

República de Colombia
Rama Judicial



Distrito Judicial Administrativo de Sucre
Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

Sincelejo, veintitrés (23) de agosto de dos mil trece (2013)

Referencia: Acción de Tutela
Radicación No: 700013333006–2013–00205–00
Demandante: Isabel Díaz Ursola
Demandado: Nueva E.P.S. S.A.

Tema: Amparo del derecho a la salud a persona de la tercera edad por negación de la E.P.S. de autorizar y entregar medicamento por fuera del POS formulado por su médico tratante.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. La demanda (fols. 1-7).

1.1.1. Partes.

Accionante. Isabel Díaz Ursola identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.168.452 expedida en Sincelejo (fl. 8).

Accionado. Nueva E.P.S. S.A. quien actuó a través de apoderado judicial (fls. 30-32).

1.1.2. Hechos.

El 12 de junio del año 2013 la accionante cumplió la cita que le fue programada por la entidad accionada con el médico psiquiatra adscrito a esa entidad, Dr. Leopoldo Domínguez, oportunidad en la cual le recetó el

medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tableta) por 60 unidades con el fin de combatir su falta de sueño.

El día 13 de junio de 2013 radicó ante la Nueva E.P.S. autorización para la entrega del medicamento recetado.

El 24 de junio de 2013 a través del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, expedido por el Coordinador del Comité Técnico Científico de la Nueva E.P.S., se le negó la autorización del servicio de entrega del medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tableta) aduciendo que:

“Corresponde a tratamientos experimentales o aquellos medicamentos que se prescriben para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentran expresamente excluidas de los planes de beneficios conforme al art. 54 del Acuerdo 008 de 2009 Res. 3099 de 2009 Artículo 6, Parágrafo Único – exclusión expresa”

La falta de dicho medicamento acarrea en su salud un grave perjuicio, toda vez que al no poder conciliar el sueño, se ve afectada en el desarrollo de las actividades que a diario se propone hacer, produciéndole desgaste físico e insoportables dolores de cabeza y de la vista.

En la actualidad la demandante tiene 74 años de edad, por ello su salud se va deteriorando con más facilidad.

No cuenta con los recursos suficientes para costearse el mencionado medicamento por lo que recurre a este despacho, con el fin de que le sean protegidos los derechos fundamentales que considera le están siendo violados por la entidad accionada.

1.1.3. Pretensión.

La accionante solicita que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud; por tanto, que se le ordene a la nueva E.P.S. le entregue el medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tableta).

1.2. Contestación de la demanda (fls. 27-29).

La entidad accionada contestó la demanda informando que, la señora Isabel Díaz Ursola se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante; el estado de su afiliación es activo; por ello puede acceder a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud.

Afirma, que no existe incumplimiento por parte de la Nueva E.P.S. porque, de acuerdo a lo solicitado en la tutela el medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tableta) es una exclusión expresa del POS, pues no está listado en el anexo técnico I del Acuerdo 029 de 2011, no hay evidencia de que se hayan agotado las opciones que se encuentran dentro del POS tales como alprazolam, diazepam, midazolam, lorazepan entre otros.

Por lo anterior, solicita que se declare improcedente la tutela, por cuanto se cuentan con alternativas al medicamento solicitado; de todos modos expresó, que si se accede a las pretensiones de la accionante, se le debe reconocer a la Nueva E.P.S. el derecho de realizar el recobro respectivo al FOSYGA.

1.3. Concepto del señor Procurador 104 Judicial 1 Administrativo.

No conceptuó en el presente asunto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Se plantea en la demanda, que la entidad demandada le está vulnerando a la accionante sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud, porque se negó a suministrarle el medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tabletas), con el argumento de que no está en el Plan Obligatorio de Salud.

Afirma la accionante, que tal omisión le desconoce esos derechos fundamentales, dado que dicho medicamento se lo prescribió el médico

Psiquiatra adscrito a la entidad demandada, para el tratamiento del insomnio que padece, enfermedad que por su edad le causa mayor desgaste físico, le impide realizar las labores diarias, y le produce dolor de cabeza y en la vista. Sostiene, que no cuenta con los recursos necesarios para costearse a diario el medicamento mencionado.

La Nueva E.P.S. afirma que no hay incumplimiento ni mucho menos vulneración de derechos fundamentales por parte ellos, porque el medicamento solicitado no se encuentra listado en el anexo técnico I del Acuerdo 029 de 2011; además, no existe evidencia de que se agotaron las opciones que se encuentran dentro del POS tales como alprazolam, diazepam, midazolam, lorazepam, entre otros.

2.2. Se formula como problema jurídico el siguiente:

¿Le está vulnerando la entidad accionada el derecho fundamental a la salud a la señora Isabel Díaz Ursola, al negarle la autorización del medicamento ZOLPIDEM 10 mg (tabletas) formulado por su médico tratante, aduciendo que no se han agotado las opciones que se encuentran dentro del POS?

Para darle respuesta al problema jurídico planteado se tratarán los siguientes puntos:

- i. Derecho a la salud de los adultos mayores y personas de la tercera edad.
- ii. Autorización de medicamentos NO POS por medio de tutela.
- iii. Prevalencia de la prescripción realizada por el médico tratante frente a los conceptos de los Comités Técnicos Científicos.

2.3. Respecto al derecho a la salud de los adultos mayores y de las personas de la tercera edad la H. Corte Constitucional ha manifestado¹ que:

“... el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho constitucional fundamental autónomo², en razón a que esta parte de

¹ Sentencia T-057 de 2013, Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, M.P. Alexei Julio Estrada

la población ha sido considerada como *sujeto de especial protección constitucional* que merece una protección reforzada en todos los ámbitos, debido a su condición de debilidad manifiesta.³ Esta calidad encuentra sustento en el artículo 46 de la Constitución Política conforme al cual existe un deber de brindar protección y asistencia a las personas de la tercera edad a cargo del Estado, la sociedad y la familia y una obligación exclusiva del Estado de garantizarles los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario, en caso de indigencia⁴. Así como, en el artículo 13 de la Carta conforme al cual deberá protegerse de forma especial a quienes, por su condición física, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles a las personas de la tercera edad la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante o en atención a las patologías diagnosticadas, siempre en respeto de los principios de *integralidad, oportunidad y continuidad*.⁵

En definitiva, a partir de los anteriores preceptos, para la Corte los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y que es por ello que el Estado tiene el deber de garantizarles una atención integral en salud. La protección del derecho a la salud de los adultos mayores se hace relevante en el entendido de 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. Por todo lo anterior es que las obligaciones en materia de salud, derivadas del principio de solidaridad, deberán cobrar aún mayor fuerza cuando se trata de garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad.⁷

De lo anterior, se destaca que, debido a su condición de debilidad manifiesta los adultos mayores y personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional, luego para garantizarles los derechos fundamentales a la igualdad de trato, a la vida en condiciones dignas y el derecho a la salud, a ellos se les deben prestar los servicios de salud de manera preferente, oportuna, integral y continua.

² Ver, entre otras, las sentencias T-1081 del 2001, T-892 del 2005, T-989 del 2005, T-004 del 2002.

³ Sentencia T-501 de 2010.

⁴ Constitución Política, Artículo 46 “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”

⁵ Sentencia T-989 del 27 de septiembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

⁷ Sentencia T-801 de 1998.

2.4. Sobre la autorización de medicamentos NO POS a través de tutela ya es reiterada la posición de la Corte al establecer cuáles son los requisitos para acceder a esa petición; en efecto, en sentencia T-017 de 2013, entre otros argumentos, expresó:

“La autorización de prestaciones NO POS por vía de tutela está asociada, por eso, con una multiplicidad de aspectos que tienen que ver, tanto con la importancia que tiene el tratamiento, medicamento o insumo en el proceso de recuperación del paciente como con la capacidad del peticionario para financiar el producto o servicio requerido a través de sus propios recursos. Para facilitar la labor de los jueces de tutela, la sentencia T-760 de 2008 sintetizó las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud se compagine con las obligaciones que corresponden al Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud de sus asociados.

Así, el reconocimiento de los servicios, medicamentos e insumos no incluidos en el POS se encuentra sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La falta del medicamento o el procedimiento excluido debe amenazar los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- 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, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- El servicio debe haber sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo;
- Se requiere que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.”

2.5. Finalmente, sobre la prevalencia de la prescripción realizada por el médico tratante frente a los conceptos de los Comités Técnicos Científicos, la Corte Constitucional se ha manifestado afirmando⁸ que:

“Ha sido amplia la jurisprudencia de esta Corporación al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a

⁸ Sentencia T-873 de 2011 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, M.P. Mauricio González Cuervo.

acceder a los servicios de salud que se *requieran* para resguardar su dignidad humana⁹. En esta línea, la Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio¹⁰.

De ahí, que esta Corporación haya señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud¹¹."

En conclusión siempre que haya disparidad de conceptos entre el médico tratante, el Comité Técnico Científico de la E.P.S. u otro médico que no sea de la especialidad del médico tratante adscrito a ella, prevalecerá el concepto del primero, toda vez que es éste quien conoce de primera mano los padecimientos del paciente y es quien sabe que tratamiento o medicamentos requiere su paciente.

Dilucidado los anteriores puntos se procederá al análisis de las pruebas existentes dentro del expediente y a la conclusión del caso concreto.

2.6. Caso concreto.

2.6.1. Teniendo en cuenta los elementos probatorios que se encuentran dentro del expediente, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Está demostrado que la señora Isabel Díaz Ursola tiene 74 años de edad, ya que según la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 8) nació el

⁹ Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008: "Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad."

¹⁰ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-007 de 2005, T-760 de 2008 y T-674 de 2009.

¹¹ Sentencia C-463 de 2008. En esta la Corte afirmó: "las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud"

10 de marzo de 1939. En consecuencia, por su edad, es un sujeto de especial protección constitucional, ya sea que se le califique como adulto mayor a la luz de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1276 de 2009, o persona de la tercera edad según argumento consignado en el numeral 36 del auto de tutela No. 110 del 5 de junio de 2013 de la Corte Constitucional, entre otras providencias.

- Está demostrado que la accionante se encuentra afiliada a la Nueva E.P.S. como cotizante (fls. 9 y 27).
- Está demostrado que la señora Isabel Díaz Ursola el día 12 de junio de 2013 fue atendida en la Clínica Santa Isabel, por cuenta de la Nueva EPS. En esa cita el Dr. Leopoldo Domínguez, Psiquiatra, anotó como impresión diagnóstica “Trastorno Primario del Sueño”. Le formuló Zolpidem 10 mg, una pastilla cada noche antes de acostarse por dos (2) meses, es decir, 60 pastillas (fls. 10-11 y 29).
- Igualmente se demostró que la accionante el 13 de junio de 2013 solicitó ante la Nueva E.P.S. la autorización para la entrega del medicamento formulado por su médico tratante (fl. 12).
- Está demostrado que la Nueva E.P.S. el 24 de junio de 2013 le negó a la accionante la autorización del medicamento Zolpidem 10 mg (tableta), considerando que ese tipo de medicamentos están excluidos expresamente de la norma, Acuerdo 029 de 2011 art. 49 num. 4, y como alternativa, le dijo a la accionante que se dirigiera a su médico tratante quien le indicaría la conducta a seguir (fl. 13).

De otra parte, el juzgado en la admisión de la demanda bajo estudio (fl. 15), le solicitó a la demandante que demostrara cuáles son sus ingresos y los gastos en que incurre mensualmente, a lo que ella respondió y aportó los siguientes elementos probatorios (fls. 22-26):

- Copia del desprendible del último mes de pago de su pensión, en el que consta que la mesada de la pensión de la accionante es de \$793.111,es

decir, 1.34 S.M.L.M.V., de la que se le descuenta, \$95.200 para la Nueva EPS., y \$176.419 para COOEXPOCREDIT.

- Copia de los recibos de servicios públicos por los que pagó:
 - Agua: \$18.170 por el mes de junio (fl. 24).
 - Energía: \$85.940 por el periodo del 4 de junio de 2013 al 4 de julio de 2013 (fl. 25).
- Copia de una factura de pago de tarjeta de crédito de fecha 15 de julio de 2013 por el valor de \$131.000 (fl. 26).

Así las cosas, está demostrado que la mesada pensional de la accionante es de \$793.111 de los cuales le descuentan \$95.200 para la Nueva E.P.S. S.A. y \$176.419 para COOEXPOCREDIT, quedándole un valor neto de \$521.492, con esta cantidad paga los servicios públicos y una deuda por tarjeta de crédito, por un valor total aproximado de \$235.110, por lo que le queda a final de mes \$286.382 para su alimentación y otros gastos.

El juzgado de oficio verificó en la página de internet de Drogas la Rebaja (fl. 33) y el medicamento Zolpidem 10 mg tabletas caja por 10 tabletas tiene un valor de \$18.150, por lo que el tratamiento de 60 tabletas formulado por el médico tratante de la accionante, tendría un valor de \$108.900, que puede variar de una droguería a otra.

El juzgado le solicitó al médico tratante de la señora Isabel Díaz Ursola, Dr. Leopoldo Domínguez de la Ossa que informara si el medicamento formulado por él a la accionante Zolpidem 10 mg (tabletas) tiene sustituto dentro del POS y cuál es la patología que padece la accionante, a lo que respondió (fl. 21):

o "El medicamento Zolpidem 10 mg tabletas no tiene sustituto dentro del POS.

o La Usuaria Isabel Díaz Ursola sufre de trastorno primario del sueño.”

La Nueva E.P.S. frente a la pregunta de si dicho medicamento tiene sustituto en el POS, sostuvo que el Dr. Juan Alfonso Lara Tejada de Nueva EPS SA, al consultar el estado de la solicitud, estableció lo siguiente:

“Solicitud no procedente, el medicamento ZOLPIDEM 10 mg (TABLETA), es una exclusión expresa del POS pues no está listado en el anexo técnico y que no se evidencia que se hayan agotado las opciones que se encuentran dentro del POS como alprazolam, diazepam, midazolam, lorazepam entre otros.”

2.6.2. Teniendo en cuenta lo demostrado dentro del expediente, y para responder el problema jurídico planteado, se afirma que la Nueva EPS SA le está desconociendo a la señora Isabel Díaz Ursola el derecho fundamental a la salud, por no autorizarle y entregarle las 60 pastillas del medicamento Zolpidem 10 mg , no incluido en el POS, prescrito por su médico tratante vinculado a la EPS, para el tratamiento del trastorno primario del sueño que padece, ya que está demostrado que dada su condición de persona de la tercera edad, la falta de dicho medicamento le amenaza su salud e integridad personal, dicho medicamento no tiene un sustituto en el POS a juicio del médico tratante, y ella no cuenta con los recursos económicos para asumir su costo.

Se precisa que, ante la disparidad existente en los criterios del Dr. Juan Alfonso Lara Tejada, quien según la contestación de la demanda encabeza el área médica de la Nueva E.P.S., y el presentado por el médico tratante de la accionante, Dr. Leopoldo Domínguez de la Ossa Médico Psiquiatra, al afirmar el primero que no hay evidencia de que se agotaron las opciones existentes dentro del POS tales como alprazolam, diazepam, midazolam, lorazepam, entre otros, y lo afirmado por el segundo, en el sentido de que no existe sustituto dentro del POS para el Zolpidem, este juzgado considera que prima el concepto presentado por el segundo.

Lo anterior porque, por una parte, es el médico tratante quien conoce de primera mano la patología y el tratamiento necesario que requiera su paciente; por otra parte, porque la Nueva E.P.S. no desvirtuó científicamente que el medicamento Zolpidem 10 mg (tableta), ordenado por el Dr. Leopoldo Domínguez de la Ossa, Médico Psiquiatra que atiende a la demandante por cuenta de la Nueva EPS, puede ser sustituido por los existentes dentro del POS, con la misma efectividad para el tratamiento del trastorno primario del sueño que sufre la accionante.

En conclusión, están demostrados los elementos para que, por vía de tutela, se le ordene a la entidad accionada que le autorice y entregue a la señora Isabel Díaz Ursola, el medicamento Zolpidem 10 mg (tabletas), no pos, formulado por su médico tratante adscrito a la Nueva E.P.S.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

3.1. Le tutela a la señora Isabel Díaz Ursola su derecho fundamental a la salud.

3.2. Le ordena a la Nueva E.P.S., que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, le autorice y le entregue a la señora Isabel Díaz Ursola el medicamento Zolpidem 10 mg (tabletas) formulado por su médico tratante, en la cantidad que éste le formuló, y le siga formulando.

3.3. Se reconoce que la Nueva E.P.S. S.A. tiene derecho de realizar el recobro respectivo al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por los gastos en que incurra al cumplir el presente fallo.

3.4. Notifíquese la presente providencia a las partes por un medio expedito y eficaz.

3.5. Si no es impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Decreto 2591/91 art. 31 inciso 2).

Mary Rosa Pérez Herrera
Jueza

WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO