

## **SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS POR FUERA DEL P.O.S. – Requisitos / ACCION DE TUTELA – Suministro de medicamentos por fuera del POS**

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado los requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos no incluidos en el POS, y que en el evento en que éstos no sean suministrados a una persona que lo requiere, se le estaría desconociendo su derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la seguridad social. Tales requisitos son los siguientes:”(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas; (ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS., que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitándole el tratamiento”.

**Nota de relatoría:** Sobre el suministro de medicamentos por fuera del Pos, sentencias, CE, S4, Rad. AC-00138, 2008/06/18, M.P. Héctor J. Romero Díaz, CC, Rad. T-1020/06, 2006/12/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño

### **SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL – Sobrecostos por otorgamiento de medicamentos no incluidos en el POS los puede obtener del Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares / FONDO-CUENTA DEL SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES – Debe financiar sobre costos por ortorgamiento de medicamentos no incluidos en el POS del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares**

El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -SSMP- tiene un régimen especial, por lo que debe gobernarse por las normas que lo crearon, razón por la cual la financiación de los sobrecostos en que incurra por los medicamentos que no figuran en el POS, los podrá obtener del Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, que, precisamente, fue creado para tales eventos, sin que deba mediar orden del juez de tutela.

**Nota de relatoría:** Sobre la financiación de sobrecostos por otorgamiento de medicamentos no incluidos en el POS por el Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, Sentencia CC, Rad. T-540/02, 2002/07/18, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**CONSEJERO PONENTE: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009).

**Radicación número: 41001-23-31-000-2009-00107-01(AC)**

**Actora: AMPARO PÉREZ CALDERÓN.**

**Demandado: SANIDAD MILITAR**

**Referencia: ACCIÓN: TUTELA.**

Se decide la impugnación oportunamente interpuesta por el Director de Sanidad de las Fuerzas Militares de Colombia, contra el fallo de 31 de marzo de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, que accedió a la tutela impetrada.

#### **I.- LA SOLICITUD DE TUTELA**

**I.1.- JOSE ESPER SILVA GUARNIZO**, obrando como agente oficioso de su cónyuge, señora **AMPARO PÉREZ CALDERÓN**, en escrito presentado ante la

Oficina Judicial del Tribunal Administrativo del Huila el 18 de marzo de 2009, instauró acción de tutela contra Sanidad Militar, con el fin de que se le protejan los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana.

**I.2-** Las violaciones antes enunciadas las infiere la actora, en síntesis, de lo siguiente:

1º: Asegura que se encuentra afiliada al Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, en calidad de beneficiaria, y que la entidad encargada de administrar los recursos de salud es Sanidad Militar.

2º: Afirma que tiene 48 años de edad y padece de Artritis Reumatoidea Severa, enfermedad progresiva que requiere atención inmediata y continua, por lo que el médico tratante le ordenó el medicamento Mabthera (Rituximab), el que debe ser aplicado en una Unidad de Quimioterapia y de manera hospitalaria.

3º: Manifiesta que Sanidad Militar negó la autorización del medicamento, señalando que se encuentra fuera del Acuerdo núm. 042 de 2005 y que el Comité Técnico Científico consideró impertinente su uso y ordenó una nueva valoración por el Grupo de Reumatología de Cuarto Nivel.

4: Advierte que si no le suministran los medicamentos de forma completa y oportuna, el tratamiento debe ser suspendido, y la enfermedad no da espera, ya que es de carácter degenerativo, y sin un manejo adecuado puede ocasionar daños irreparables.

5º: Informa que la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora de Medicamentos, recomendó aceptar la nueva indicación de Mabthera en asociación con MTX en el tratamiento de la Artritis Reumatoidea Severa Activa.

6º: Finalmente, anota que Sanidad Militar está en la obligación de salvaguardar la vida de sus afiliados, y en este momento su calidad y cantidad de vida están en inminente peligro, además de que no cuenta con los medios económicos para comprar dicho medicamento y pagar la aplicación del mismo en una Unidad de Quimioterapia con experiencia y de manera hospitalaria.

