

Sentencia T-277-09

-Sala Cuarta de Revisión-

Referencia: expediente T-2122200.

Accionante:

Alvarado Vega Lusmira.

Demandado:

Secretaria de Salud Departamental del Cesar.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado lo siguiente:

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Valledupar, dentro de la acción de tutela instaurada por AGUSTÍN FLOREZ CUELLO, actuando en su calidad de Defensor del Pueblo Seccional Cesar, en representación de la señora LUSMIRA ALVARADO VEGA contra la Secretaría de Salud Departamental del Cesar.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Solicitud.

La señora LUSMIRA ALVARADO VEGA, presentó acción de tutela el día 15 de Agosto del

2008 contra la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, por considerar que esta entidad le ha vulnerando sus derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida digna.

## 1. Reseña Fáctica.

1. La accionante de 44 años de edad, manifiesta que es participante vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto, le ampara el derecho a recibir los servicios de salud y seguridad social con carácter integral y por cuenta de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, que es la entidad a quien le corresponde prestar la atención médica que requiera.

1. Advierte que su médico tratante le diagnosticó la enfermedad ARTRITIS REUMATOIDEA, la cual le produce fuertes dolores en las articulaciones y le dificulta sensiblemente sus desplazamientos, así como la realización, en condiciones normales de sus actividades diarias.

1. Para tratar dicha patología el médico tratante le formuló los siguientes medicamentos: INFLIXIMAB (Remicade)<sup>1</sup>, METOTREXATE, ACIDO FÓLICO, PREDNISOLONE, NAPROXENO, ACETAMINOFÉN y OMEPRAZOL, los cuales fueron suministrados por el Centro farmacéutico, excepto el medicamento INFLIXIMAB y la práctica de INFILTRACIONES, que no han sido autorizados.

1. Para efecto de que le fueran entregados el medicamento y la autorización del procedimiento, aduce la accionante, que acudió reiteradamente a la Secretaría de Salud Departamental, a través de peticiones verbales, las cuales le han sido negadas reiteradamente por la entidad demandada argumentando que el medicamento

INFLIXIMAB y las INFILTRACIONES no fueron justificados.

1. Ante la negativa de la entidad de suministrar el medicamento y el procedimiento prescrito, se dirigió a la Defensoría del Pueblo, Seccional del Cesar, con el fin de que esta entidad intercediera en su nombre.

1. Como consecuencia de lo anterior, el Defensor del Pueblo tramitó la queja instaurada por la accionante y le solicitó por escrito a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar que “Comunique las diligencias adelantadas en atención a las peticiones presentadas por la señora LUSMIRA ALVARADO VEGA”.

1. La Secretaría de Salud Departamental le manifiesta por escrito a la Defensoría del pueblo, Seccional del Cesar, que lo requerido fue ordenado el día 8 de julio a través de la orden No. 35206.

1. En la orden No. 35206 remitida al Dispensario Farmaservicios de la Costa, la Secretaría de Salud Departamental del Cesar sugiere no atender a la paciente sin la previa autorización en los casos en que esta sea necesaria.

1. Dicha entidad no autorizó el suministro del medicamento INFLIXIMAB y las prácticas de infiltraciones, por considerar que no se encontraban justificadas por el médico tratante en la historia clínica de la accionante.

La demandante señala, que la actuación de la entidad demandada ha vulnerado sus derechos fundamentales al no autorizar el medicamento e infiltraciones que le fueron prescritos por el médico tratante los que solicitó directamente y a través de la Defensoría de Pueblo, Seccional del Cesar.

Sostiene, que el no suministro en forma completa del tratamiento indicado, le ocasiona, como consecuencia, la desmejora de su calidad de vida, así como la imposibilidad de desarrollar, en condiciones normales, sus actividades cotidianas.

A partir de lo anterior, la accionante solicita que se ordene a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar que, de manera inmediata, proceda a autorizar y a hacer entrega real y efectiva del medicamento INFLIXIMAB, como también que se ordene la práctica de INFILTRACIONES, todo ello según las indicaciones de su médico tratante.

Como complemento de lo anterior, solicita, que adicionalmente, se le provea el servicio médico integral que necesite.

#### 4. Oposición a la demanda de tutela.

El Juez Segundo de Familia de Valledupar admitió la demanda y corrió traslado a la entidad demandada para que se pronunciara sobre los hechos.

Mediante escrito de fecha del 21 de agosto del 2008, la Secretaría de Salud Departamental del Cesar dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos: señaló, en primer lugar, que a la accionante no se le proporcionó el medicamento INFLIXIMAB (Remicade), “por no estar justificado el medicamento que además de ser comercial, no está registrado en la historia clínica como ordenado por el médico tratante”. Esta dependencia complementa al respecto, que no puede entregar un medicamento que aparezca relacionado en la fórmula médica y no expresamente en el historial clínico, por que se incurriría en el delito de prevaricato.

Precisó, además, que el medicamento señalado es de carácter comercial, de lo cual se desprende que su formulación debe ser soportada con una justificación en donde se establezca el por qué no se acudió a uno de carácter genérico y reiteró que, previo al suministro del medicamento formulado, debe existir una orden del Comité Técnico Científico en la que autorice la entrega del medicamento.

Sostiene que, una vez notificada de la decisión de la entidad, la accionante debió acudir de manera directa nuevamente al médico tratante para que fuera este quien complementara la solicitud y proceder así al debido suministro del medicamento y a la

práctica de las infiltraciones.

Considera que, en todo caso, la Defensoría debió a su vez oficiar al médico tratante para que se justificara lo requerido.

Por lo anteriormente expuesto considera la accionada que no ha incurrido en la vulneración de derecho fundamental alguno, como quiera que la actora no ha cumplido con los requisitos indispensables para recibir el medicamento y tratamiento requeridos.

5. Pruebas que obran en el expediente.

a. Copia de la Recepción de Peticiones de la Defensoría del Pueblo No.080702634-05, con fecha 7 de julio del 2008 (folio 5).

b. Copia de la fórmula suscrita por el médico tratante el Dr. Fredy Pumarejo Valle quien formuló el medicamento INFLIXIMAB (Remicade) el 3 de julio del 2008 (folio 6).

c. Copia de la certificación de la encuesta realizada por el SISBEN con fecha del 11 de diciembre del 2003 (folio 6).

d. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante (folio 6).

e. Copia de la Historia Clínica de la paciente, emitida el 3 de julio del 2008, que lleva la firma de su médico tratante adscrito al Hospital Rosario Pumarejo de López, en la cual se indica: "La paciente padece de un proceso inflamatorio poliarticular severo, sin respuesta al METOTREXATE. Se sugiere iniciar terapia biológica INFLIXIMAB (Remicade)" (folio 7-8).

g. Copia del oficio No. DPSCES 6005-2463, con fecha 8 de julio del 2008, procedente de la Defensoría del Pueblo, por medio del cual se le solicita a la demandada las diligencias adelantadas en atención a las peticiones de la accionante (folio 10).

h. Copia de la respuesta procedente de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, con fecha 16 de julio del 2008, por medio del cual se pronuncia sobre la queja de Ref: 2008201959 instaurada por la accionante ante la Defensoría del Pueblo (folio 11).

i. Relación de la totalidad de órdenes emitidas por la Secretaría de Salud

Departamental del Cesar a la paciente Lusmira Alvarado Vega (folio 12)

j. Copia de la notificación, con fecha 21 de julio del 2008, a la accionante de la respuesta dada por de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar a la queja instaurada ante la Defensoría del Pueblo y copia de la solicitud de la Acción de Tutela por parte de la accionante a la Defensoría del Pueblo, Seccional del Cesar, con fecha 21 de julio del 2008 (folio 13).

k. Copia de la orden No.35206, con fecha 8 de julio del 2008, emitida por la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, por medio de la cual, autoriza al Dispensario Farmaservicios de la Costa, la atención de la paciente Lusmira Alvarado Vega (folio 19).

l. Copia de las formulas médicas donde constan los medicamentos que fueron autorizados por la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, con fecha 13 de julio de 2008 (Folio 22).

## II. DECISIÓN DE INSTANCIA

El Juez Segundo de Familia de Valledupar, mediante sentencia del 1 de Septiembre del 2008, denegó la solicitud de amparo al considerar que el proceder de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar estuvo acorde con el ordenamiento legal, el cual establece que, para efectos del estudio que debe efectuar el Comité Técnico Científico, es indispensable cumplir con una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la debida justificación por parte del médico tratante donde manifieste la necesidad de proporcionarle a la paciente un medicamento que se encuentra excluido del POS, así como que los medicamentos y los servicios médicos formulados estén registrados en la historia clínica.

Conforme con ello el A quo consideró, que la actora no cumplió con los requisitos indispensables para que la entidad demandada le autorizara un medicamento no POS, razón por la cual no habría lugar a que esta acción prosperara. Resaltó la importancia de cumplir con el procedimiento establecido para obtener el medicamento y el procedimiento formulado.

La decisión de la instancia no fue impugnada.

### III. CONSIDERACIONES.

#### 1. Competencia.

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para examinar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

##### 2.1 Legitimación activa

En esa orientación, la Constitución Política establece, en su artículo 862, que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En efecto, el Decreto 2591 de 1991, faculta al Defensor del Pueblo para que sea este el que interponga la acción de tutela, en aras de proteger los derechos fundamentales que se presuman vulnerados, facultad que se deriva de la naturaleza misma de este cargo. Al respecto, la Constitución Política en su artículo 282 señala:

“El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los

derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Invocar el derecho de hábeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados”.

A su vez, el Decreto 2591 de 1991, en el artículo 46, reglamenta lo concerniente a la “Tutela y el Defensor del Pueblo” para lo cual establece:

“Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que este en situación de desamparo o indefensión.

Artículo 47 Parte. Cuando el Defensor del Pueblo interponga la acción de tutela será junto con el agraviado, parte en el proceso”.

En el caso concreto, presenta la acción de tutela el Defensor de Pueblo, Seccional del Cesar, quien manifiesta, de manera expresa, que lo hace en representación de la señora Lusmira Alvarado Vega, titular de los derechos presuntamente vulnerados.

Conforme los artículos 86 y 282 de la Constitución Política y el artículo 10 y 46 del Decreto 2591 de 1991 se reitera, el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para la presentación de la acción de tutela.

## 2.2 Legitimación por pasiva.

La Secretaría de Salud del Departamento del Cesar, en su condición de autoridad pública, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, conforme con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

## 3. Problema Jurídico.

Corresponde a la Corte Constitucional establecer, si la Secretaría de Salud del Departamento del Cesar ha venido desconociendo los derechos fundamentales de la actora, a la seguridad social y a la vida digna, al negarse a autorizar el suministro del medicamento INFLIXIMAB y la práctica de INFILTRACIONES, argumentando que las

formulas emitidas por el médico tratante no se encuentran justificada en el historial clínico de la paciente.

Para el efecto, esta Corporación procederá a precisar el concepto del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela, las generalidades del Régimen Subsidiado de Salud especificando las calidades de los participantes vinculados, así como las competencias propias de las entidades territoriales llamadas a prestar el servicio de salud a aquellas personas que se encuentran en dicha condición. Sobre el asunto, la Corte Constitucional ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, motivo por el cual, esta Sala reiterará de la Jurisprudencia Constitucional.

4. Protección del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela.  
Reiteración de jurisprudencia.

La Seguridad Social se encuentra contemplada en el artículo 483 de la Constitución Política, con una doble connotación jurídica. Una, como derecho de todas las personas. Otra, como un servicio público. De acuerdo con el segundo aspecto, al Estado le corresponde la dirección, coordinación y control de su prestación, con el propósito de lograr la protección de las personas. En cuanto derecho, la jurisprudencia constitucional definió su naturaleza como prestacional, cuya garantía se materializa progresivamente.

En consecuencia, la seguridad social, como derecho prestacional requiere para su goce efectivo que se le de un contenido concreto a través del desarrollo legislativo y de la provisión de los recursos y estructura necesarios para tal fin, de tal manera que se constituya en un derecho de naturaleza subjetiva<sup>4</sup>.

Es en este sentido, en el que la Corte Constitucional ha reconocido que el acceso a un servicio de salud que se requiere, previsto en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. En este punto, es pertinente precisar que, conforme con la jurisprudencia constitucional, el carácter fundamental de un derecho no está sujeto a la acción mediante la cual se procura su protección<sup>5</sup>.

Precisamente, en desarrollo de los citados derroteros, la seguridad social ha sido desarrollada por el legislador a través de la ley 100 de 1993 y demás regulaciones sobre la materia, por medio de la cual, se creó un sistema institucional, normativo y

prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios específicos que requieren. En este sentido, la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, el Decreto 806 de 1998, “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, el acuerdo 306 de 2005 “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado” y la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del Plan Obligatorio de Salud En el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, entre otras normas, han materializado derechos subjetivos en favor de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en tanto diseñaron planes Obligatorios de Salud a los que pueden acceder las personas para mantener o reestablecer su salud.<sup>6</sup>

Ahora bien, como consecuencias de las limitaciones de los recursos del sistema, atendiendo al carácter programático y el desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, se establecieron una serie de exclusiones al Plan Obligatorio de Salud <sup>7</sup>, las cuales se definen como: “Aquellas que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”. Estas limitaciones o exclusiones son constitucionalmente admisibles, toda vez que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela procede para la protección del derecho fundamental a la salud cuando se niegue una prestación excluida de los citados planes que se requiera de manera urgente. En efecto, esta Corporación ha manifestado en reiteradas jurisprudencias<sup>8</sup> que resulta totalmente procedente la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que no se encuentren incluidos en el POS y que sean indispensables para garantizar la vida en condiciones dignas u otros derechos fundamentales. Así lo ha señalado la Corte:

“(…) En este orden de ideas, y siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales, esta

Corporación también tiene bien establecido que la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos<sup>9</sup>. Sin embargo en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas<sup>10</sup>".

A nivel jurisprudencial la Corte Constitucional ha señalado unos requisitos cuyo cumplimiento deben encontrarse acreditados a efectos de que proceda el amparo constitucional consistente en el suministro de medicamentos y tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, los cuales son:

"1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S - Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, 'siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente'<sup>11</sup>.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario<sup>12</sup>".

En complemento de lo anterior y siguiendo la misma línea interpretativa, la urgencia en la protección del derecho fundamental a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela, puede ser procedente en los casos en que (i) la vulneración del derecho se presente en un sujeto de especial protección constitucional, como menores, personas de la tercera edad o discapacitados entre otros o; (ii) cuando se trate de una situación en la que se adviertan “argumentos validos y suficientes de relevancia constitucional que permitan concluir que la vulneración del derecho a la salud, visto el caso concreto, implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros (...)13”.

#### 5. Régimen subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política, “Se garantizar a todas la personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Conforme con la misma norma, corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional, de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como diseñar las políticas para la prestación del servicio por parte de las entidades correspondientes, bajo su vigilancia y control, y asignar las competencias en la materia que le corresponden a la Nación, a las entidades territoriales y a los particulares, y determinar los aportes a su cargo, de acuerdo con lo que para el efecto determine la ley.

Como ya se anotó, la Seguridad Social en Salud ha sido desarrollada por el legislador a través de la ley 100 de 1993 en su libro II, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, por mandato de esta norma, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en materia de pensiones, salud y de riesgos profesionales. Particularmente, en el tema de salud, estableció dos regímenes a saber: el contributivo y el subsidiado

El régimen contributivo se encuentra contemplado en el artículo 202 de la citada ley, la cual lo define como “El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de 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”.

Por su parte, el régimen subsidiado está definido en el artículo 211 del mismo cuerpo normativo, el cual consiste en: “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”.

Del contenido de la citada norma se infiere que el régimen subsidiado ha sido creado con la finalidad de financiar el acceso al servicio de salud, a las personas pobres y vulnerables y a sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar<sup>14</sup>. Este régimen es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos con las EPS del régimen subsidiado, públicas o privadas, encargadas de suministrar directa o indirectamente las prestaciones previstas en el plan obligatorio de salud subsidiado.

Por su parte los mecanismos de identificación de los beneficiarios de este régimen obedecen a un proceso de selección aplicado por los municipios, previa petición de los ciudadanos, durante el cual son encuestados, clasificados, y se verifica la correspondiente información, para luego, si hay lugar a ello, incluirlos en una lista de potenciales afiliados al régimen subsidiado, priorizándose según el puntaje obtenido.

En complemento de este proceso, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, también prevé una categoría de participantes vinculados al sistema de seguridad social en salud, sin que ello implique la existencia de un régimen adicional a los reseñados. Los participantes vinculados tienen un estatus transitorio y solamente pueden acceder al régimen subsidiado. La norma los definen como “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”.

Este tipo de participación tiene un estado transitorio, en el que se encuentran las personas que reúnen todos los requisitos para ser beneficiarios del régimen subsidiado pero están a la espera de la asignación de una EPS-S. La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre este tipo de participantes y al efecto ha

señalado:

“(…) Son participantes vinculados quienes sin contar con capacidad de pago para afiliarse al régimen contributivo aún no son beneficiarios del régimen subsidiado. Se trata de una condición temporal, pues la finalidad del Sistema es que todos los colombianos accedan al servicio público de salud como afiliados bien sea del régimen subsidiado o del régimen contributivo, pero mientras se alcanza tal objetivo, éstas personas deben ser atendidas por las entidades públicas y privadas que tengan contrato con el Estado<sup>15</sup>”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión analizará la procedibilidad de la acción de tutela en el caso subexamine.

## 6. Caso Concreto.

Conforme a las pruebas que obran en el expediente, para esta Sala de revisión se encuentran acreditados los siguientes hechos:

\* Que a la señora Lusmira Alvarado Vega se le realizó la encuesta del SISBEN el 11 de diciembre del 2003, según consta en el carné del SISBEN No. 00030716011 “Sistema de identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales”, donde se estableció que pertenece a la población pobre y vulnerable y se consideró que clasifica en el nivel II de la mencionada encuesta.

\* Que a la actora no le ha sido asignada una EPS-S, razón por la cual tiene acceso a la prestación del servicio a la salud en calidad de participante vinculada.

\* Que el médico tratante, adscrito al Hospital Rosario Pumarejo de López, le diagnosticó a la accionante “Artritis Reumatoidea” y consignó en la historia clínica, que la paciente padece de una “Inflamación Poliarticular Severa” la cual, ha sido tratada

con el medicamento genérico METROTEXATE (Genérico) en su dosis máxima, durante 7 años, sin que se presente mejoría.

\* Que a la accionante, le fueron formulados los siguientes medicamentos: Terapia Biológica con INFLIXIMAB (Remicade), METROTREXATE, ACIDO FÓLICO, PREDNISOLONE, NAPROXENO, ACETAMINOFÉN y OMEPRASOL los cuales, se encuentran relacionados en las fórmulas médicas de fecha del 3 de julio del 2008, suscritas por el médico tratante y anexadas al expediente.

\* Que la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, expidió la orden No. 35206, dirigida al Dispensario Farmaservicio de la Costa, por medio de la cual ordena la entrega de los medicamentos formulados a la accionante, exceptuando las INFILTRACIONES -Terapia Biológica- y el medicamento INFLIXIMAB (Remicade) debido a que no se encontraba justificado la necesidad de este tratamiento por el médico tratante.

\* Que el médico tratante diligenció el formulario de solicitud y justificación para el uso del medicamento no POS donde señaló “la enfermedad no sede (sic) con PREDNISOLONE (sic) y METOTREXATE por lo que indica iniciar Terapia Biológica con INFLIXIMAB”. Dicha justificación aparece también registrada en la historia clínica.

\* Que la accionante acudió a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar personalmente y a través del Defensor del Pueblo, instaurando queja con referencia No. 2008201959 y solicitó la entrega del medicamento INFLIXIMAB y la práctica de INFILTRACIONES.

\* La entidad demandada argumenta en su escrito de contestación, que el medicamento

INFLIXIMAB así como las INFILTRACIONES no han sido autorizadas, debido a que no cuentan con la debida justificación en la historia clínica de la paciente.

6.1. Visto el caso concreto, inicialmente debe la Sala definir si el medicamento INFLIXIMAB así como las INFILTRACIONES, se encuentran realmente excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS.

El acuerdo 306 de 2005 “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”, estableció los planes de beneficios y prestaciones concretas a las que pueden acceder los beneficiarios del Régimen Subsidiado con el propósito de mantener o reestablecer su salud.

Una vez analizado el mencionado Acuerdo, así como las disposiciones que la reglamentan, encuentra la Sala que el medicamento prescrito INFLIXIMAB (Remicade) y las INFILTRACIONES, no aparecen incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado.

6.2. De esta manera, debe la Sala establecer si hay lugar a la protección constitucional en el presente caso, a pesar de que el medicamento y el procedimiento reclamado está por fuera del POS, teniendo en cuenta que los mismos son requeridos con carácter urgente por la actora para tratar la enfermedad que padece.

Esta Corporación ha señalado que la acción de tutela es procedente en aquellos casos en los que se niegue la prestación de un medicamento o servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud, cuando estos se requieran, de manera urgente, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para el efecto, los cuales son: “1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado. 2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea

necesario para proteger el mínimo vital del paciente. 3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud. 4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario<sup>16</sup>".

En el presente caso la Sala encuentra acreditados de todos estos requisitos, como se explica a continuación:

1. Amenaza o vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a la vida y la integridad física. En el presente caso los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad física, a la salud en conexidad con la vida y a la seguridad social de la actora, se encuentran directamente amenazados por la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, ante la negativa de esta entidad de suministrar el medicamento formulado así como la práctica de las infiltraciones ya que, como consta en la historia clínica y lo manifiesta la propia demandante, este tipo de enfermedad le causa dolor, inflamación, rigidez y pérdida de las funciones de las articulaciones y le impide notablemente el desarrollo de las actividades normales, dificultando sensiblemente sus desplazamientos.

1. Que no existe en el POS otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad. El médico tratante, de acuerdo con la historia clínica, formuló el medicamento INFLIXIMAB (Remicade) de carácter comercial el cual no puede ser remplazado por otro genérico, debido a que no tiene homólogo en el POS. Reitera la Sala, con base en lo establecido en la historia clínica y en el formulario de justificación, que la accionante ha sido tratada por un término de 7 años con un medicamento POS conocido con el nombre de METOTREXATE (Genérico), el cual no le surte efecto alguno en esta etapa de la enfermedad, razón por la cual, es pertinente iniciar terapia biológica con INFLIXIMAB.

No sobra recordar que la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, negó la autorización del suministro del medicamento INFLIXIMAB y las INFILTRACIONES al considerar, que el médico tratante no registró ni justificó en la historia clínica de la accionante, la necesidad e importancia de iniciar el tratamiento formulado.

La Sala considera que no son de recibo los argumentos de la entidad demanda, toda vez que obra dentro del expediente la historia clínica de la accionante y el formulario de solicitud y justificación para uso de medicamentos no POS, emitidos por el médico tratante, y en ellos se consignan expresamente las razones por las cuales es necesario iniciar el mencionado tratamiento. Se demostró en dichos documentos, según el diagnóstico establecido, que es de vital importancia el suministro del medicamento y la práctica de las infiltraciones requeridas, para poder proporcionarle a la paciente la posibilidad de gozar plenamente de sus derechos fundamentales como el de salud y la vida digna.

1. Que la paciente carezca de los recursos económicos para sufragar el costo del fármaco o procedimiento. Teniendo en cuenta la capacidad económica de la accionante esta Sala observa que encuadra dentro del supuesto de quienes no tienen capacidad de pago ya que, según el carné del SISBEN que registra en el expediente, fue clasificada en el nivel II del SISBEN, hecho a partir del cual puede presumirse su falta de recursos económicos. Se trata de un sujeto de especial protección del Estado, pues acorde con el artículo 13 de la Constitución Política, su nivel de pobreza la ubica en una situación de indefensión y debilidad manifiesta<sup>17</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con la información obtenida, el medicamento formulado por el médico tratante INFLIXIMAB (Remicade) tiene un costo comercial aproximado de \$2'000.000<sup>18</sup> cada dosis de 100 mg. Teniendo en cuenta que la dosis formulada es de 200 mg, el costo del medicamento puede ascender a los \$4'000.000 por ampolla y la totalidad de ampollas formuladas a la actora por el médico tratante genera en promedio un costo de \$16'000.000.

En cuanto a las INFILTRACIONES, de la información obtenida se deduce, que es el mecanismo idóneo a partir del cual se suministra el medicamento formulado, de tal

manera que se trata de un procedimiento complementario.

Conforme a las circunstancias anotadas, la Sala considera que el costo del tratamiento es lo suficientemente significativo como para que la señora Lusmira Alvarado Vega, quien es participante vinculada y clasificada en el Nivel II del SISBEN, lo sufrague.

1. Que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud. El tratamiento fue prescrito por el médico tratante de la accionante, quien conoce de la evolución de la enfermedad y se encuentra adscrito al Hospital Rosario Pumarejo de López, que es una institución prestadora salud al servicio del Estado, concretamente de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar.

6.3. En este orden de ideas, encuentra la Sala, que en el caso concreto concurren todos los requisitos indispensables para la procedencia de la acción de tutela, razón por la cual se concederá el amparo invocado por la señora Lusmira Alvarado Vega y ordenará a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar que autorice el medicamento INFLIXIMAB (Remicade) así como la práctica de las infiltraciones requeridas.

6.4 Asunto adicional al cual debe referirse la Sala. Asignación de una EPS-S a la actora.

Según ha quedado establecido, a la accionante se le realizó la encuesta del SISBEN en el año 2003, siendo clasificada en el nivel II de pobreza. Sin embargo hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, no le ha sido asignada una EPS-S y durante este tiempo viene siendo atendida en calidad de participante vinculada.

Considera la Sala, que en el caso concreto se encuentra sobredimensionado el concepto de “participantes vinculados”. En reiteradas jurisprudencias se ha señalado, que este tipo de participantes fueron creados con la finalidad, de que aquellas personas que no poseen capacidad de pago y aún no conforman el grupo de beneficiarios del régimen subsidiado, tengan acceso a la salud mientras el sistema adquiere la totalidad de su cobertura en todo el territorio nacional.

Así pues, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha resaltado el carácter transitorio de dichos participantes. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-054 del 200819, la Corte señaló:

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que a la accionante le fue practicada la encuesta del SISBEN en el año 2003 y hasta la fecha de la interposición de la presente tutela no le ha sido asignada una EPS-S, esta Sala considera, que en este caso se está desvirtuando la naturaleza transitoria de este tipo de servicio de manera que, se hace necesario llevar a cabo la asignación de una EPS-S para que la aquella pueda integrarse formalmente al régimen subsidiado y acceder directamente a los beneficios de dicho régimen.

Así pues, la Sala complementará la decisión a adoptar en el presente fallo, en el sentido de ordenar también a la entidad demandada que proceda a asignar a la accionante una EPS-S.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida el 1° de septiembre del 2008, por el Juzgado Segundo de Familia Valledupar - Cesar y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y a la vida digna de la señora Lusmira Alvarado Vega.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, autorice la entrega del medicamento INFLIXIMAB (Remicade) y disponga la práctica de las INFILTRACIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en los términos en que fueron formulados por el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a la

asignación de una EPS-S a la señora Lusmira Alvarado Vega, según lo expuesto en la presente providencia.

CUARTO: líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Aclara la Sala, que se incurrió en error al nombrar el medicamento, debido a que en las actuaciones procesales el medicamento es llamado como INFLIXIMUMAB, y al cotejar este con el que realmente fue formulado por el médico tratante se encontró, que el medicamento formulado para tratar esta enfermedad es INFLIXIMAB.

2Inciso 1, Art. 86 CP: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

3 Art. 48 Constitución Política. “La seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

5 Ver Sentencia T-760 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

6 Ver sentencia T-609 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Art. 10 del Decreto 806 de 1998.

8 Ver entre otras, Sentencia T-236 de 1998 M.P. Fabio Monroy Díaz; T-547 del 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-662 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Ver entre otras, las Sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño,

11 Sentencia T-406 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

12 Sentencia T-1213 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

13 Sentencia T-173 de 2008 Humberto Antonio Sierra Porto

14 Artículo 212 de la Ley 100 de 1993.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-054 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Sentencia T-1213 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

17 Art. 13 Constitución Política: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

18 Esta información fue obtenida a través LOCATEL supermercado de salud y bienestar, establecimiento ubicado en Chapinero Carrera 13 No. 51-57, teléfono 6195858.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-054 del 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.