objeto de esta acción constitucional.

Cuarto.- DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

[1] Consultar sentencia de tutela 597-93, 1218-04, 361-07 entre otras.

[2] Sentencias de tutela 224-97, 722-01 949-04 y 515-07.

[3] T-527-08.

[4] Al respecto, continúa la sentencia: “Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno al reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones. || Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para

predicar el respeto por dicho valor.” Sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

[5] Sentencia T-760 de 2008.

[6] Sentencia T- 859 de 2003.

[7] Artículo 1° de la Ley 100 de 1993.

[8] Literal c) artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

[9] Literal e) ibídem.

[10] Entre muchas otras sentencia de tutela ver SU-819-99, T-1047-02, T-112-04, T-750-04, T-666-04., T-760-08.

[11] Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-557 y T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-1079 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En 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.”

[12] Esta Corporación en sentencia de tutela T-760-08 al referirse a la función de los Comités Técnico Científicos señaló: “Al finalizar el año 1997, en el mes de diciembre, la administración resolvió ajustar la regulación existente a los mandatos constitucionales

vigentes, acogiendo la decisión de garantizar el acceso de algunos servicios de salud no contemplados en el plan obligatorio de salud, con el fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y el derecho a la vida a las personas. Expresamente, el primer inciso del artículo 8° del Acuerdo 83 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud señalaba: 'para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo'. La misma norma, en su último inciso, resolvió dar la competencia para tomar estas decisiones a los Comités Técnicos Científicos que se deberían crear en todas las entidades de salud. Los Comités Técnicos Científicos habían sido contemplados por la Ley 100 de 1993 (art. 188) para resolver, en primera instancia, las reclamaciones acerca de 'hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud', en especial cualquier tipo de discriminación. Ahora se les daba a los Comités la competencia para garantizar el acceso a servicios de salud no contemplados en plan obligatorio de salud, pero sólo en el caso de los medicamentos "no incluidos" en el manual oficialmente adoptado".

[13] T-864-10, T-972-10 entre otras.

[14] Así, el artículo 31 del Decreto 806 de 1998 establece que el afiliado que requiere este tipo de servicios "podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes".

[15] Y por su parte el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 establece que: "Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de

servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”.

[16] T-053-02, reiterada en la T- 972-10.

[17] T-250-06, T-385-07.

[18] Por regla general la EPS del Régimen Subsidiado no tienen la obligación de suministrar los procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, la Resolución 3384 de 2000 en su artículo 8 dice lo siguiente: “Responsabilidad de las administradoras del régimen subsidiado frente a los procedimientos y suministros NO POS-S incluidos en las guías de atención. De conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las actividades, procedimientos e intervenciones establecidos en las guías de atención y no incluidos en el POS-S, no son de carácter obligatorio para las ARS y en consecuencia ellas no serán responsables de la realización ni financiación de los mismos. Éstas tendrán prioridad para ser atendidas en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, para el efecto con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”.

[19] Antes de la sentencia T- 760 de 2008 los recobros de la EPS del Régimen Subsidiado por los servicios de salud que se suministraran y que se encontraran excluidos del POS se hacían ante el Fosyga, muestra de esta tendencia se dio en la sentencias T-1048-03, T-165-07, T-799-06. De igual forma antes de la referida sentencia también se facultaba a la EPS el recobro a la dirección territorial de salud del respectivo departamento T-799-06. En la sentencia del año 2008 se definió “que cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda”. Igual consideración se tomó en la sentencia C- 463-08 al señalar que “con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. (...). En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición

deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001". Tesis reiterada en la T- 922-09. En lo que respecta a los procedimientos para recobrar, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 3099 de 2008 en el que se reguló el procedimiento de recobro a Fosyga y se reconoció que los recobros cuando se trata del régimen subsidiado corresponde efectuarlos a las respectivas entidades territoriales, sin determinar el procedimiento que se debe seguir antes éstas, este factor sumado a que las entidades territoriales no cuentan con una asignación de recursos para cubrir el gasto en que se incurre por el suministro de servicios en salud que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, conduce a que el recobro se siga efectuando ante el Fosyga como se ve en sentencia T-864-10 y T-972-10 entre otras.

[20] T-864-10, T- 593 y 1048-03.

[22] A las personas que se encuentran en este nivel del Sisben ni siquiera les cobran copagos o cuotas moderadoras., debido precisamente a la carencia de recursos económicos. Así, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 determinó como una de las reglas adicionales para la operación del Sistema de Salud que "g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace". Esta norma, ha dicho la jurisprudencia es compatible "con el objetivo perseguido por el régimen subsidiado de salud y el SISBEN, esto es, la efectividad del principio de solidaridad, puesto que dichas figuras se convierten en herramientas básicas para lograr el verdadero favorecimiento de los sectores más sensibles y desprotegidos, ya que persigue hacer realidad el aprovechamiento del gasto social" (T-310-06, T-829-04).

[23] La accionante nació el 6 de febrero de 1952, por lo que a la fecha posee 60 años de edad. Así, conforme con el artículo 7 de la Ley 1276 de 2009 es un adulto mayor.