Por lo anterior, solicita que se le protejan los derechos invocados y, en consecuencia, se le ordene a Sanidad Militar que en el término de 48 horas le suministre el medicamento Mabthera (Rituximab), así como la aplicación del mismo en una Unidad de Quimioterapia con experiencia y de manera

hospitalaria, con carácter urgente, toda vez que es de vital importancia para el manejo de su enfermedad. Así mismo, que la entrega del medicamento, una vez se inicie el tratamiento no se puede suspender y se debe aplicar según prescripción médica.

**I.3.-** El representante legal de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, al contestar la demanda de tutela adujo, en síntesis, que el Comité Técnico Científico puede negar el medicamento prescrito por el médico tratante y la entidad se puede liberar de la obligación de suministrarlo; y que si el Comité o la EPS presentan una opinión científica sólida que controvirtiera lo establecido por el médico tratante, el juez de tutela no puede obligar a hacer cumplir lo ordenado por este último.

Explica que hasta tanto se logre la diligencia del médico tratante con apoyo de la paciente, para adelantar los trámites que exige el protocolo y efectuar una nueva valoración por el Grupo de Reumatología, ha de controlarse el tratamiento con medicamentos que se encuentren incluidos en el Plan Integral de Salud.

Anota que la prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas, como lo establece el

Manual Único de Medicamentos, sin obtener resultados satisfactorios dentro del término indicado, mas no para justificar la marca comercial del producto.

Resalta que el juez de tutela no puede entrar a debatir asuntos tales como la práctica de un procedimiento o entrega de medicamentos de manera inmediata, habida cuenta de que debe atender el protocolo pues, de lo contrario, estaría poniendo en peligro la vida de quien acciona, subrogando el procedimiento médico establecido y usurpando competencias de las juntas de especialistas.

En este orden, considera improcedente la entrega de medicamentos fuera del P.I.S., y señala que no hay vulneración de derechos fundamentales de la actora, teniendo en cuenta que esta pretensión se hubiese podido obtener con la presentación del caso concreto ante el Comité Técnico Científico, quien atendería la correspondiente autorización, sin necesidad de pronunciamiento judicial.

En razón a lo anterior, reitera la improcedencia de la acción de tutela, en la medida en que no es necesario acudir a tan exclusiva instancia constitucional omitiendo los trámites estatuidos para atender situaciones como la presentada en esta oportunidad.

**I.4.-** La Directora del Establecimiento de Sanidad 5176 se opuso a las pretensiones de la accionante, argumentando que ha brindado la atención médica especializada requerida por la actora, en su calidad de usuaria de las Fuerzas Militares.

Sustenta que en razón a que el medicamento reclamado se encuentra fuera del Acuerdo 042 de 2005, solicitó al Comité Técnico Científico de Medicamentos de la Dirección de Sanidad del Ejército, la autorización para su suministro, sin embargo, dicha dependencia mediante Acta 06 de 19 de febrero de 2009 consideró no pertinente tal suministro, manifestando que la paciente requiere valoración por el Grupo de Reumatología en el Cuarto Nivel.

## **II.- EL FALLO IMPUGNADO**

El Tribunal Administrativo del Huila, para acceder a la acción de tutela, consideró, en síntesis, lo siguiente:

Halló legitimada la agencia oficiosa del esposo de la actora debido a que ésta se encuentra imposibilitada para asumir su propia defensa, pues además de la enfermedad de artritis reumatoide severa que padece desde hace 19 años,

que le impide moverse por sí sola, ha sido intervenida quirúrgicamente de trasplante de rodilla izquierda, de cuello de cubito derecho y hace siete meses de un trasplante de cadera.

Luego de analizar el artículo 7º del Acuerdo 042 de 2005, encontró que el Comité Técnico Científico del Ejército Nacional, al señalar la no pertinencia del suministro del medicamento, no cumplió con la exigencia del párrafo de la citada disposición, pues se limitó a recomendar valoración de la paciente por el Grupo de Reumatología de Cuarto Nivel de la entidad militar, sin aducir argumentos de carácter científico para el efecto, procedimiento que, a juicio del a quo, debió ser agotado y de esta forma resolver inmediatamente la controversia, en relación con el criterio médico que considera el medicamento como adecuado para el tratamiento de la artritis reumatoide severa.

