

Sentencia T-1167/04

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para suministro de medicamento excluido del POS

La Corte ha decantado una sólida jurisprudencia que conmina al juez de tutela a autorizar la entrega de dichos medicamentos cuando se presenta el lleno de cuatro requisitos: (i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenaza los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) se trata de un medicamento que no puede 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; (iii) el paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema; (iv) el medicamento fue prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halla afiliado el demandante.

DERECHO A LA SALUD-Entrega oportuna de medicamentos

DERECHO A LA SALUD-Atención de órdenes prescritas por médico tratante

Referencia: expediente T-960890

Acción de tutela instaurada por la señora Ana Silvia Peña de Gardezabal contra el Instituto de Seguro Social

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito en el trámite de la acción de tutela iniciada por la señora Ana Silvia Peña de Gardeazábal contra el Instituto de Seguro Social.

### I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el 22 de junio de 2004, la señora Ana Silvia Peña de Gardeazábal solicita el amparo de su derecho fundamental a la vida en conexidad con el derecho a la salud, presuntamente violados por la entidad demandada.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

#### 1. Hechos.

1.1 La actora, ciudadana colombiana de 74 años de edad, es pensionada del Instituto de Seguros Sociales.

1.2 Señala que es una paciente con cáncer de mama y con antecedente de tratamiento quirúrgico de extirpación de seno. Indica que sus diagnósticos actuales son Osteoporosis y control de cáncer

1.3. Cuenta que el 12 de agosto de 2003, en acta numero 130, el Comité Técnico Científico de la entidad demandada autorizó que se le suministrara por tres meses el medicamento alendronato sódico por 10 mg., no incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), con el fin de contrarrestar la Osteoporosis que la aqueja, “por presentar ventajas de fijación de calcio al hueso, mejoramiento de la calidad ósea, prevención de fracturas” 1.

Señala que la entidad demandada le hizo dos entregas del citado medicamento, pero que no le hizo entrega de la tercera, quedando así incompleto el tratamiento autorizado por el Comité Técnico Científico del ISS.

1.4 Por otra parte, señala que la médico tratante le ha prescrito de manera regular el uso del medicamento Tamoxifen por 20 mg, incluido en el Plan Obligatorio de Salud por disposición

del Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS.

Manifiesta que desde el mes de febrero de 2004 ha solicitado al ISS el Tamoxifen por 20 mg, presentando siempre fórmula expedida por el médico tratante, y que la entidad no le ha hecho entrega del medicamento aduciendo no contar con disponibilidad del mismo.

1.5 Por último, indica que la falta de suministro de los medicamentos anotados le está causando graves perjuicios en su salud, ya que no cuenta con recursos económicos propios suficientes para sufragar el costo del tratamiento y éste se ha visto interrumpido.

Con fundamento en tales hechos, la señora Peña de Gardezabal hace la siguiente:

## 2. Solicitud

La actora exhorta a la autoridad judicial para que ampare los derechos fundamentales presuntamente violados por la demandada y en consecuencia :

“1ª. Que se ordene al Instituto de Seguros Sociales hacer entrega de los medicamentos Alendronato Sódico por 10 mg y Tamoxifen por 20 mg., de acuerdo con la formulación expedida por los médicos tratantes, de manera ininterrumpida por el tiempo que sea necesario para preservar mi salud

2ª. Que se ordene a la EPS efectuar el reembolso del dinero que he invertido en la compra de los medicamentos que ha dejado de suministrarme y que soporto con las facturas anexas.

3ª Que con fundamento en este fallo se indique a la EPS la aplicación de la resolución 2949 de octubre de 2003, para el recobro que corresponde ante el FOSYGA”

## 3. Trámite de instancia.

3.3 Surtido el trámite arriba indicado, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a la solicitud de amparo de la actora.

En relación con la entrega del medicamento denominado Alendronato Sódico por 10 mg, el demandado manifiesta que cuando éste fue formulado a la paciente y autorizado por el

Comité Técnico Científico, le fue entregado en las cantidades prescritas. En este sentido -precisa- cumplió con su obligación, ya que no consta en su base de datos que la actora haya hecho una solicitud posterior encaminada a obtener este fármaco.

