

Sentencia T-847-09

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Posición que debe adoptar frente a afiliación múltiple

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Si hay afiliación múltiple no está autorizada para cancelar contrato automática y unilateralmente

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIOS DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS de actualizar su base de datos e incluir dentro del sistema de seguridad social al accionante

Referencia: expediente T- 2.333.718

Acción de Tutela instaurada por Jairo Montoya Goetz en contra de la Nueva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de Noviembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el primero (1) de junio de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual confirmó la sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009) del Juzgado Noveno Administrativo del

Circuito de Barranquilla, en cuanto denegó la tutela incoada por el señor Jairo Montoya Goez en contra del la Nueva E.P.S.

## 1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

## 1. SOLICITUD

El señor Jairo Montoya Goez demanda al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, vulnerados por la Nueva E.P.S.

Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

### 1. Hechos y argumentos de derecho

1. Indica el accionante que ostenta la calidad de pensionado del Instituto del Seguro Social, el cual siempre le ha deducido el valor del 12% para el cubrimiento de los servicios de salud para él y para su núcleo familiar.

1. Alega que adolece de glaucoma en ambos ojos, enfermedad que le ha sido tratada, primero por el Instituto del Seguro Social y posteriormente, por la Nueva E.P.S. El

tratamiento incluyó tres operaciones y el suministro del medicamento BIMATOPROST de 0.03% (colirio - gotas), las cuales debe utilizar diariamente con el fin de mantener controlada la presión intraocular.

1. Sostiene que el 8 de octubre de 2008 asistió a cita médica ordenada por la Nueva E.P.S. en la Fundación Oftalmológica del Caribe, con el médico oftalmólogo Enrique Vélez Ortega, quien le formuló nuevamente el medicamento BIMATOPROST de 0.03% (colirio - gotas).

1. La Nueva E.P.S. le negó el suministro del medicamento, argumentando que el Señor Jairo Montoya Goez se encontraba afiliado a la E.P.S Salud Total, entidad que, por consiguiente, sería la encargada de prestarle el servicio de salud al peticionario.

1. Manifiesta el accionante que nunca ha realizado gestiones tendientes al traslado de E.P.S y, en consecuencia, mediante derecho de petición, solicitó a la Nueva E.P.S. la exhibición del documento mediante el cual se realizó la desafiliación de dicha E.P.S. petición no resuelta por la entidad.

1. El Señor Jairo Montoya Goez tiene 72 años de edad y requiere con urgencia el suministro del medicamento, pues afirma que su finalidad es controlar la presión intraocular y evitar la pérdida de la visión que acarrearía graves perjuicios a su integridad personal. Adicionalmente, afirma no tener condiciones económicas suficientes para asumir por su cuenta el elevado costo del medicamento prescrito.

1. Ante la negativa de la Nueva E.P.S. de proporcionar el citado medicamento, el Señor Jairo Montoya instauró acción de tutela para salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. De la misma manera, solicitó como medida provisional con carácter urgente, ordenar a la Nueva

E.P.S. el suministro del medicamento Bimatoprost de 0.03% (colirio-gotas).

## 1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Noveno Administrativo del circuito de Barranquilla denegó la medida provisional solicitada por considerarla improcedente al no encontrar el carácter urgente de la misma. De otra parte, admitió la tutela y ordenó correr traslado a la Nueva E.P.S. Igualmente ofició al Dr. Enrique Vélez Ortega para que rindiera informe sobre la enfermedad del tutelante, su gravedad y los medicamentos recetados. Y ordenó la vinculación de Salud Total S.A. E.P.S teniendo en cuenta que podría tener interés en el resultado de la acción de tutela.

1. La E.P.S. Salud Total S.A. solicitó su desvinculación de la acción de tutela, ya que, en ningún momento, ha vulnerado los derechos fundamentales del Señor Jairo Montoya, pues no tiene con él ninguna clase de relación jurídica o comercial.

Explicó que, efectivamente, el señor Jairo Montoya Goez se afilió a dicha entidad el 6 de julio de 2001 en calidad de trabajador dependiente del empleador "Construcciones Marfil S.A." Sin embargo, el 31 de julio del mismo año el empleador reportó su retiro laboral, sin figurar constancia de su reingreso, razón por la cual el estado actual de afiliación del accionante es desafiliado.

Aclaró que una vez revisada su base de datos encontró que desde Octubre del 2008, se realizaron pagos por parte del ISS a favor del Señor Montoya, pero que no existe contrato vigente entre estas dos entidades para dicho efecto, motivo por el cual Salud Total reembolsará dichos aportes a la Nueva E.P.S

1. La Nueva E.P.S. se opuso a las pretensiones elevadas por el actor.

Sostuvo, no haber vulnerado ningún derecho del accionante, toda vez que el mismo no se encuentra vinculado al régimen contributivo de seguridad social en salud. Lo anterior por

cuanto, una vez revisada su base de datos, determinó que el señor Jairo Montoya Goez tiene cancelada su afiliación, por traslado a otra E.P.S-Salud Total.

Trajo a colación la Sentencia T-330 del 18 de julio de 1994, la cual se refiere a la atención médica condicionada al carácter de afiliado o beneficiario del paciente, donde reza:

“Ello significa que el Instituto únicamente tiene la obligación legal de prestar los servicios asistenciales a sus afiliados, es decir que, miradas las cosas desde el punto de vista de quienes los demandan, tan solo los puede obtener para sí y para quienes dentro de su familia estén cobijados a título de beneficiarios, en la medida en que permanezca en esa condición y, desde luego, cumpla las obligaciones correspondientes a ella”.

Finalmente, después de realizar un análisis de la naturaleza jurídica de la Nueva E.P.S. solicitó declarar la nulidad de la acción de tutela por falta de competencia, ya que, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de las acciones de tutela interpuestas contra una entidad privada, como en el presente caso, recae en primera instancia en los Jueces Penales y Civiles Municipales.

## 1. PRUEBAS DOCUMENTALES

### 1. Documentos obrantes dentro del expediente

Obran como pruebas en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Fórmula médica otorgada por el oftalmólogo de La Nueva E.P.S. Dr. Enrique Vélez Ortega al señor Jairo Montoya Goez, donde se prescribe el medicamento Bimatoprost 0.03% con la indicación de aplicar una gota cada 24 horas en ambos ojos.

1. Formulario para justificar medicamentos por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) de La Nueva E.P.S. suscrito por el Dr. Enrique Vélez Ortega, en el cual, se resume la historia clínica del peticionario y se justifica la receta del medicamento Bimatoprost, arguyendo que la respuesta terapéutica del medicamento POS, inicialmente prescrito, no fue satisfactoria.

1. Copia de la consulta realizada a la base de datos, única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, generado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud FOSYGA del 26 de noviembre de 2008, donde consta que a la fecha el señor Jairo Montoya Goez se encuentra en estado de afiliación activo en la entidad, la Nueva E.P.S. S.A.

1. Copia de los desprendibles de pago de pensión correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, en donde figuran los descuentos realizados por el ISS a Salud Total.

1. Copia del carné de afiliación del Señor Jairo Montoya Goez a la Nueva E.P.S. donde se registra como fecha de afiliación el 1 de octubre de 2008.

## 1. DECISIONES JUDICIALES

### 1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA -JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Mediante Sentencia proferida el diecinueve (19) de marzo de 2009, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Barranquilla, negó la solicitud de amparo de los derechos

invocados por el accionante.

Inicialmente, negó la solicitud de nulidad de la acción de tutela por falta de competencia solicitada por la Nueva E.P.S, decisión que apoyó en el Auto No. 268 del 15 de Octubre de 2008, proferido por la Corte Constitucional, con Ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, en donde se dijo:

“1. La controversia procesal se origina, porque el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín considera que deben conocer del asunto los juzgados del circuito de conformidad con el inciso 2 del numeral 1 del Decreto 1382 de 2000, toda vez que en la solicitud de amparo se encuentra involucrada no solamente una entidad de carácter particular sino también una sociedad de economía mixta.

Por su parte el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Medellín, considera que la acción de tutela se dirige contra Saludcoop -entidad de carácter particular- y no frente a la Nueva EPS, pues la afiliación del señor Bedoya Cano con esa entidad se encuentra cancelada.

2. analizada la situación planteada, observa la Corte que, es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Medellín toda vez que la solicitud de amparo se dirige contra la Nueva EPS y contra Saludcoop.

Para esta Corporación no resulta admisible que el juez de tutela sin haber asumido el efectivo conocimiento de la solicitud, identifique con certeza las autoridades públicas o los particulares que vulneraron o amenazaron los derechos fundamentales objeto de protección constitucional, máxime cuando de manera expresa el accionante ha señalado contra quien se dirige la acción como ocurrió en este caso.

Recuérdese que de conformidad con la jurisprudencia proferida por este Tribunal, a ningún “juez o corporación que ejerza jurisdicción constitucional corresponde determinar a priori contra quienes se dirige la acción de tutela”; “solo después de avocado el conocimiento de la acción de tutela o incluso con posterioridad a la práctica de pruebas, cuando ello es necesario, es que el funcionario judicial puede identificar con certeza, en

cada caso, las autoridades públicas o los particulares que violaron o amenazaron o no el derecho fundamental objeto de protección constitucional.”<sup>1</sup>

Posteriormente, descendió el Despacho a analizar si en el presente caso es procedente no aplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de salud, para ello se acogió a lo dicho por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de junio de 20012, donde se mencionan los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para fallar casos como el presente, y en la que se señaló:

“ En casos como el que ahora se decide, el juez constitucional antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, debe verificar si se dan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup> :

Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>4</sup>, 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;

Que se trate 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;

Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido;

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.) y finalmente,

Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico de la Empresa Prestadora de salud a la cual se halle afiliado el demandante.”<sup>5</sup>

En ese orden de ideas, consideró el Juez de Instancia que no hay certeza sobre el hecho de

que el Dr. Enrique Vélez Ortega haya prescrito el medicamento objeto de reclamación, en su calidad de médico adscrito a la Nueva E.P.S.

De igual manera, arguyó la falta de certeza sobre a cuál de las E.P.S. vinculadas a este proceso se encuentra afiliado el accionante, debido a que, si bien es cierto en la base de datos única de afiliación al Sistema de seguridad Social del FOSYGA figura el señor Jairo Montoya en estado activo de afiliación a la Nueva E.P.S, existe contradicción con respecto a las copias de los comprobantes de pago de pensión obrantes en el expediente, donde el ISS cancela los aportes correspondientes al servicio de salud a la EPS Salud Total, la cual manifiesta no tener entre sus afiliados al Señor Jairo Montoya y expresa que reembolsará dichos aportes a la Nueva E.P.S.

Por lo expuesto, resolvió aplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, esto es, el Acuerdo 8º de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en consecuencia no conceder la tutela invocada.

## 1. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Estimó, que la Nueva E.P.S. no ofrece una explicación sobre en qué momento se realizó la cancelación de su afiliación y se le trasladó a la E.P.S. Salud Total, lo que de haber ocurrido, no habría contado con su consentimiento ni con el lleno de los requisitos exigidos para tales efectos, perjudicando en forma grave su derecho a la seguridad social en salud, al dejarlo desprovisto de atención médica.

Manifestó igualmente, su insatisfacción ante la respuesta dada al Despacho por parte del médico tratante Dr. Enrique Vélez Ortega, quien no menciona los hechos de la demanda, ni se refiere a la orden médica suscrita por él, donde prescribe el medicamento Bimatoprost como el más indicado para el tratamiento de su enfermedad.

Así, sostuvo que las pruebas realizadas por el Juzgado no son suficientes, ni conducentes para solucionar el problema objeto de la litis, pues las mismas no esclarecen la duda sobre cual es la entidad encargada de prestarle a él y a su núcleo familiar los servicios de

salud. Igualmente, aclaró que no fue él quien desencadenó la problemática, sino la Nueva E.P.S. quien por un posible error lo privó de la prestación de este vital servicio.

Finalmente, reiteró su condición de ciudadano de la tercera edad y la imperiosa necesidad de obtener el medicamento, pues la carencia del mismo podría provocarle una ceguera que, a su edad, generaría graves traumatismos para el desarrollo de sus actividades diarias.

## 1. SEGUNDA INSTANCIA - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO

La Sentencia proferida el primero (1º) de junio de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo del Atlántico, confirmó la sentencia de primera instancia al no encontrar vulnerado ningún derecho fundamental del peticionario. En sustento de esta determinación consideró:

El Tribunal acogió las consideraciones realizadas por el “a-quo” en el sentido de no encontrar probada la condición de afiliado del actor a la Nueva E.P.S. ni tampoco se demostró que el Dr. Enrique Vélez Ortega hubiera ordenado el medicamento actuando como médico adscrito a la Nueva E.P.S.

Reflexionó, a su vez el Tribunal sobre el hecho de que los desprendibles de pago aportados como prueba, reflejaron que efectivamente se habían realizados descuentos por parte del ISS y a favor de la E.P.S. Salud Total para el cubrimiento de los servicios de salud del accionante, hecho indicativo de que la Nueva E.P.S. no está en la obligación de asumir este servicio y mal podría entonces exigírsele el suministro del medicamento en cuestión.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Sexta de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

## 1. PROBLEMA JURIDICO

El señor Jairo Montoya Goez instauró la acción constitucional de tutela con el objeto de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho a una vida digna, debido a que la Nueva E.P.S le negó el suministro de un medicamento prescrito por uno de sus médicos para controlar la presión intraocular, presuntamente por no encontrarse afiliado a esta entidad, sino a la E.P.S Salud Total.

Expuso el demandante, que es una persona de la tercera edad, pensionado del Seguro Social y afiliado en salud a la Nueva E.P.S. entidad que le ha tratado la enfermedad de glaucoma en ambos ojos mediante la formulación del medicamento Bimatoprost de 0.03% (colirio-gotas). No obstante, en el mes de octubre del 2008 dicha E.P.S. le negó el suministro del medicamento con el argumento de no figurar como afiliado, señalando a su vez que la entidad responsable de la prestación del servicio de salud es la E.P.S. Salud Total.

1. En el asunto de la referencia la Sala establecerá si la Nueva E.P.S ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, al negarle el suministro del medicamento Bimatoprost, presuntamente por no encontrarse afiliado a esta E.P.S.

Con el fin de solucionar el problema jurídico, esta Sala determinará inicialmente a cual Empresa Prestadora de Salud le corresponde proporcionar el servicio de salud al peticionario en su calidad de afiliado, y posteriormente, si es o no procedente para el presente caso la no aplicación de la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

1. Reglas que deben cumplir las Empresas Promotoras de Salud (EPS) para

resolver casos de múltiple afiliación.

En este orden de ideas, el citado Decreto 806 de 1998, establece:

“Artículo 48. AFILIACIONES MÚLTIPLES. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado, ni estar afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.

Artículo 49. REPORTE DE AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las adaptadas mediante cruce de información o por cualquier otro medio, establezcan que una persona se encuentra afiliada en más de una entidad, deberán cancelar una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado.

Artículo 50. REGLAS PARA LA CANCELACIÓN DE LA AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Para efecto de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:

- Cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente Decreto, será válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas.
- Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado, dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.
- Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.”

Resulta oportuno señalar, que en este trámite tendiente a solucionar los casos de

afiliación múltiple, deben garantizarse los derechos mínimos fundamentales del afiliado, al debido proceso, al derecho de defensa y al de contradicción.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades. En efecto, tanto en la sentencia T-1313 del 7 de diciembre del 2001, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño, reiterada entre otras por la sentencia T-502 del 21 de mayo de 2004, Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa y, en la T-028 del 25 de enero de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo:

i) "... el procedimiento a seguir por parte de las Empresas Promotoras de Seguridad Social en Salud cuando apliquen las normas sobre afiliación múltiple debe garantizar el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política".

(ii) Entre otras consideraciones, la Corte señaló que "(...) la afiliación no es a una empresa promotora determinada sino al Sistema General de Salud y Seguridad Social y por ello, el propósito de la legislación es garantizar la efectiva prestación del servicio en tanto que las controversias por quién tiene la responsabilidad de cubrir los gastos, no constituyen causales de justificación para omitir la prestación del servicio". (acento fuera del texto original).

(iii) Una E.P.S. no puede negarse a prestarle el servicio a quien no tiene la calidad de afiliado, cuando la persona llegó a esta situación "(...) por una decisión automática y unilateral tomada por [la EPS]. Este tipo de proceder desconoce derechos fundamentales (...) y además es el resultado de abusar de una posición de preeminencia al clausurar el vínculo con el afiliado (...)". (acento fuera del texto original).

(iv) Luego de constatar que la reglamentación no establece un determinado procedimiento para desafiliar a quien se encuentre afiliado a múltiples Empresas Promotoras de Salud, la sentencia T-1313 de 2001 señaló que las EPS no están autorizadas para cancelar el contrato automática y unilateralmente.

(v) El procedimiento a seguir, se dijo, “(...) debe garantizar como mínimo los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política. En tal sentido, la entidad debe comunicar al afiliado la situación de múltiples afiliaciones y darle la oportunidad de explicar las razones por las que aparece en diferentes Empresas Promotoras de Salud. (...)” En la sentencia T-1313 de 2001 se tuvo en cuenta, además, que era una persona de la tercera edad que había sido desafiliada, la cual, por mandato constitucional (art. 46), es especialmente protegida por el régimen de seguridad social”

De lo expuesto, dedujo la Sala que, una Empresa Promotora de Salud no puede terminar de manera unilateral y automática el vínculo de afiliación, como en el sub judice lo hace La Nueva EPS, sin informar al afectado de la situación de múltiple afiliación presentada, es decir, sin seguir un debido proceso administrativo, vulnerando el derecho al debido proceso y a la defensa de los usuarios.

Considera la Sala que, La Nueva EPS tomó la decisión de desafiliar al peticionario, como consecuencia de un mal manejo de la información contenida en su base de datos, por lo cual es necesario un pronunciamiento especial sobre la imposibilidad de trasladar al peticionario las fallas o deficiencias de la administración en el manejo de información relacionada con la seguridad social.

Al respecto, la Sala reitera la obligación constitucional de los administradores de archivos públicos, en el sentido de actualizar la información que custodian y administran, toda vez que ésta permite el goce efectivo de los derechos de los titulares de la información.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha fijado el criterio en virtud del cual, la administración no puede, ni debe trasladar al peticionario las fallas o deficiencias en el manejo de la información que está obligada a guardar en sus archivos. Sobre este punto la Sentencia T-1160A del 1° de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, señaló:

(...)

Las consecuencias derivadas de estas dos fallas en la información y registros que administra el Instituto de Seguros Sociales no pueden ser trasladadas a los particulares. La protección de los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por esa información y el principio de buena fe, exigen que la administración maneje de manera diligente esa información y mantenga actualizados los datos de quienes hacen sus aportes e impiden que se traslade a los individuos la carga de demostrar situaciones cuya prueba e información está en manos de la propia administración. (...)"

Se concluye entonces, que el ejercicio de un derecho fundamental como el derecho a la salud, no puede verse truncado o interrumpido por el descuido administrativo con el que determinada Empresa Prestadora de Salud maneja su archivo documental.

1. Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad. Reiteración jurisprudencial.

De la misma manera y en desarrollo del artículo 13 constitucional, en virtud del cual el Estado debe adoptar medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a la igualdad, esta Corporación, por vía jurisprudencial ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una especial y reforzada protección, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales son consustanciales a su avanzada edad.

Sobre el particular, esta corporación ha establecido:

"Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran"6.

En conclusión, una vez reconocida la condición de sujetos de especial protección que ostentan los adultos mayores, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra el servicio de salud. Bajo este supuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

En relación con este aspecto, sostiene la Corte que el derecho a la vida no se restringe a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando estas afectan la calidad de vida digna del enfermo<sup>7</sup>. Así mismo la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, establece que en relación con las personas de la tercera edad, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere trascendental importancia dadas las condiciones características de este grupo poblacional, antes mencionadas, que obligan al Estado a amparar con más ahínco sus derechos.

Sin embargo, para cumplir efectivamente esta consigna, deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, pues en ocasiones la protección de este derecho fundamental, implica la consideración de exceptuar la aplicación del régimen establecido en materia de seguridad social.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del P.O.S. - Reiteración de jurisprudencia-

Ahora bien, no debe olvidarse que el sistema que orienta la seguridad social en salud, busca garantizar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad e integridad, por lo tanto y dada la indiscutible escasez de recursos, la legislación ha establecido un régimen de exclusiones, priorizando lo más urgente y necesario para salvaguardar los derechos de los afiliados, pasando por alto aquello que no los comprometa de manera grave y vital.

No obstante, existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención que, a pesar de no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), su no autorización vulnera o pone en peligro derechos constitucionales fundamentales de las personas como la vida, la integridad personal y

la dignidad humana.

En este sentido, para que proceda la inaplicación del POS y, en consecuencia, sea procedente a través de esta acción ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos en él, esta Corporación ha indicado la necesidad de verificar el cumplimiento de determinados requisitos a saber:

i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.<sup>8</sup>

En este entendido, arguye la Sala que cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple con los anteriores requisitos y requiere, como en el presente caso, del suministro de un medicamento, éste debe suministrársele por parte de la E.P.S encargada de brindarle el servicio de salud, aun cuando el mismo se encuentre excluido del plan Obligatorio de Salud.

## 1. CASO CONCRETO

En el presente caso, la Sala determinará, si La Nueva E.P.S. ha vulnerado el derecho

fundamental a la salud del señor Jairo Montoya Goez, al haber omitido el procedimiento señalado por la ley para resolver los casos de afiliación múltiple, y en consecuencia, haber dejado al demandante desprovisto de atención dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud. Posteriormente y, una vez establecido en cabeza de qué entidad se encuentra la obligación de prestar el servicio de salud, ésta Sala indicará la viabilidad y la procedencia de la acción de tutela, para ordenar el suministro de un medicamento no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Alega La Nueva E.P.S. que no le corresponde prestar el servicio de salud a quien no tiene la calidad de afiliado, pero omite considerar que a esta situación se llega por una decisión automática y unilateral tomada por ella misma. Esta circunstancia se deduce de las aseveraciones del demandante, quien sostiene haber asistido a una cita programada con un médico adscrito a esta entidad y quien utilizando un formato proporcionado por La Nueva E.P.S. justifica la prescripción de un medicamento fuera del POS. (Ver folio 6)

De igual manera, se observa dentro del expediente copia simple del carné de afiliación del señor Jairo Montoya Goez a La Nueva E.P.S. donde figura como fecha de afiliación, el 1° de agosto de 2008, situación que se corrobora aún más, con la consulta realizada a la base de datos única de afiliación del Fosyga, el 26 de noviembre de 2008, de donde se desprende que, a la fecha, el estado de afiliación del demandante es activo en relación con La Nueva E.P.S. S.A. (ver folios 10 y 7)

En el caso sub judice, si La Nueva E.P.S. hubiera procedido acatando la Constitución Política y le hubiera brindado la oportunidad al señor Montoya Goez de controvertir lo considerado sobre el estado de su afiliación, los hechos que motivan esta acción de tutela, al menos en lo relacionado con la condición de múltiple afiliación, se hubieran evitado.

Como ya se mencionó, este tipo de proceder desconoce derechos fundamentales y constituye un abuso por parte de la Empresa Prestadora de Salud, cuando termina el vínculo con el afiliado sin brindarle la oportunidad de escoger la institución que le preste el servicio y dejándolo sin cubrimiento alguno, máxime cuando en el presente caso, existe la condición especial de tratarse de una persona de la tercera edad, la cual conforme a la Constitución debe ser persona especialmente protegida por el régimen de

seguridad social (artículo 46 de la Constitución).

Advierte la Sala, como La Nueva E.P.S. no proporcionó respuesta alguna al derecho de petición elevado por el Señor Jairo Montoya Goez, ni tampoco presentó a los jueces de instancia explicaciones claras y de fondo sobre en qué momento y mediante qué procedimiento se dio por terminada la respectiva afiliación, tampoco señaló con base en qué, tomó la decisión unilateral de empezar a girar con destino a la E.P.S. Salud Total lo pertinente al cubrimiento de salud del peticionario, pues como bien lo afirma el accionante, en ningún momento adelantó trámite alguno tendiente a establecer un vínculo contractual de afiliación con dicha entidad, argumento reiterado por Salud Total E.P.S.

Por lo anterior, encuentra la Corte que La Nueva E.P.S. vulneró el derecho de petición y a la seguridad social del actor, al no explicar la situación presentada, más aún cuando la condición de debilidad manifiesta que ostenta el actor, exige de la administración una actuación expedita y eficaz que evite postergar indefinidamente el goce efectivo del derecho a la salud.

En este orden de ideas, encuentra la Corte pertinente recordar a La Nueva E.P.S. que para hacer cierto el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y garantizar a todos los habitantes su derecho irrenunciable a la seguridad social, es necesario, por parte de las entidades que administran bases de datos de sus usuarios, que los procesos de almacenamiento y circulación interna de información se realicen de forma completa, oportuna y actualizada, junto con la implementación de instrumentos eficaces dirigidos a que los afiliados ejerzan las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de dicha información.

Finalmente, la Sala establecerá si frente a este caso concreto, puede no aplicarse la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

Considera la Sala, que de acuerdo con lo expresado en la parte argumentativa de esta providencia, debe concluirse que en el presente caso, se cumplen los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para que por medio de la acción de tutela se pueda ordenar un medicamento no contenido en el POS.

Inicialmente, se demostró que la falta del medicamento Bimatoprost, amenaza el derecho fundamental a la vida digna o la integridad física de la persona, ya que su prescripción está orientada a controlar la presión intraocular, lo que de no hacerse produciría ceguera, desmejorando inevitablemente la calidad de vida del peticionario. En este punto, es pertinente recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia T- 760 de 20089, señala que la autorización de un medicamento no incluido dentro del POS, obedece esencialmente a su necesidad para salvaguardar la salud del peticionario.

Por otro lado, concurre el requisito que exige que el procedimiento no pueda 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. Frente al caso, existe dentro del expediente, el original del formulario en el cual La Nueva E.P.S. justifica la formulación de un medicamento fuera del POS y donde se indica que, la respuesta terapéutica del medicamento POS inicialmente prescrito no fue satisfecha.

En relación con estos dos requisitos, su cumplimiento se deduce, al tener en cuenta que en la formulación del medicamento intervino el médico tratante, quien, además, es especialista en oftalmología, lo cual es indicativo de tratarse de una persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la respectiva E.P.S. De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que se trata de una fuente técnica primordial e idónea, para establecer qué tipo de tratamiento médico es requerido por el tutelante en aras de restablecer o mejorar su estado de salud.

Por otra parte, afirma el accionante no tener capacidad económica para sufragar directamente el elevado costo del medicamento, circunstancia reafirmada a través de los comprobantes de pago de la pensión del demandante, donde se observa que el monto de la misma corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente.

En este orden de ideas, la Sala ordenará revocar los fallos de instancia para en su lugar conceder el amparo solicitado y en merito de lo expuesto,

**RESUELVE**

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el primero (1°) de junio de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual confirmó la sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009) del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Barranquilla y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud y a la vida digna del señor Jairo Montoya Goez.

SEGUNDO. ORDENAR a La Nueva E.P.S. S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a actualizar su base de datos y en consecuencia incluya dentro del sistema de seguridad social en salud al señor Jairo Montoya Goez, absteniéndose en lo siguiente de girar a nombre de Salud Total E.P.S. el valor correspondiente al cubrimiento del servicio de salud.

TERCERO. ORDENAR a La Nueva E.P.S. que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, garantice el suministro del medicamento BIMATOPROST de 0.03% (colirio-gotas), aún cuando no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud, según las prescripciones del médico tratante.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

## Secretaria General

1 Corte Constitucional, Auto 112 de 2.006 ,MP Jaime Córdoba Triviño

2 Consejo de Estado, Sentencia AC-618 del 28 de junio de 2001, MP Alier Eduardo Hernández Enríquez

3 Ver entre otras, sentencias SU-111 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-560 de 1998 y T-409 de 2000

4 Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-111 de 1997

5 Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz

6 Sentencia T-540 del 18 de julio de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández

7 Sentencia T-096 del 18 de febrero de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra

8 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02 y T-990/02.

9 Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa