

Sentencia T-159/08

(Febrero 19 de 2008)

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Suministro de medicamento oftálmico excluido del POS

Para el caso, está acreditado que la falta de suministro del medicamento formulado al actor afecta su derecho a la salud, a la integridad personal y al goce de una vida digna por hallarse próximo a la ceguera, debido a la alta presión que padece en ambos ojos con la consecuente y grave lesión del nervio óptico. También aparece demostrado que el medicamento requerido por el actor para el tratamiento de la enfermedad de glaucoma avanzado que padece en los dos ojos, es la gota oftálmica 'travatan', con la cual se busca controlar la presión intraocular. Debe resaltarse que el médico tratante, quien pertenece a la entidad accionada a la cual se halla afiliado el paciente, no contempló la posibilidad de sustitución del medicamento formulado por otro del no menor nivel de efectividad incluido en el POS, de donde se infiere su necesidad.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Afirmación en cuanto a no poder sufragar costo de medicamento

En cuanto a la incapacidad económica del accionante, esta Corporación ha indicado que “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”, correspondiendo a la entidad demandada demostrar lo contrario. En la medida que las EPS o ARS poseen información sobre la situación socioeconómica de sus afiliados, se hallan en capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su estado económico, por lo cual su inactividad probatoria otorga validez a las afirmaciones del accionante.

Referencia: expediente T-1.686.854

Fallo de tutela a revisar: Sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, del 6 de junio

de 2007 (2ª instancia), confirmatoria de la sentencia del Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, del 17 de abril de 2007 (1ª instancia).

Accionante: Alfonso Zambrano Moreno.

Accionado: Instituto del Seguro Social -Seccional Santander-.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

ANTECEDENTES.

### 1. Pretensión.

El actor instauró acción de tutela<sup>1</sup> para el amparo del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, los que encuentra vulnerados con la decisión de la entidad accionada<sup>2</sup> de no suministrarle el medicamento travatan -gotas oftálmicas-, que le fuera formulado para tratar un glaucoma que padece en ambos ojos. Por lo que solicita la autorización y suministro del fármaco.

### 2. Respuesta de la entidad demandada.

La accionada afirma que la tutela no procede por lo siguiente: i) el medicamento solicitado está excluido del Plan Obligatorio de Salud; ii) existen fármacos sustitutos en el POS, como timolol solución oftálmica y acetazolamida tabletas.

Adicionalmente solicita se decreten pruebas demostrativas de la incapacidad económica del actor y, en caso de fallo adverso, se autorice su recobro al FOSYGA.

### 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Diagnóstico y Formulación del medicamento-. El médico tratante, adscrito a la entidad accionada, le prescribió las gotas oftálmicas “travatan”, para atender el glaucoma de ángulo abierto que le ha deteriorado el campo visual. (fotocopias de las formulas medicas, folios 7-9 del expediente)

3.3. Solicitud de suministro del medicamento y negación del mismo-. Por ser un medicamento no POS el accionante interpuso ante la entidad accionada derecho de petición para solicitar la entrega del fármaco. El Comité Médico Científico de esa entidad lo negó el 13 de febrero de 2007, por existir otros medicamentos sustitutos dentro del POS para tratar la patología que padece. (fotocopia de la respuesta del Comité Técnico del ISS, folio 6 del expediente).

3.4 Actuación Judicial. Admitida la demanda por el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, éste ordenó requerir al Dr. Juan Camilo Parra, para que suministrara a ese Despacho la información relacionada con la salud del paciente, la necesidad del fármaco solicitado, la cantidad y periodicidad en que se debe utilizar el mismo y la duración del tratamiento.

3.5 Concepto emitido por el médico tratante. En respuesta del 2 de abril de 2007, el oftalmólogo tratante expresa al juzgado: i) el medicamento formulado lo requiere el paciente dado que presenta “presiones intraoculares muy altas” -antes de llegar al láser tenía una presión de 28 mmhg en ambos ojos-; ii) de no suministrarle el tratamiento ocurriría un daño irreversible del nervio óptico con la consecuente ceguera; iii) el tratamiento debe ser suministrado mensualmente y en forma permanente, para poder conservar la salud del nervio óptico (folio 21 del expediente).

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Fallo de Primera Instancia (Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Bucaramanga):

Decisión: Deniega el amparo.

Razón de la decisión: existencia de medicamentos sustitutos dentro del POS, como son los fármacos: timolol solución oftálmica y acetazolamida tabletas.

4.2. Fallo de Segunda Instancia (Tribunal Administrativo de Santander):

Decisión: Confirma la providencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 4 de Octubre de 2007 de Sala de Selección de Tutela No. 10 de la Corte Constitucional.

## 5. Problema jurídico

Esta sala de revisión debe determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida del actor, al negarse a suministrar un medicamento no POS, que fue formulado por su médico tratante.

La Sala estudiará (i) el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas de la tercera edad; (ii) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la prestación de servicios médicos no contemplados en el POS; (iii) se referirá al carácter administrativo de las decisiones de los comités técnicos científicos y la prevalencia de la fórmula médica emitida por el especialista tratante. Luego procederá a resolver el caso concreto.

### 5.1 Carácter fundamental autónomo del derecho a la salud en el caso de los adultos mayores. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha expresado que el derecho a la salud puede ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, cuando su amenaza o lesión compromete la efectividad de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida y la dignidad personal. Bajo tal condición, corresponde al juez constitucional tomar las medidas de protección que permitan garantizar su efectividad inmediata<sup>3</sup>.

Tratándose de personas en condición de debilidad y sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47)<sup>4</sup>, la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo<sup>5</sup> para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela, merced a sus especiales características de vulnerabilidad y su conexidad con los derechos de rango superior, tales como la vida y a la dignidad humana<sup>6</sup>. En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que necesiten, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.<sup>7</sup>

## 5.2. Inaplicación de las normas de exclusión establecidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado:

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la C.P. y de la Ley 100 de 1993, se profirió el Decreto 806 de 1998, reglamentario del servicio público esencial de seguridad social en salud. Allí se previó que los planes de beneficios, en particular el Plan Obligatorio de Salud (POS), pudieran tener exclusiones y limitaciones de servicios, con fundamento en el criterio de la escasez de recursos del sistema y en el carácter programático y de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales.

Cuatro requisitos deben verificar las autoridades para otorgar la protección del derecho a la salud en casos concretos e inaplicar normas reglamentarias del POS, a saber: i) La falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física. ii) El medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. iii) El paciente no puede sufragar el costo de lo requerido. iv) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio<sup>9</sup>.

### 5.3 Las decisiones de los Comités Técnicos Científicos no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte ha sostenido que el Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud, no es un órgano de carácter técnico sino administrativo, “que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S.”<sup>10</sup>. A dicho organismo se ha encomendado la misión de autorizar las prescripciones médicas de fármacos que se encuentren excluidos del P.O.S., y que fueron ordenados por el médico tratante al afiliado. Sin embargo, su decisión no puede, en todos los casos, prevalecer sobre la del médico tratante, y menos cuando él mismo ha confirmado la necesidad de suministrarle el medicamento, como es el caso.

En oportunidades anteriores la Corte ha sostenido que “la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la EPS, prevalece sobre la que niega la entrega” <sup>11</sup>. Así, no basta que el Comité Técnico Científico aduzca la existencia de sustitutos

del medicamento prescrito: es necesario que el médico tratante determine, dentro de las posibilidades de servicio, la que más convenga a la salud del paciente. En ese sentido sostuvo la Corte en la Sentencia T-1083 de 2003, lo siguiente:

“... La decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del plan obligatorio de salud, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.

## 6. Análisis del caso concreto.

### 6.1. Presupuestos para el suministro de medicamento no contemplado en el POS.

Para el caso, está acreditado que la falta de suministro del medicamento formulado al actor afecta su derecho a la salud, a la integridad personal y al goce de una vida digna por hallarse próximo a la ceguera, debido a la alta presión que padece en ambos ojos con la consecuente y grave lesión del nervio óptico.

También aparece demostrado que el medicamento requerido por el actor para el tratamiento de la enfermedad de glaucoma avanzado que padece en los dos ojos, es la gota oftálmica ‘travatan’, con la cual se busca controlar la presión intraocular. Debe resaltarse que el médico tratante, quien pertenece a la entidad accionada a la cual se halla afiliado el paciente, no contempló la posibilidad de sustitución del medicamento formulado por otro del no menor nivel de efectividad incluido en el POS, de donde se infiere su necesidad<sup>12</sup>.

En cuanto a la incapacidad económica del accionante, esta Corporación<sup>13</sup> ha indicado que “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”, correspondiendo a la entidad demandada demostrar lo contrario<sup>14</sup>. En la medida que las EPS o ARS poseen información sobre la situación socioeconómica de sus afiliados, se hallan en capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su estado económico<sup>15</sup>, por lo cual su inactividad probatoria otorga validez a las afirmaciones del

accionante.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del Señor Zambrano Moreno.

## 6.2. Conclusión

Lo anterior conduce a que esta Sala de revisión proceda a revocar las providencias adoptadas que en su momento no ampararon los derechos fundamentales de la tutelante. Por lo tanto, se dará la orden al ISS -Seccional Santander-, para que autorice el suministro del medicamento mencionado, que requiere para la recuperación de su salud y que se encuentren excluido del POS, siempre y cuando este sea ordenado por el médico tratante adscrito a la misma.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Santander, el seis (6) de junio del dos mil siete (2007), que a su vez confirmó la sentencia dictada el diecisiete (17) de abril del dos mil siete (2007), por el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, que negó la tutela incoada por Alfonso Zambrano Moreno contra el Instituto del Seguro Social, Seccional Santander. En su lugar, se decide AMPARAR los derechos a la salud y a la vida digna del demandante.

Segundo.- ORDENAR al Instituto del Seguro Social, Seccional Santander o a quien haga sus veces, que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice el suministro del medicamento Travatan -gotas oftálmicas, basado en la orden del médico tratante adscrito a la entidad demandada.

Tercero.- ADVERTIR a la accionada que de la posibilidad de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), si ha ello hubiere lugar

de acuerdo con la normatividad respectiva, en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el POS, si legalmente hubiere lugar a ello.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Marzo 22 del 2007.

2 Febrero 13 de 2007.

3 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: SU-111 de 1997, SU-039 de 1998, T-489 de 1998, T-171 de 1999, T-1036 de 2000, T-264 de 2004 y T-013 de 2006.

4 La Constitución Política de 1991 amplió el marco de protección de aquellas personas que en razón de sus especiales condiciones físicas, mentales o económicas requieren de garantías que les permitan vivir dignamente.

5 Ver Sentencia T-666 de 2004.

6 Ver entre otras las Sentencia T-171 de 2005.

7 Ver Sentencias T-420 de 2007 y T-989 de 2005

8 Corte Constitucional, Sentencias T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

9 Estas condiciones han sido reiteradas en diversos fallos como T-840, T-766, T-420, T-299, T-073 de 2007, T-045 de 2007, T-044 de 2007, T-038 de 2007, T-028 de 2007, T-026 de 2007, T-936 de 2006, T-384 de 2006, T- 928 de 2003

10 Sentencias T-873 y T-840 de 2007, T-071de 2006, T-1164 de 2005, T-344 de 2002.

11 Sentencias T-820de 2007, T-926 de 2004, entre otras.

12 Folio 23 del expediente.

13 Ver entre otras Sentencias T-820 de 2007 y T-683de 2003.

14 Para el caso se trata de un pensionado de más de 62 años de edad (Folio 5 del cuaderno 2º expediente)

15 Al respecto, en la Sentencia T-260 de 2004 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) se señaló lo siguiente: “El accionante también afirma en su demanda no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen recomendado, lo que no fue controvertido por la entidad accionada, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen”. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) y la T-523 de 2001 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.