Indica también que el medicamento Tamoxifen por 20 mg ya fue reservado telefónicamente en la farmacia del CAA Central y que se encuentra disponible para que, en cualquier momento, pueda ser reclamado por la señora Peña de Gardeazábal. En este sentido -concluye- existe un hecho superado.

Por último aduce que no se encuentra demostrado que la demandante no cuente con la capacidad económica para solventar el pago de los medicamentos o procedimientos que, como el Aldendronato Sódico, se encuentran excluidos del POS.

#### 4. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Ana Silvia Peña de Gadeazábal (Folio 5)
- Copia de la Tarjeta de Comprobación de Derechos para Pensionados, expedida por el Instituto de Seguros Sociales a nombre de la señora Ana Silvia Peña Gardeazábal (Folio 6)
- Comprobantes de pago a pensionados, correspondientes al mes de abril de 2004. (Folios 7-8)
- Fórmula médica de 23 de marzo de 2004 (Folio 9)
- Fórmula médica de 21 de abril de 2004 (Folio 10)
- Fórmula médica de 8 de agosto de 2003 (Folio 11)
- Fórmula médica de 14 de noviembre de 2003 (Folio 12)
- Copia de Formato para Justificación de Medicamentos Fuera del Plan Obligatorio de Salud, de 27 de marzo de 2003. (Folio 13)
- Copia la autorización por parte del Comité Técnico Científico del ISS para la entrega por tres (3) meses del medicamento Alendronato Sódico. De fecha 12 de agosto de 2003 (Folio 14)

- Copia de Formato de Interconsulta médica de 27 de marzo de 2003. (Folio 15)
- Copia de Hoja de Evolución Médica de 1 de diciembre de 2003. (Folio 16)
- Copia de Formato de Contrarreferencia a primer nivel de atención. (Folio 17)

## II. LA SENTENCIA QUE SE REvisa

### 1. Sentencia de instancia

Mediante sentencia de 9 de julio de 2004, el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá decidió negar el amparo solicitado por la actora.

Consideró el Juez que no se encontraba demostrado que el tratamiento con Alendronato Sódico hubiera sido prescrito de forma permanente, sino por el contrario por un período de tres meses, por lo que mal podía imputarse al demandado violación alguna de los derechos de la actora cuando había cumplido con lo prescrito.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela dictado en la acción iniciada por la señora Ana Silvia Peña de Gardeazábal contra el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en Auto de la Sala de Selección Número Ocho de agosto 27 de 2004.

### 2. Problema Jurídico.

En el presente caso esta Sala debe establecer si se ha vulnerado el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida, de la señora Ana Silvia Peña de Gardeazábal, teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales no le entrega los medicamentos Alendronato Sódico por 10 mg. y Tamoxifen por 20 mg; el primero por encontrarse excluido del POS y haber sido autorizada su entrega por parte del Comité Técnico Científico de la entidad tan solo para los meses de agosto, septiembre y octubre de 2003, el segundo por no encontrarse disponible en su farmacias.

En el desarrollo de tal problema jurídico, esta Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la autorización de medicamentos excluidos del POS y, de igual manera, en lo que refiere a la entrega oportuna de los medicamentos por parte de las EPS.

Para concluir, abordará el estudio del caso concreto.

3. Autorización de medicamentos excluidos del POS y la entrega oportuna de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud. Reiteración de Jurisprudencia.

3.1 En innumerables oportunidades ha indicado esta Corporación que la exclusión de un medicamento del Plan Obligatorio de Salud no puede servir como pretexto para que, comprometiendo la salud de los usuarios del sistema de seguridad social ante la falta de entrega de éstos, se afecten los derechos fundamentales de aquellos.

En este mismo sentido, la Corte ha decantado una sólida jurisprudencia que conmina al juez de tutela a autorizar la entrega de dichos medicamentos cuando se presenta el lleno de cuatro requisitos: (i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenaza los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) se trata de un medicamento que no puede 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; (iii) el paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema; (iv) el medicamento fue prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halla afiliado el demandante.<sup>2</sup>

3.2. Ahora bien, esta Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con la falta de entrega oportuna de los medicamentos que sí se encuentran incluidos en el POS, pero que por causas ajenas a la relación entre el usuario del sistema y la EPS no pueden ser puestas a disposición de éste.

En tal sentido tiene dicho que, por cuanto la dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal

e, incluso, la vida del afectado, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible<sup>3</sup>.

De igual manera, ha expresado esta Corporación que el usuario del sistema de seguridad social en salud es titular de un derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, y que éste puede ser protegido a través de la acción de tutela cuando su interrupción vulnera por conexidad derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la dignidad de la persona<sup>4</sup>.

#### 4. Estudio del Caso Concreto.

4.1 En el caso bajo estudio, la señora Ana Silvia Peña de Gardezabal considera violado su derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, porque el Instituto de Seguros Sociales le niega la entrega del medicamento Alendronato Sódico por 10 mg, excluido del POS, cuya entrega había autorizado durante tres meses del año 2003; además porque no le ha suministrado el fármaco Tamoxifen por 20 mg, este sí incluido en el POS, porque no hay existencias de tal medicamento en su farmacia.

4.2 La Sala estudiará en primer orden lo relacionado con la falta de suministro por parte de la entidad demandada del Alendronato Sódico por 10 mg.

Debe reiterar entonces que tal medicamento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y que, por tanto, para establecer si existe o no violación de los derechos fundamentales de la actora, se debe verificar si la situación bajo estudio cumple con el lleno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para estos eventos.

4.2.1 Así las cosas, en relación con la amenaza de derechos como la vida o la integridad personal, ha de señalarse aquí que existe prueba de que la persona interesada en la entrega del fármaco pertenece, sin duda alguna, al grupo de especial protección constitucional de la tercera edad. Además de ello, la actora se encuentra en tratamiento de una enfermedad, el cáncer, que es catastrófica.

No obstante, en este punto debe indicarse que el Alendronato Sódico -existe prueba de ello en el expediente- fue formulado con ocasión del otro padecimiento de la señora Peña de

Gardezabal: la osteoporosis que sufre.

4.2.2 En cuanto a la posibilidad de sustituir el Alendronato Sódico recetado por otro medicamento que sí se encuentre incluido en el POS, esta Sala no encuentra prueba alguna de que esto sea posible y por tanto considera que no es posible la sustitución señalada.

4.2.3 En relación con la imposibilidad que tiene la demandante de sufragar con recursos propios el costo del medicamento formulado excluido del POS, debe señalar la Sala que la actora hace una negación indefinida en el sentido de carecer de medios económicos para hacer la erogación que implica la compra del Alendronato Sódico.

Ha sido doctrina de esta Corporación que cuando los peticionarios hacen una negación de esta índole, la carga de la prueba sobre la existencia de recursos económicos propios y suficientes se invierte y corresponde a la entidad demandada hacer las probanzas en este sentido.<sup>5</sup>

En el caso bajo estudio, el Instituto de Seguros Sociales no demostró la inexistencia de la falta de recursos económicos de la señora Peña Gardezabal, por lo que ante la negación indefinida de ésta debe entenderse que dicha situación existe.

4.2.4. ¿El Alendronato Sódico fue prescrito por un médico tratante de la entidad demandada?. En el expediente se observa con toda claridad que esto fue así en el mes de agosto de 2003, cuando el Comité Técnico Científico de la Entidad demandada autorizó la entrega del medicamento en una cantidad de 90 píldoras. Al decir de la actora, el Alendronato Sódico le fue entregado en los meses de agosto y septiembre de ese año, quedando la entidad en mora de suministrarle 30 píldoras correspondientes a octubre de 2003. Por el contrario, el ISS afirma haber entregado todo lo que el Comité Técnico Científico había autorizado. Ahora bien, dado el tiempo que ha transcurrido desde entonces, prácticamente un año, es indiferente lo que haya pasado realmente en relación con la entrega de las 30 tableta del mes de octubre pues, con posterioridad a tal momento, la actora ha recibido nuevas prescripciones médicas, le han sido recetados nuevos medicamentos y el tiempo que ha pasado desvirtúa el requisito de inmediatez que debe estar presente en las solicitudes de amparo por vía de la acción de tutela.

En las pruebas que la actora misma aporta, no observa la Sala que el Alendronato Sódico

tenga prescripción actual por parte de un médico adscrito a la entidad y por eso concluye la Sala que el amparo no debe ser concedido en lo relacionado con este medicamento.

4.3 Ahora bien, la Sala debe estudiar aquellos aspectos del caso relacionados con la entrega del Tamoxifen por 20 mg.

Como ya se dejó escrito en las consideraciones generales de esta sentencia, se pueden lesionar los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, cuando una EPS retrasa la entrega de medicamentos que, incluidos en el POS, han sido prescritos por el médico tratante.

De acuerdo con las pruebas que existen en el expediente, el presente caso se amolda al supuesto presentado. Observa la Sala que la entrega por parte de la entidad demandada del Tamoxifen ha sido irregular y no se ha adecuado a las cantidades prescritas en las fórmulas médicas. Así, por ejemplo, en el mes de marzo de 2004, la actora tenía prescritas treinta tabletas cuya entrega quedó pendiente, tal y como se infiere del sello que así lo señala, impuesto en la fórmula<sup>6</sup>.

Debe pues la Sala señalar que la usuaria de los servicios médicos del Instituto de Seguros Sociales es titular de un derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, y que éste deberá ser protegido en esta ocasión a través de la acción de tutela pues se observa que la irregularidad del tratamiento amenaza el derecho fundamental a la integridad física de la señora Peña Gardeazábal. Además, debe tenerse en cuenta que la gravedad de la situación de falta de continuidad en la prestación de los servicios médicos requeridos por la actora se agrava, teniendo en cuenta que ésta pertenece a la tercera edad y que se encuentra en recuperación de una grave enfermedad como el cáncer.

En este sentido sólo queda precisar, en contra de lo que alega la entidad demandada acerca de la configuración de un hecho superado porque el Tamoxifen por 20 mg ya se encuentra disponible en su farmacia para que sea entregado a la actora, que tal hecho superado no existe, pues éste sólo se configura cuando el hecho que originó la lesión o amenaza del derecho fundamental cesó del todo, mas no con la mera expectativa de su desaparición.

4.4. Así pues, esta Sala procederá a revocar la sentencia de instancia que revisa y en su lugar concederá el amparo al derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud,

en conexidad con el derecho fundamental a la integridad personal de la actora, señora Ana Silvia Peña de Gardezabal. Por ende ordenará al Instituto de Seguros Sociales que en lo sucesivo entregue a la paciente, de manera oportuna y de acuerdo con las fórmulas de los médicos tratantes de la señora, los medicamentos que ésta requiera, en especial aquel denominado Tamoxifen por 20 mg.

#### IV. DECISIÓN.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el nueve (9) de julio de 2004 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá por medio de la cual negó el amparo deprecado por la señora Ana Silvia Peña de Gardezabal en la el proceso de tutela que ésta inició contra el Instituto de Seguros Sociales.

En su lugar, CONCEDER a la actora el amparo al derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, en conexidad con el derecho fundamental a la integridad personal.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en lo sucesivo entregue a la señora Ana Silvia Peña de Gardezabal, de manera oportuna y de acuerdo con las fórmulas de los médicos tratantes de la señora, los medicamentos que ésta requiere, en especial aquel denominado Tamoxifen por 20 mg.

Tercero. LÍBRESE por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Folio 1

2 Recientemente la Corte Constitucional ha reiterado la doctrina expuesta, entre muchas otras, en las Sentencias T-858/04, T-843/04, T-833/04, T-794/04 y T-744/04.

3 Ver, entre otras T-062/04 y T-027/99.

4 Ver, entre otras T-480/04, T-324/03, T-027/99 y T-624/97.

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

o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad". Dado entonces el carácter excepcional de la acción de tutela, no toda omisión de un particular encargado de la prestación del servicio público de salud lleva consigo la procedencia de la acción de tutela. Corresponde al juez de tutela examinar el caso concreto, para determinar si se dan las circunstancias que ameritan acceder a lo pedido. Descendiendo a las particulares circunstancias de este caso, para esta Sala es concluyente la afirmación del juez de instancia que al valorar el material probatorio existente llega a la certeza de que los padres del menor tienen bienes propios y cuentan por ende con la solvencia suficiente para costear los medicamentos que se reclaman por vía de tutela." Ver Sentencias T-752 de 2004 y T-683 de 2003, entre otras.