

Sentencia T-704/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede

NEGLIGENCIA ADMINISTRATIVA-No se realizó trámite ante el Comité Técnico Científico para obtener la aprobación del medicamento prescrito excluido del POS

Referencia: expediente T-1073592

Acción de tutela instaurada por Gladys Montenegro Vásquez en representación de su hija menor Shaira María Montenegro Vásquez, contra, E.S.E. Hospital San Jorge.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel, Córdoba, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Gladys Montenegro Vásquez en representación de su hija menor Shaira María Montenegro Vásquez, contra la E.S.E. Hospital San Jorge.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel, el 21 de enero de 2004, la señora Gladys Montenegro Vásquez en calidad de madre de la menor Shaira María Montenegro Vásquez, interpuso acción de tutela en contra de la IPS Hospital San Jorge E.S.E., por considerar que la

entidad estaba vulnerando los derechos fundamentales a la vida, a la salud por conexidad con la integridad personal, y a una vida en condiciones dignas de su hija, por cuanto no le suministró los medicamentos: “Zantac jarabe” “Milpax children “, Panckreoflat granulado” , “Bactroban crema” y “ S-26 AR”, en razón a que estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud, POS.

Solicitó se tutelara en favor de la menor los anteriores derechos y por tanto, se ordene a la accionada la entrega de los medicamentos referenciados.

Manifiesta que su hija de seis meses de edad, para la época de los hechos, en el Sistema General de Seguridad Social en salud en el Régimen Subsidiado, se encuentra afiliada a la Caja de Compensación Familiar de Córdoba, “COMFACOR A.R.S.”, correspondiéndole ser atendida en el Hospital Local de Ayapel, Córdoba.

Narra que el día 09 de diciembre de 2004, de urgencia, la menor fue sometida a una operación en la Clínica Sayma de Montería, bajo el triple diagnóstico de “ast Piro plastia, pendicitomía, una sección de adherencia peritoneales”(sic), por lo que, le recetaron los medicamentos mencionados. Los solicitó al Hospital Local de Ayapel, y le fueron negados con el argumento de que no los cubría el POS.

Afirma, que por su condición de madre soltera y desempleada, le fue imposible costear de su peculio la adquisición de los medicamentos, por lo que no se los proporcionó a la niña, colocándola en riesgo de peritonitis según dictamen del médico en nueva consulta, donde le insistió en la necesidad de proveer a la menor la medicina prescrita, adicionando otras: “S-26 AR” y “Acetaminofén jarabe”. Asegura que nuevamente las solicitó al Hospital Local de Ayapel, obteniendo la misma respuesta negativa.

1. Respuesta de la accionada:

2.1. La representante legal de la accionada, “Hospital San Jorge de Ayapel E.S.E.”, reconoce que la menor Shaira María Montenegro tiene la condición de subsidiada a su cargo en el primer nivel. Pide declarar improcedente la tutela en contra de su patrocinada, arguyendo que existía imposibilidad de la misma para entregar los medicamentos, porque ésta

mediante convenio interadministrativo<sup>1</sup> cedió a la Cooperativa de Entidades de Salud de Córdoba, COODESCOR, el suministro de los medicamentos recetados a las personas afiliadas a la ARS COMFACOR.

Alega que los medicamentos que su representada formula y suministra, son genéricos y deben estar contenidos en el Acuerdo número 228 de 2002 del Concejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Protección Social, CNSSS<sup>2</sup>, condiciones con que no cuentan los recetados a Shaira María.

Asegura que además, en este caso no se agotó el procedimiento que debe seguirse para que excepcionalmente en tratamientos de segundo nivel, como era éste, se puedan suministrar medicamentos que no se encuentren en el POS, trámite que reseña en los siguientes términos: “el especialista que atiende a la paciente debe justificar en forma científica y bibliográficamente la prescripción de estos medicamentos para la patología indicada y debe hacerlo en un formulario oficial para el caso; Paso siguiente, la formulación de los medicamentos, se presenta en la forma indicada a la ARS, donde se encuentra afiliada la paciente, en este caso COMFACOR; Presentada a COMFACOR, se lleva la fórmula a un comité técnico científico, que evalúa el caso, impartiendo su aprobación o improbandolo”.

Solicitó requerir las explicaciones pertinentes sobre el procedimiento para el suministro de drogas no genéricas a la ARS COMFACOR y a COODESCOR, que ratifique el convenio expuesto.

2.2. En respuesta al requerimiento del juez de tutela, COODESCOR confirma que tiene con COMFACOR un contrato de suministro de medicamentos ambulatorios a los afiliados al régimen subsidiado de esa ARS<sup>3</sup>.

Alega que no está obligado a la entrega de esos medicamentos por que al no estar incluidos en el POS, no son del objeto del contrato de suministro con COMFACOR, a excepción del “Acetaminofén jarabe” del que dice, será entregado tan pronto lo reclamen en su farmacia.

Para soportar sus alegaciones, manifiesta que:

i. El contenido del POS subsidiado en lo que se refiere a medicamentos, de acuerdo con el

literal e) del artículo 1º del Acuerdo No. 72 de 1997 emanado del CNSSS, “es el detallado en el artículo 45 del decreto 1938 de 1994 , en el 101 de la Resolución No. 5261 de agosto de 1994, en el Acuerdo No. 53 del CNSSS y demás normas que los adicionen o modifiquen”.

i. Que de acuerdo con las descripciones de cada uno de los medicamentos recetados a la niña Montenegro Vásquez que presenta<sup>4</sup>, y con la excepción mencionada, los demás productos medicinales no están incluidos en el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, que actualiza el Manual de Medicamentos del POS y establece los nombres y concentraciones de los medicamentos esenciales.

i. Que el artículo 8º (sic) de la Resolución 5261 de 1994 establece el mecanismo para acceder al suministro de los medicamentos que no están en el manual, cual es la previa aprobación del Comité Técnico Científico. En su apreciación, eso quiere decir que “ el usuario debe solicitar al médico tratante el diligenciamiento del formulario para justificar el uso del medicamentos no contenidos en el Plan Obligatorio de Salud y solicitar el estudio por parte del Comité Técnico Científico de COMFACOR para su aprobación y autorización al tratamiento.” (Subrayas fuera de texto).

Finaliza su intervención asegurando no haber vulnerado los derechos fundamentales de la niña Shaira María Montenegro Vásquez, porque, además de los anteriores argumentos, los familiares de la pequeña no se han acercado a sus instalaciones a reclamar los medicamentos prescritos.

2.3. Por su parte COMFACOR A.R.S., en respuesta al requerimiento del Juzgado a cargo de la acción de tutela<sup>5</sup>, informa como “procedimiento establecido para el suministro de medicamentos no establecidos dentro del manual de medicamentos” (sic), el siguiente:

“Cuando el paciente es atendido y amerita que se le formule medicamentos NO POS-S, el Médico Especialista tratante, debe diligenciar un formato \*Solicitud y justificación del médico tratante del uso de medicamentos no incluidos en el POSS A.R.S.\* el cual debe ser

suministrado por la Oficina de Coordinación de la A.R.S. ubicada en el municipio de Montería, debido a que estos medicamentos deben ser analizados por un Comité establecido para ello (Comité Técnico Científico) y que al ser aprobado, su entrega es responsabilidad de COMFACOR A.R.S., en este caso la señora Gladys Montenegro Vásquez, no agotó el procedimiento establecido para la autorización de los medicamentos”. (Subrayas fuera de texto).

Añade que por lo anterior, la A.R.S. se comunicó con la accionante para que se acercara a sus oficinas de Montería a surtir los trámites correspondientes.

#### 1. Pruebas:

Reposan en el expediente de la acción de tutela, los siguientes documentos:

1. La accionante aporta sendas fotocopias del registro civil de nacimiento de Shaira María Montenegro Vásquez (fl. 6), del carnet de afiliación de la menor a Comfacor A.R.S. (fl. 7) y de las formulas en que se prescriben los medicamentos solicitados (fl 7 y 7 vto.).

1. La accionada E.S.E. Hospital San Jorge, allega fotocopia del Convenio Interadministrativo de Cooperación No.008 suscrito con Coodescor para la administración de la farmacia ubicada en el centro hospitalario y el suministro de medicamentos (fl.12). Igualmente, del Acuerdo 228 de 2002, emanado del Concejo Nacional de Seguridad Social en Salud del hoy Ministerio de Protección Social, CNSSS, en que se describen los medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud. (fl. 16).

3.3. COODESCOR allega fotocopia del contrato de suministro de medicamentos ambulatorios suscrito con COMFACOR A.R.S. para los afiliados de esta última en el régimen subsidiado, (fl. 41) y de las monografías que se registran en el Vademécum 2004 sobre los medicamentos del presente caso (fls. 34 y ss., 44 y ss.) .

## II. DECISIÓN OBJETO DE REVISION

El Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel, mediante sentencia del 7 de febrero de 2005, negó el amparo solicitado al considerar que previamente a la acción de tutela, la accionante no agotó el trámite que describe en los siguientes términos, que era necesario para el suministro de medicamentos que no hagan parte del POS-S, “ Cuando el paciente es atendido y amerita que se le formule medicamentos NO POS-S, el Médico Especialista tratante, debe diligenciar un formato Solicitud y justificación del médico tratante del uso de medicamento no incluido en el POSS A.R.S\* el cual debe ser suministrado por la oficina de Coordinación de la A.R.S., ubicada en el Municipio de Montería, debido a que estos medicamentos deben ser analizado por un comité establecido para ello (Comité Técnico Científico) y que al ser aprobado, su entrega es responsabilidad de COMFACOR A.R.S.”

La anterior decisión no fue apelada y remitida para revisión por esta Corporación, fue seleccionada para el efecto.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer en Revisión de los fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

### 2. Problema jurídico.

La situación de hecho planteada, lleva a la Sala a esclarecer si con la negativa del HOSPITAL SAN JORGE DE AYAPEL E.S.E. coadyuvada por sus asociados CAMFACOR A.R.S. y COODECOR, a proporcionar a la menor SHAIRA MARÍA MONTENEGRO VÁSQUEZ los medicamentos : “Zantac jarabe” “Milpax children “, Panckreoflat granulado”, “Bactroban crema” y “S-26 AR” que le fueron prescritos médicamente, bajo el argumento de que no se encuentran en el POS-S y que por la accionante no se agotó el procedimiento para que se autorizara su abastecimiento, se desconocieron los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, e integridad física de la infante.

Para el efecto, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia constitucional relativa al carácter de fundamental que tienen los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños y la consecuente procedencia de la acción de tutela para obtener su protección e igualmente, insistirá en las condiciones para la procedencia del suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, POS; (ii) se analizará en el contexto de los trámites formales o procedimientos establecidos para la autorización del suministro de estos medicamentos, cuál es la intervención, obligaciones y responsabilidad que en su agotamiento puede ser reclamada al afiliado al sistema de seguridad social; y, (iii) examinados estos aspectos, se entrará a resolver el caso concreto para determinar si la menor SHAIRA MARÍA MONTENEGRO VÁSQUEZ tiene o no derecho al amparo constitucional solicitado por su señora madre (iv) adoptando finalmente la decisión sobre la providencia revisada.

### 3. Reiteración de jurisprudencia.

3.1.- Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, son fundamentales por mandato expreso de la Constitución. Procedencia de la acción de tutela para obtener su protección.

En forma repetida esta Corporación al reconocer que tanto los derechos a la salud y a la seguridad social tienen la doble connotación de ser prestacionales y fundamentales, según el contexto en que se desarrollen, ha sostenido de manera categórica que la salud y la seguridad social de los niños, son derechos fundamentales porque de manera explícita así lo establece el artículo 44 de la Constitución Política.

Igualmente, es abundante la insistencia jurisprudencial que evoca el mandato del artículo 86 de la Carta Suprema para admitir la acción de tutela como mecanismo constitucionalmente establecido, para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. Se consagra así la tesis jurisprudencial en algunos fallos de la Corte:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor

constitucional<sup>6</sup>.”

“El derecho a la salud, cuando se trata de niños, es derecho fundamental sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida. Los derechos de los niños, como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás”<sup>7</sup>.

“ Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”<sup>8</sup>

“ Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política. De acuerdo con la disposición enunciada y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”<sup>9</sup>.

“ ... el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”<sup>10</sup>

Se observa cómo ha sido constante el sentido del pronunciamiento del Juez constitucional, por ello se insiste en esta oportunidad, en que debe prestarse ineludible atención a los mandatos constitucionales referidos y por tanto, se insta a darles aplicación, reconociendo que al ser la salud y la seguridad social derechos constitucionales fundamentales de los niños, es procedente la tutela como mecanismo para lograr su inmediata efectividad.

### 3.2. Derecho a la salud de los niños y suministro de medicamentos no incluidos en el POS. Inaplicabilidad de las restricciones del POS.

A fin de lograr la prestación del servicio público de la salud que se encuentra a cargo del Estado por mandato del artículo 49 de la Constitución Política, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe garantizar a los afiliados la atención respectiva. Para ello, se han emitido disposiciones en que se categorizan los niveles de cubrimiento de las entidades que forman parte del mismo y se fijan procedimientos y requisitos para la efectividad del servicio.