Afirmó que en los casos en que el concepto del citado Comité carezca de fundamento científico, prevalece el criterio del médico tratante de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por último, señaló algunos criterios que la jurisprudencia ha desarrollado, para que proceda el amparo de un derecho fundamental como la vida o la dignidad, así:

*“i) Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administración, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; <sup>1</sup> ii) 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 que ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; iii) que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido ni acceder a él por otro sistema o plan; iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante”.*<sup>2</sup>

Consideró que en el caso sub examine concurrían tales aspectos, por lo que accedió a la protección de los derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana de la actora, ordenándole a la Dirección de Sanidad Militar que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, le suministrara a la actora el medicamento RITUXIMAB AMPOLLA 500 MG., cuya aplicación deberá sujetarse a la dosis y prescripción médica ordenada; y que el costo del medicamento debe ser cubierto por partes iguales entre la Dirección de Sanidad Militar y el Fosyga.

### **III.- FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>2</sup> Sentencia T-090 de 2008.

El Director de Sanidad del Ejército al impugnar el fallo de primer grado, además de reiterar los argumentos expuestos en la solicitud de tutela, adujo que el concepto del Comité Técnico Científico de 9 de febrero de 2009, consideró que no era pertinente efectuar la entrega del medicamento, toda vez que se requería nueva valoración por el Grupo de Reumatología; y que una vez agotado este reconocimiento se podía acudir al Comité, determinación que no puede tomarse como arbitraria o negligente.

#### **IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La impugnación presentada por la entidad demanda está encaminada a que se revoque el fallo de primer grado, por ausencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados, dado que la actora no ha cumplido con la orden impartida por el Comité Técnico Científico en el Acta núm. 06 de 9 de febrero de 2009, consistente en la valoración por parte del Grupo de Reumatología de Cuarto Nivel.

Ciertamente, como lo indicó el a quo, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado los requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos no incluidos en el POS, y que en el evento en que éstos no sean suministrados a una persona que lo requiere, se le estaría

desconociendo su derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la seguridad social.

Tales requisitos son los siguientes:

*“... (i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;*

*(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS., que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;*

*(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y*

*(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitándole el tratamiento...<sup>3</sup>”.*

Como quiera que en el sub lite concurren tales criterios, fue acertada la decisión del juez de primer grado en conceder la acción de tutela.

En efecto, a la actora se le negó el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante, adscrito a dicha entidad, para manejar la artritis reumatoide

---

<sup>3</sup> Véase entre otras las sentencias SU-480/97, SU-819/99, T-1204/00, T-239/04, T-756/05, T-1304/05, T-1020/06 y T-202/07.

severa que padece, enfermedad progresiva y degenerativa que le limita las funciones motoras y, en consecuencia, compromete su salud e integridad personal y de paso se afecta la seguridad social.

De acuerdo con el estudio clínico, visible a folio 17, se advierte que para tratar la enfermedad que padece la actora, le fue suministrado durante un año, el medicamento METROTEXATE, incluido en el POS, al cual no respondió, por lo que el médico tratante le formuló nuevo medicamento, RITUXIMAB (MABTHERA), el que no tiene reemplazo, conforme lo afirma el citado galeno a folio 66 del expediente.

No hay prueba dentro del proceso que acredite que la actora cuente con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del medicamento y el respectivo tratamiento ordenado; por el contrario, se tiene que la señora figura como beneficiaria afiliada a Sanidad Militar, lo que hace presumir, conforme lo hizo el juez de primera instancia, la carencia de los medios económicos para tal efecto.

Aunado a lo anterior, está el hecho de que el Comité Técnico Científico de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares, en el Acta núm. 06 de 9 de febrero de 2009, se limita a manifestar que “considera no pertinente el suministro del medicamento” y que “Requiere valoración por el grupo de

reumatología” en el cuarto nivel, sin aducir las razones que justificaran tal proceder, inobservando con ello el parágrafo del artículo 7° del Acuerdo 042 de 21 de diciembre de 2005, **“Por el cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica para el SSMP, y se dictan otras disposiciones”**, de obligatorio cumplimiento en los Establecimientos de Sanidad Militar y Policial, conforme al artículo 1°, ibídem.

Por lo demás, cabe señalar que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -SSMP- tiene un régimen especial, por lo que debe gobernarse por las normas que lo crearon, razón por la cual la financiación de los sobrecostos en que incurra por los medicamentos que no figuran en el POS, los podrá obtener del Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, que, precisamente, fue creado para tales eventos, sin que deba mediar orden del juez de tutela.

En efecto, en sentencia T-540 de 18 de julio de 2002, la Corte Constitucional, sostuvo:

“... En ese sentido, advierte la Sala que ni la Ley 352 de 1997, ni el Decreto 1795 de 2000, mediante el cual el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), contienen disposición alguna que permita a la Corte declarar que la Dirección General de Sanidad Militar pueda repetir contra el Fondo de Solidaridad y

Garantía (Fosyga), por los sobrecostos en que incurra por el cumplimiento de la orden que se le imparte en el fallo de tutela.

**La Sala colige que en casos como el que se examina, por tratarse de un régimen o sistema especial de seguridad social en salud, la financiación de los costos debe obtenerse de los recursos de fondos propios con los cuales se hace posible la operación del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional,** pues se observa que la Ley 352 de 1997, en forma similar a como lo hace la Ley 100 de 1993 en su artículo 218, establece:

**“ART. 38. Fondos cuenta del SSMP.** Para efectos de la operación del SSMP, funcionarán el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el fondo-cuenta de la Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Los fondos-cuenta tendrán el carácter de fondos especiales, sin personería jurídica, ni planta de personal. Los recursos de los fondos serán administrados en los términos que determine el CSSMP, directamente por la Dirección General de Sanidad Militar o por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, y ejecutados por las Fuerzas Militares o por la Policía Nacional, según corresponda. Los recursos podrán ser administrados por encargo fiduciario conforme a lo dispuesto en el estatuto general de contratación de la Administración Pública. Ingresarán a cada uno de los fondos cuenta los siguientes recursos según sea el caso:

**“a)** Los ingresos por cotización del afiliado y por cotización correspondiente al aporte del Estado como aporte patronal;

**“b)** Los aportes del Presupuesto Nacional con destino al respectivo Subsistema contemplados en el artículo 32 y los literales b), c), d), y f) del artículo 34 de la presente Ley;

**“c)** Los ingresos por pagos compartidos y cuotas moderadoras realizados por los beneficiarios del respectivo Subsistema;

**“d)** Otros recursos o ingresos destinados para el funcionamiento de cada uno de los Subsistemas;

**“e)** Recursos derivados de la venta de servicios.

**“Parágrafo.** Los recursos a que hacen referencia los literales a), c) y e) serán recaudados y transferidos directamente al fondo cuenta correspondiente para su distribución y transferencia.”

Como bien puede apreciarse, la norma en cita, en cuanto regula el funcionamiento y financiación de los fondos-cuenta de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se equipara al artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en el que se crea y se establece la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por lo cual, estima la Sala, **la Dirección General de Sanidad Militar, sin necesidad de expresa declaración por parte del juez en el fallo de tutela, podrá obtener los recursos del fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un régimen especial que se rige por sus propias normas...** (Negritas fuera de texto).

Siendo ello así, se modificará el numeral tercero del fallo impugnado, en el sentido de que los sobrecostos en que incurra por el medicamento ordenado a la actora, los podrá obtener del Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el que, precisamente, fue creado para tales eventos.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**F A L L A :**

**MODIFÍCASE** el numeral tercero, el cual quedará así: Los sobrecostos en que incurra por el medicamento ordenado a la actora, serán cubiertos por el Fondo-Cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

**CONFÍRMASE** en los demás aspectos.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de mayo de 2009.

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**  
Presidenta

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**MARTA SOFIA SANZ TOBÓN**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**