Es así como en favor de todos los afiliados al sistema, se ha instituido un paquete mínimo pero obligatorio de servicios de salud, para la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, que corresponde al llamado Plan Obligatorio de Salud POS, respecto del cuál, hay limitaciones y exclusiones cuya legitimidad ha sido reconocida por la Corte Constitucional.

No obstante, la jurisprudencia ha hecho la advertencia de que estas limitaciones no pueden ser aplicadas de manera automática en todas las situaciones, si no que se requiere de un estudio del caso concreto en el que se apliquen criterios de prelación y urgencia que pueden desvirtuar dicha legitimidad, haciendo que, a pesar de la exclusión que se encuentra debidamente reglada, deban proporcionarse los medicamentos o servicios excluidos del POS.

En efecto, la jurisprudencia ha establecido los eventos en que procede el suministro de medicamentos no incluidos en el POS, así<sup>11</sup>:

i. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

i. En segundo lugar, debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto 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.

i. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

i. Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Indica lo anterior, que en cada situación en que deba decidirse la inaplicación de las normas limitantes del POS, habrán de evaluarse, como mínimo, criterios tales como (i) la urgencia del caso, es decir, la severidad del compromiso de la vida o funcionabilidad del paciente; esto, ante la necesidad inmediata de conservar la vida o de prevenir consecuencias o secuelas críticas en su integridad personal, como derechos fundamentales<sup>12</sup>; (ii) la pertinencia del medicamento en el tratamiento para lograr la conservación de la vida o integridad personal del paciente y la imposibilidad de reemplazarlo por otro del POS; hechos que si no son controvertidos por la demandada o en el proceso tutelar, se presumen ciertos por la formulación que hace el médico tratante; (iii) que se acredite que el paciente carece de recursos económicos para sufragar la adquisición del medicamento<sup>13</sup> o de los medios para obtenerlos por otra vía<sup>14</sup>, criterio donde además se tendrá en cuenta si el paciente pertenece a alguno de los grupos o categorías que por mandato constitucional expreso, jurisprudencia constitucional o disposición legal, tiene derecho a una atención preferente por parte del estado<sup>15</sup>; (iv) que la prescripción del medicamento la haya efectuado un médico vinculado al ente obligado a la atención del paciente, situación que de no ser discutida por la accionada o desvirtuada por otro medio durante el proceso tutelar, debe presumirse respecto de quien suscribe la fórmula.

Sin embargo, atendiendo el criterio de prevalencia que tienen los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños, el interprete constitucional ha determinado que, cuando con la falta de suministro de medicamentos excluidos del POS se amenazan o violan estos derechos de rango constitucional, procede la inaplicabilidad de las normas que determinan las restricciones del POS, a fin de proteger y prolongar la vida digna del menor<sup>16</sup>.

Igualmente, cuando se trate de menores de un año, debe atenderse la especialísima protección constitucional que entre los mismos niños se les da cuando no estén registrados en el sistema de seguridad social del Estado; al respecto prescribe el artículo 50 de la Constitución: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”. (Subrayas fuera de texto). Luego en este evento, no sería oponible ningún argumento de la entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tendiente a excusar la falta de prestación del servicio. <sup>17</sup>

En consecuencia, cuando no se suministran al menor los medicamentos que requieren para proteger y prolongar la vida digna, se cumple la primera de las exigencias jurisprudenciales porque hay vulneración o al menos puesta en peligro de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, al no hacerse efectivo el también catalogado como derecho fundamental a la seguridad social; por ello, procede su amparo por la vía de la tutela, inaplicando las reglamentaciones restrictivas del POS.

En concreto ha dicho la Corte para no exonerar la falta de prestación del servicio a causa de las exclusiones del POS, cuando se está en presencia de personas que tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinde un trato preferente:

“En forma constante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la negativa de la entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del P.O.S. a menores de edad, vulnera el artículo 44 de la Constitución Política que consagra como derechos fundamentales de los niños, y con carácter preferente, los derechos a la salud y a la seguridad social”<sup>18</sup>.

“Los criterios expuestos se pueden resumir así : el derecho a la salud de los niños es

fundamental autónomo; tratándose de menores que sufren alguna discapacidad o limitación, sobre ellos se predica que tienen derecho a exigir doble deber de protección de sus derechos fundamentales; para la atención en salud de estos menores, las entidades prestadoras del servicio deben distinguir la situación de ellos y la de las demás personas que ni son niños, ni sufren discapacidad; en algunos casos debe otorgarse la protección con independencia de la situación económica de los padres”<sup>19</sup>

“En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud que cumple alguna de las anteriores características demanda una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación,, lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o pedir que el usuario sea atendido en otra institución.

[...]

De ese modo, el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de responsabilidad respecto de la atención de sus usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en ellos, el paciente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado.”<sup>20</sup>

De todo lo anterior se concluye, como en otras oportunidades, que tratándose de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la seguridad social de los niños, como fundamentales y prevalentes que son, procede la inaplicación de las disposiciones que excluyan del sistema general de seguridad social en salud a cargo del Estado, el suministro de medicamentos requeridos para preservar su salud, habida cuenta que estas disposiciones de rango inferior, impedirían el goce efectivo de sus garantías constitucionales. No obstante, para el efecto, deberán atenderse los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional, ya enunciados. Así se puntualizó sobre el tema en la sentencia T-928 de 2003, M.P, Clara Inés Vargas Hernández:

“...si por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del P.O.S., se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a un vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Constitución Política), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto los derechos fundamentales del peticionario, lo cual es posible debido al efecto normativo de la Carta, que irradia el contenido de todo el ordenamiento jurídico.”<sup>21</sup>

En el caso en estudio, alega la accionada que la demandante no realizó el trámite previsto para obtener la autorización de suministro de los medicamentos prescritos a su hija menor, que se encontraban excluidos del POS, como mecanismo ordinario establecido reglamentariamente para el efecto.

El artículo 8<sup>o</sup> del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, de manera expresa reconoce la posibilidad de prescribir medicamentos excluidos del POS cuando se trata de garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, indicando que para ello, debe haber aprobación del Comité Técnico Científico.

Según el procedimiento indicado en el mismo sentido, en condición de accionadas, por el E.S.E. Hospital San Jorge (fl. 10), Comfacor (fl.46) y por Coodescor (fl. 50), para obtener dicha aprobación, la prescripción del medicamento excluido del POS debe ser justificada por el médico tratante en un formato diseñado para el efecto.

Lo anterior significa, que el médico que atiende el caso al considerar necesaria la prescripción de un medicamento excluido del POS, debe elaborar la formula en la forma respectiva y con las justificaciones pertinentes, para que su decisión sea evaluada en el Comité Técnico Científico. Como se observa, en esta actuación no hay cabida a intervención alguna del afiliado.

Posteriormente, tendrá lugar la realización del Comité Técnico Científico, cuya convocatoria y

evacuación, como es lógico, corresponde implementar únicamente a la entidad prestadora del servicio y por tanto, tampoco son actuaciones que dependan del afiliado al sistema de seguridad social.

No obstante, si durante el proceso descrito se requiere de acciones del usuario, tendientes a documentar o facilitar el proceso, es obligación de la entidad impartirle las instrucciones precisas y completas del caso. Esto en consonancia con la obligación de las mismas a informar completamente al usuario sobre los mecanismos para obtener un servicio que en principio no está mandada a suplir, como se advirtió en esta providencia.

Estando entonces a cargo de las entidades del sistema, la totalidad del trámite descrito para obtener la aprobación del Comité Técnico Científico sobre la prescripción del medicamento excluido del POS, cuando no se inicia y agota oportunamente tal procedimiento, hay negligencia administrativa que no puede excusarse y menos si por ella se menoscaban los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los afiliados.

#### 1. Solución al caso concreto.

Con la acción de tutela interpuesta, la señora Gladys Montenegro Vásquez, pretende que se amparen los derechos a la vida, a la seguridad social, a la salud e integridad física, de su hija menor Shaira María Montenegro Vásquez, los cuales consideró vulnerados por la IPS Hospital San Jorge E.S.E. de Ayapel, Córdoba, al no suministrarle los medicamentos que fueron prescritos médicamente a la menor para la atención del post operatorio de una cirugía a la que fue sometida de urgencia, con el argumento de no estar incluido dentro del POS. La accionada ratificó la anterior razón para su negativa, aduciendo además, que la accionante no agotó el procedimiento administrativo para obtener la autorización de suministro de los medicamentos excluidos del POS. El Juez de instancia, no concedió la tutela.

Para resolver sobre la conformidad constitucional del fallo en que se negó el amparo solicitado, analiza la Sala si en el caso concreto estuvieron presentes los presupuestos señalados a lo largo de esta sentencia, para que por encima de las disposiciones legales o reglamentarias que excluyen del POS los medicamentos recetados a la niña Shaira Maria, se aplicaran las normas constitucionales que amparan los derechos fundamentales a la salud, la

integridad física y a la seguridad social de los niños.

En la actuación se acreditó que la menor se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, a la ARS Caja de Compensación Familiar de Córdoba, COMFACOR, correspondiéndole ser atendida en el Hospital San Jorge de Ayapel.<sup>22</sup>

Igualmente, se estableció que en virtud del contrato de cesión del suministro de medicamentos ambulatorios para los afiliados al régimen subsidiado de la ARS COMFACOR en Ayapel, suscrito entre esta Administradora y la Cooperativa de Entidades de Salud de Córdoba, COODESCOR, la última solamente debe proveer aquellos incluidos en el POS.<sup>23</sup>

Observa igualmente la Corte que las prescripciones médicas en que se relacionan los medicamentos reclamados por la accionante, fueron extendidas en formatos corrientes, sin que registren justificación alguna para haberse recetado ese tipo de medicinas<sup>24</sup>.

Ahora bien, ni el diagnóstico ni la gravedad de la enfermedad que padecía la niña según su señora madre, ni el tratamiento medicinal de que dan cuenta las fórmulas, fueron discutidas en la instancia tutelar por la accionada, como le correspondía, por lo que para la Corte, con su silencio está determinado que la menor padece de “ast Piro plastia, pendicitomía, una sección de adherencia peritoneales” en las condiciones reseñadas en el escrito de tutela, y que para su tratamiento y el de las secuelas que pudiera dejar, se requieren los medicamentos “Zantac jarabe”, “Milpax children”, “Panckreoflat granulado”, “Bactroban crema” y “ S-26 AR” y “Acetaminofén jarabe”, que le fueron negados por la demandada aduciendo que estaban excluidos del POS.

Respecto de los anteriores hechos, tanto la accionada como sus asociadas Comfacor y Coodescor se limitan a responder que no les consta que la menor haya sido sometida a una cirugía, pero tampoco lo desmienten; por lo que en aplicación del principio de buena fe que consagra la Constitución Política en su artículo 83, la Corte dará crédito a la afirmación de la accionante.

Para la Sala, con lo anterior se ha acreditado en este caso, la existencia de un peligro o amenaza a los derechos fundamentales de la salud e integridad física de la menor Shaira María Montenegro, por el no suministro de los medicamentos que contrarrestarían la

situación de enfermedad en que se encontraba; y ello sumado al hecho que las fórmulas fueron extendidas por médico competente, pues nada se alegó en contrario al respecto por la accionada, hacen que sin mayores consideraciones, se den por cumplidas tres de las previsiones que la jurisprudencia constitucional ha establecido para inaplicar las reglamentaciones restrictivas del POS.

Igualmente, para la evaluación del requisito de incapacidad económica para sufragar la adquisición de los medicamentos excluidos del POS por parte de la petente, ante el silencio de la accionada se dará aplicación al principio de la buena fe en el actuar de la solicitante, admitiendo su presencia con la sola afirmación de la accionante de que su condición de madre soltera y desempleada carecía de recursos para comprar los remedios , máxime si se tiene en cuenta que pertenece al régimen subsidiado en salud.

Evidentemente, como ya se refirió en este fallo, la jurisprudencia ha entendido que se presenta inversión en la carga de la prueba hacia las entidades del sistema de seguridad social, cuando los afiliados presenten afirmaciones negativas sobre su capacidad económica para sufragar gastos relativos al mismo, ya que aquellas cuentan con los mecanismos, instrumentos y herramientas necesarios para controvertirlas, confrontarlas y desvirtuarlas de ser el caso, lo cual deberán hacer o promover ante el juez de la tutela<sup>25</sup>.

En relación con el argumento de descargos relativo a que la accionante no agotó el procedimiento administrativo para obtener la autorización de suministro de los medicamentos excluidos del POS, no es de recibo para la Sala, por cuanto, además que el trámite, como se analizó en esta providencia, es de exclusiva realización de las entidades pertenecientes al sistema, el estado simple en que se expidieron las fórmulas, evidencia que hubo negligencia administrativa, toda vez que desde allí no se cumplía con las previsiones reglamentarias que exigían al médico tratante justificar la receta del medicamento que sabía estaba excluido del plan obligatorio, para que esas razones fueran evaluadas por el Comité Técnico Científico. Tampoco se hacía en los formatos, advertencia alguna que al menos sugirieran que el suministro de los medicamentos tenía tratamiento especial.

Es por ello que en este caso, la Sala no avizora racionalidad o fundamentos con los que la accionada pretende trasladar al afiliado, la responsabilidad de la inejecución del trámite de autorización de medicamentos excluidos del POS, para considerar, como aquella lo alega,

que su omisión le es imputable a la petente y que como no agotó los mecanismos ordinarios para la efectividad del derecho, se niegue el amparo de los mismos vía tutela. Nótese que de acuerdo con la comunicación de COMFACOR A.R.S., hasta después de instaurada la acción de tutela, se hizo citación a la accionante para que se acercara a sus oficinas a surtir los trámites de autorización de los medicamentos<sup>26</sup>.

Como se observa, en el presente caso se ha establecido que se afectaron derechos fundamentales y que se cumplió con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional, para que de conformidad con el artículo 4o de la Constitución, sea procedente inaplicar la legislación de inferior jerarquía que excluye los medicamentos prescritos del POS, porque si se atendieran esas disposiciones, se vulnerarían los derechos esenciales a la salud, a la vida e integridad física al contrariar el también fundamental derecho a la seguridad social de los niños.

En consecuencia, la sentencia de instancia será revocada para en su lugar, amparar los derechos fundamentales de la menor Shaira María Montenegro Vásquez a la salud, a la vida e integridad física y a la seguridad social y disponer que por parte de la ARS COMFACOR, responsable de la atención de la niña, le sean suministrados los medicamentos recetados que no se encuentren enlistados en el POS y demás que requiera para superar totalmente el deterioro de su salud. La entidad obligada en los términos de ley, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, FOSYGA, por los gastos que no esté conminada a sufragar.

Resulta evidente que en este caso, la obligación de guarda de los derechos fundamentales por parte del juez de tutela fue desatendida al no ajustar su fallo tanto al ordenamiento constitucional como a la jurisprudencia que lo ha desarrollado; se apartó de los principios y lineamientos jurisprudenciales, rompiendo la unidad y seguridad jurídica afianzada en los pronunciamientos reiterativos evocados en esta oportunidad, por lo que amerita ser revocado<sup>27</sup>.

#### IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel y en su lugar, CONCEDER la tutela para la protección de los derechos a la salud e integridad física de la menor SHAIRA MARÍA MONTENEGRO SÁNCHEZ.

Segundo.- ORDENAR a la Caja de Compensación Familiar de Córdoba, COMFACOR A.R.S., si no lo ha hecho, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, suministre a la menor SHAIRA MARÍA MONTENEGRO SÁNCHEZ, los siguientes medicamentos: “Zantac jarabe”, “Milpax children “, Panckreoflat granulado”, “Bactroban crema”, “ S-26 AR” y “Acetaminofén jarabe” en las condiciones prescritos por el médico tratante en las formulas allegadas al proceso.

Tercero.- La A.R.S. COMFACOR puede solicitar al Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) el reembolso de los gastos adicionales en que incurra por el suministro de los medicamentos.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Adjunta documento del Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 008 suscrito el 20 de mayo de 2004 entre el "E.S.E. Hospital San Jorge" y la "Cooperativa de Entidades de Salud de Córdoba , Coodescor" (fl. 12).

2 Acuerdo número 228 de 2002 del Concejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Protección Social, CNSSS "Uso ambulatorio Plan Obligatorio de Salud" (fl.16)

3 Contrato de suministro medicamentos ambulatorios para usuarios y afiliados del régimen subsidiado de Ayapel y Planeta Rica, suscrito entre la Caja de Compensación Familiar de Córdoba "Comfacor ARS" y la Cooperativa de Entidades de Salud de Córdoba "Coodescor" (fl.41).

4 En los folios 34 a 40 del expediente de tutela, reposan las hojas del Vademécum 2004 , en que se describen las composiciones y presentación de los medicamentos objeto de reclamación.

5 A folio 46 de la actuación de tutela.

6 Ver entre otras sentencias SU-111 de 1997, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz; T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Sentencia T- 556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Sentencia SU-225 de 1998 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Sentencia T-286 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencias en el mismo sentido: T-556 de 1998 y T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-322 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 T-1220 de 2001 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

11 En los siguientes términos se esbozaron en la sentencia T-286 de 1998 M.P., Fabio Morón Díaz, los eventos que la jurisprudencia de manera reiterada ha admitido para la inaplicabilidad de las restricciones del POS.

12 Dentro de las disposiciones que organizan el SGSSS, el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, del hoy Ministerio de Protección Social, define una urgencia como “ la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras”.

13 La jurisprudencia ha considerado que la sola afirmación del afiliado de carecer de recursos para sufragar el medicamento, por ser una negación, invierte la carga de la prueba en contrario hacia el ente perteneciente al Sistema General de Salud, obligado con el afiliado. Cfr. En este sentido Sentencias..... .

14 En la Sentencia T- 513 de 2002, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, la Corte ha precisado y reiterado la obligación que los entes vinculados al sistema, tienen de informar en forma completa al usuario, sobre la forma como puede acudir a otras instituciones para conseguir la atención médica que requiere, señalándoles términos perentorios para satisfacerla. Esto en aplicación de lo dispuesto por el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en concordancia con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, que dispone que los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales tendrán la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta; y por considerar que “...las deficiencias en la efectiva prestación del servicio de salud en todo el territorio nacional obedecen más a la falta de orientación e información que se le debe suministrar al usuario, que a una verdadera e insuperable carencia de recursos, o a la eventual negligencia de uno u otro funcionario de la institución que debe realizar el procedimiento o suministrar los medicamentos”.

15 Entre las disposiciones constitucionales, sobre la prevalencia de los derechos de los niños se citan los artículos 44 y 50 de la Carta Política; en las normas legales, el numeral 2 del literal A del artículo 157 de la ley 100 de 1993 dispuso que dentro de los afiliados al régimen

subsidiado, entre otros, tendrían especial importancia los niños menores de un año. Son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales, como los que se citan en este fallo, que refieren y desarrollan las disposiciones anteriores. Sobre las personas que por sus particulares condiciones, ameritan un trato preferente por parte del Estado, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-036 de 1995 M.P., Carlos Gaviria Díaz; T-411 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 666 de 2004 M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes, T-738 de 2003 M.P., Jaime Araújo Rentería y T- 399 de 2004, M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

16 En este sentido la Corte en pronunciamientos como la Sentencia 786 de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, justificó inaplicar las normas que restringían el suministro de medicamentos excluidos del POS a una menor, ya que de acatar esas normas, se ponían en peligro los derechos fundamentales a la integridad física y la salud de la niña que requería la continuidad en la utilización de ese medicamento. Se recalcó que además, era deber de la sociedad y de los entes estatales el salvaguardar la salud d la niña y proporcionarle un mejor modo de vida.

17 Las demás condiciones en que se aplicará la protección especial, tales como las relativas a si el cubrimiento es total o parcial de todos los servicios de salud que requiera el infante, no han sido reguladas por la Ley o el reglamento; lo que en consideración de la Corte, no es óbice para que se aplique la protección establecida , puesto que estas disposiciones inferiores no podrán desconocer el carácter fundamental y la vigencia inmediata que el constituyente ha previsto para estos derechos, como tampoco son traba para su atención la limitada cobertura del sistema de seguridad social implementado, o los límites configurados por instancias del poder público distintas al constituyente. ( Sentencia 1265 de 2001, M.P., Jaime Córdoba Triviño).

18 Sentencia 399 de 2004, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

19 Sentencia 801 de 2004, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

20 Sentencia T-738 de 2003 M.P., Jaime Araújo Rentería . En este caso se refirió la sentencia a personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta y a los derechos de salud de los niños y adolescentes, sintetizando los eventos como estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo, que ameritaban un trato preferente por parte del Estado.

21 Reiterada en sentencia T-924 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

22 Ver fotocopia del carnet obrante a folio 7 y aceptación expresa de la accionada a folio 10 del expediente de tutela.

23 Ver documento a folios 41.

24 Ver folios 7 y 7 vto.

25 Ver Sentencia T- 113 de 2002, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, reiterada entre otras, en la T-409 de 2005 M-P., Clara Inés Vargas Hernández.

26 Oficio dirigido al Juzgado Promiscuo Municipal de Ayapel por COMFACOR ARS, fechado el 1 de febrero de 2005 (fl 46).

27 Cfr. decisiones en el mismo sentido en sentencias como la 818 de 2002 y 140 de 2004 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia 801 de 2004, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra