

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

INCAPACIDAD DE SUFRAGAR DIRECTAMENTE EL COSTO DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS REQUERIDOS-Debe acreditarse para ser ordenados excepcionalmente por tutela/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR-Familiares tienen la obligación de colaborar con el costo de medicamentos y servicios prescritos NO POS, cuando se encuentre probada la capacidad económica de alguno de ellos

La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios. La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o insumos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud.

CAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas probatorias empleadas por la Corte

ACCION DE TUTELA-El a-quo debió verificar si se cumplían las reglas fijadas por la Corte Constitucional para la inaplicación de normas que excluyen servicios o medicamentos del POS

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia de suministro de medicamento NO POS por cuanto el hecho de sufragar el costo no afecta su mínimo vital

Referencia: expediente T- 3647376

Acción de tutela instaurada por Antonio Josué Morales Ampudia, obrando como agente oficioso de Antonio José Morales Rodelo, contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con funciones de control de garantías de Cartagena, el veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012), en primera instancia, y por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Cartagena, el tres (3) de julio de dos mil doce (2012), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Antonio Josué Morales Ampudia interpuso acción de tutela con el objeto de que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social y a la integridad física que Coomeva EPS le habría vulnerado a su padre, el señor Antonio José Morales Rodelo, con ocasión de los hechos que se sintetizan a continuación.

1. Hechos

1.1. El señor Morales Rodelo, de 94 años de edad, es cotizante de la EPS Coomeva desde

hace aproximadamente 14 años. Padece demencia senil desde hace 20 años, con cuadros consistentes de disminución de las funciones de memoria, diabetes mellitus e hipertensión arterial.

1.2. Debido a las anteriores patologías, el señor Morales Rodelo requiere el medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg, recetado por su médica tratante, la psiquiatra Candelaria Rambal Pastor, de la Fundación Simón Santander, y el médico psiquiatra Marcos Salas de la Hoz, de la Clínica Psiquiátrica de la Costa.

1.3. En consecuencia, la familia del señor Morales Rodelo le solicitó al comité técnico científico de Coomeva la entrega del citado medicamento. La solicitud fue negada, porque el medicamento no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud y la historia clínica no evidencia su utilización.

1.4. Expuso el agente oficioso que la negativa del medicamento incide de manera grave en la salud de su padre, deteriora su calidad de vida y retrasa, de forma perjudicial, la atención que requiere para mejorar sus problemas de salud.

1.5. Además, insistió en que su padre es un adulto mayor que requiere atención prioritaria debido al estado avanzado de la enfermedad que padece. Precisó, por último, que ha asumido el costo del medicamento, que es muy alto, para no dilatar la evolución médica, pues la suspensión del mismo perjudica la salud de su padre y le causa insomnio, lo cual puede desmejorar su calidad de vida y causarle la muerte.

2. La petición de amparo

De conformidad con lo expuesto, el agente oficioso solicitó proteger los derechos fundamentales de su padre, y que, en consecuencia, se le ordene a la EPS Coomeva autorizar lo más pronto posible la entrega del medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg. y la realización de los demás procedimientos, tratamientos y atención médica asistencial que este requiera para conservar su integridad física.

3. La decisión judicial de primera instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena concedió el amparo constitucional reclamado, mediante fallo del

veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012), teniendo en cuenta que i) la accionada no se pronunció sobre los hechos formulados en su contra, ii) los documentos allegados con la acción de tutela demostraron que el medicamento reclamado fue autorizado por el médico tratante y iii) que fue suministrado al señor Morales Rodelo en oportunidades anteriores.

Sobre esos supuestos, el a quo le ordenó a Coomeva EPS entregar los medicamentos que estuviera en mora de proporcionarle al señor Morales Rodelo, puntualmente, el medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg., así como la realización de los demás procedimientos, medicamentos y la atención médica asistencial que requiriera para conservar su integridad física y su salud, sin que sea necesario interponer otra acción de tutela frente a una situación semejante. Adicionalmente, precisó que la EPS cuenta con la posibilidad de repetir ante el Fosyga por los sobrecostos de lo que no se encuentre cubierto en el POS.

4. Respuesta de la entidad accionada

La entidad demandada se pronunció sobre el escrito de tutela tres días después de la fecha en que se emitió el fallo de primera instancia. En síntesis, señaló que i) Antonio Morales Rodelo está afiliado al Régimen General de Seguridad Social a través de Coomeva EPS; ii) en virtud de tal afiliación, Coomeva EPS ha autorizado todos los servicios contenidos en el Plan de Beneficios del POS que ha requerido el señor Morales Rodelo; iii) el medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg no está incluido en el Acuerdo 021 de 2011 ni en las demás normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado; y iv) el comité técnico científico no autorizó la entrega del medicamento, porque no hay evidencia en la historia clínica de que el paciente haya utilizado medicamentos incluidos en el POS ni de contraindicaciones para su utilización.

5. La impugnación

La directora de la oficina Coomeva EPS de Cartagena impugnó el fallo de primer grado, porque protegió derechos futuros e inciertos. Al respecto, indicó que la aprobación de los medicamentos y tratamientos que requiera el paciente está sujeta a lo que se determine en virtud de la sintomatología, porque lo contrario conduciría a que los usuarios abusaran del Sistema General de Seguridad Social.

En consecuencia, pidió revocar el fallo judicial impugnado y declarar improcedente la acción de tutela, de acuerdo con las disposiciones de la sentencia T-531 de 2009 sobre la limitación de la integralidad en los servicios de salud.

6. La decisión judicial de segunda instancia

Impugnada la decisión de primer grado, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena le solicitó a la doctora Candelaria Rambal Pastor “dentro de las 48 horas después de recibida esta comunicación, la justificación del medicamento Amilsuprida Deniban (sic) de 200 mg, formulado al paciente Antonio José Morales Rodelo”.

Transcurrido el término respectivo sin que se hubiera obtenido respuesta de la anterior solicitud, el ad quem revocó la decisión de primer grado, mediante providencia del tres (3) de julio de dos mil doce (2012).

Según el fallo, la solicitud de amparo no se ajustó a las reglas jurisprudenciales sobre la entrega de medicamentos NO POS, pues no se probó que la falta del medicamento vulnerara o amenazara los derechos a la vida y a la integridad personal del señor Morales Rodelo ni que el mismo no pudiera ser sustituido por otro que estuviera incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Tampoco se demostró que el interesado no pudiera costear directamente el medicamento, pues “se desconoce, por ejemplo, si el señor Morales Rodelo tiene una asignación de pensión o bienes con los cuales pueda sufragar dichos gastos o si, por el contrario, sus condiciones económicas resultan ser difíciles”.[1]

En ese sentido, el ad quem concluyó que no era necesario ni procedente dar órdenes para la garantía del derecho a la salud, ya que su vulneración no fue demostrada en los términos previstos por la Corte Constitucional.

7. Pruebas aportadas al proceso

- Copia de la respuesta de Coomeva EPS a la solicitud de medicamentos NO POS, del 4 de abril de 2012, mediante la cual se niega la autorización del medicamento Amisulprida, con fundamento en el concepto del Comité Técnico Científico, que señala: “Paciente de 94 años de edad con Dx de demencia senil, con cuadros consistentes en disminución de las

funciones de memoria, que no ha respondido a múltiples esquemas de tratamientos.(...) No hay evidencia en la historia clínica de la utilización de medicamentos incluidos en el plan obligatorio de salud ni contraindicaciones para su utilización en este paciente”(...)[2].

- Copia del formato de evolución médica de la Fundación Simón Santander, suscrito por la doctora Candelaria Rambal Pastor, en el que se ordena “Amisulprida Tabletas 200 gr., una cada ocho horas”[3].
- Copia del formato de control por consulta externa de la Clínica Psiquiátrica de la Costa, suscrito por el doctor Marcos Salas de la Hoz. Indica el documento que el señor Morales Rodelo está siendo tratado con Amisulprida (Deniban) 200 gr. y que no tolera otros medicamentos”[4].
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del afectado, Antonio José Morales Rodelo[5].
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del agente oficioso, Antonio Josué Morales Ampudia[6].
- Certificación suscrita por la doctora Candelaria Rambal Pastor el cinco (5) de julio de dos mil doce (2012), en la que indica que el accionante requiere el medicamento Amisulprida (Deniban), ordenado por su médico tratante.[7]

8. Pruebas decretadas en sede de revisión

8.1. Durante el trámite de revisión constitucional, el despacho se comunicó telefónicamente con el señor Antonio José Morales Rodelo, agente oficioso del afectado, quien informó que su padre está pensionado, que su estado de salud es delicado y que la EPS accionada no le ha autorizado el medicamento solicitado a través de la acción de tutela. Precisó que, por ahora, la familia ha asumido el costo del medicamento ordenado por el médico tratante, cuyo valor es de 195.000 pesos.

8.2. Más tarde, el magistrado sustanciador dispuso oficiar a Coomeva EPS Regional Cartagena, para que informara el ingreso base de cotización del señor Morales Rodelo y el precio del medicamento solicitado en la acción de tutela.

La accionada respondió mediante oficio del seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012),

indicando que i) el ingreso base de cotización corresponde al valor de diez millones veinte mil pesos y que ii) el valor del medicamento Amilsuprida Deniban de 200 mg caja por 20 unidades corresponde según guía de productos farmacéuticos a ciento noventa y ocho mil quinientos setenta y cinco pesos”[8].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de acuerdo 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 en cumplimiento del auto del diez (10) de octubre de dos mil doce (2012), expedido por la Sala de Selección Número Diez (10) de esta Corporación.

2. Formulación del problema jurídico

De acuerdo con lo indicado en las líneas precedentes, a la Sala le corresponde determinar si la accionada, Coomeva EPS, vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Antonio José Morales Rodelo al no autorizarle la entrega del medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg, o si, por el contrario, como lo indicó el juez de segundo grado, no se configuró tal vulneración iusfundamental, porque no se cumplieron los requisitos que permiten ordenar la entrega de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por esta vía excepcional.

3. Reglas constitucionales sobre la autorización de medicamentos, tratamientos y procedimientos NO POS a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

En jurisprudencia temprana, esta corporación definió el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de “mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”[9]. De esa manera, reconoció su carácter universal e indisponible[10] y subrayó la necesidad de vincular su garantía efectiva a la protección de múltiples facetas del individuo, es decir, a la satisfacción de otros derechos fundamentales, como la vida, la dignidad humana y la integridad personal.

Además, la Corte ha precisado que el derecho a la salud es una prerrogativa compleja, cuyo cumplimiento suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad.

No obstante, ha sido enfática en que dichas circunstancias- la escasez de recursos disponibles o la complejidad de determinada gestión administrativa- no pueden obstaculizar la implementación de las medidas que conduzcan a asegurar la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiera la población[11].

El efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema de Seguridad Social se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios en la tarea de garantizar que los ciudadanos disfruten, progresivamente, del nivel más alto posible de salud. Sobre ese supuesto, la Corte ha admitido que el plan de beneficios obligatorios se circunscriba a cubrir las prioridades de salud que determinen los órganos competentes y ha negado las acciones de tutela que pretenden el reconocimiento de un servicio NO POS, cuando su exclusión no atenta contra los derechos fundamentales del interesado[12].

Ante ese panorama, el desafío que enfrentan las autoridades judiciales al resolver las peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento NO POS consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan su intervención, es decir, en qué casos la entrega de lo solicitado es imperiosa, a la luz de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad e integralidad que determinan el funcionamiento del sistema de seguridad social en materia de salud, de acuerdo con la Carta Política y los tratados internacionales.

De lo que se trata, en suma, es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar tales prestaciones afecta de manera decisiva el derecho a la salud del accionante, -en sus facetas física, mental o afectiva- pues es esto lo que justificaría su tutelabilidad.

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 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.

Para finalizar este punto, la Sala estima pertinente recordar la importancia de que el juez de tutela haga uso de sus facultades oficiales para comprobar la satisfacción de las anteriores exigencias, de un modo que asegure que su decisión de conceder o negar el amparo constitucional deprecado sea consecuente con la verdad material y con las circunstancias que pueda estar soportando quien solicitó la protección.

No se trata de efectuar una revisión mecánica que termine castigando al accionante por no allegar la totalidad de las pruebas destinadas a comprobar la satisfacción de las anteriores hipótesis. Aunque es este, en principio, quien tiene la carga de demostrar sus pretensiones, la tarea de salvaguarda de los derechos fundamentales que cumplen los jueces

constitucionales -específicamente, frente a pretensiones relativas a la garantía del derecho a la salud- les impone un compromiso con la realidad procesal que no puede desatenderse aplicando presunciones que siembran dudas sobre la razonabilidad de sus sentencias[13]. Su labor como garantes de la Carta Política exige que efectúen las diligencias encaminadas a sustentar sus decisiones en elementos fácticos plenamente demostrados.

Precisado lo anterior, la Sala estudiará la exigencia relativa a que el peticionario no esté en capacidad de asumir el costo del medicamento o tratamiento requerido ni pueda acceder a él de ninguna otra manera, como lo anunció al formular el problema jurídico.

4. La incapacidad de sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido.

La idea de que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos ha llevado a un consenso sobre la relevancia de reservarlos a asuntos prioritarios. En el ámbito de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios.

La falta de capacidad para sufragar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o insumos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, en efecto, y de conformidad con lo reseñado en el acápite anterior, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional.

Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo[14]. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos NO POS que requieran, en lugar de trasladarle dicha carga al Estado, que se vería limitado para hacer realidad su propósito de ampliar progresivamente la cobertura del servicio de salud[15].

La sentencia SU-819 de 1999[16] dio cuenta de la importancia de guardar especial cuidado

con el otorgamiento de los beneficios que están por fuera del POS, teniendo en cuenta que las Entidades Promotoras de Salud actúan por cuenta integral del Estado al cubrir prestaciones por fuera de los límites legales de su operación. Insistió, por eso, en que el reconocimiento de medicamentos y servicios NO POS por vía de tutela depende de que el usuario acredite su falta de capacidad de pago total o parcial para financiarlo y precisó en que “por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad”.

Así mismo, advirtió que los jueces de tutela deben solicitarles a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago.

Más adelante, la sentencia T-683 de 2003[17] sintetizó las reglas probatorias empleadas por la Corte en relación con la prueba de la incapacidad económica del paciente para asumir el costo de los procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS. La providencia respaldó la regla general de que i) es al actor al que le corresponde probar el supuesto de hecho que conduciría a la prosperidad de sus pretensiones y reiteró que, ii) si este afirma que carece de recursos económicos, se invierte la carga de la prueba, siendo la entidad demandada la encargada de demostrar lo contrario; iii) no existe una tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos[18]; iv) el juez de tutela debe ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria y, finalmente, v) que se presume la buena fe a favor del solicitante, respecto de su afirmación indefinida sobre la ausencia de recursos económicos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.

Ahora bien, es pertinente precisar que el debate sobre la capacidad económica de quien acude a la tutela para reclamar una prestación médica NO POS no se agota demostrando sus ingresos netos. En estos casos, el juez constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma en el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió.

Tal tesis fue desarrollada ampliamente en la sentencia T-760 de 2008, que reiteró la necesidad de determinar esa capacidad económica en cada caso concreto, en función del concepto de carga soportable. Al respecto, el fallo recordó que el hecho de que el mínimo vital sea de carácter cualitativo, y no cuantitativo, permite tutelar el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, “siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”. También permite exigir que quienes no estén en capacidad de pagar un servicio cuyo costo es elevado asuman, por ejemplo, el valor de los medicamentos, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, si es claro que cuentan con la capacidad para hacerlo[19].

La Sala Octava de Revisión de esta corporación recordó esa hipótesis recientemente, al indicar que, en aras de establecer la capacidad del paciente para sufragar la prestación de servicios o la entrega de medicamentos NO POS, el juez constitucional debe considerar los efectos reales del gasto sobre la situación material, personal y familiar que soporta el accionante, de cara al conflicto que se está presentando y que debe resolverse.

De acuerdo con el fallo, el juez no puede dar por probada la capacidad económica sobre la base de que la persona cuenta con algunos bienes, sino que debe integrar ese aspecto con las demás pruebas recaudadas “para establecer en la medida de lo posible la solvencia económica real para asumir el costo del tratamiento, medicamento, o implemento médico que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y que son imprescindibles para la recuperación de las condiciones normales de salud de quienes acuden al amparo constitucional”[20].

En ese orden de ideas, la Sala estudiará el caso concreto.

5. El caso concreto

5.1. En esta oportunidad la Sala debe resolver la acción de tutela que interpuso Antonio Josué Morales Ampudia a nombre de su padre, Antonio José Morales Rodelo, para obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social y a la integridad física que le habría vulnerado Coomeva EPS, al negarse a autorizar la entrega del medicamento Amisulprida (Deniban) de 200 mg, que no está incluido en el POS y que fue recetado por sus médicos tratantes. El señor Morales Rodelo tiene 94 años de edad y

requiere el medicamento debido a que padece demencia senil, disminución de las funciones de memoria, diabetes mellitus e hipertensión arterial.

El juez de primera instancia concedió el amparo constitucional porque la accionada guardó silencio sobre la acción de tutela, el medicamento fue autorizado por el médico tratante y fue suministrado al paciente en oportunidades anteriores. El de segundo grado, en cambio, consideró que la protección invocada no era procedente, porque no se demostró el cumplimiento de los requisitos que exige la jurisprudencia constitucional para autorizar la entrega de medicamentos NO POS. En particular, consideró que no se demostró la incapacidad de pago del agenciado, ni la manera en que la falta del medicamento vulneraba o amenazaba sus derechos a la vida y a la integridad personal. Tampoco, que el medicamento no podía ser sustituido por otro que hiciera parte del POS.

5.2. De acuerdo con las consideraciones realizadas en los fundamentos de esta providencia, el amparo constitucional reclamado está sujeto al cumplimiento de los cuatro requisitos a los que la jurisprudencia constitucional ha ligado la autorización de medicamentos excluidos del POS, a saber: i) que la falta del medicamento amenace los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del interesado; ii) que el medicamento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; iii) que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante y que iv) el paciente realmente no pueda sufragar su costo directamente ni acceder a él de ninguna otra manera.

5.3. En este caso, no hay duda sobre el cumplimiento del requisito iii), pues a la tutela se allegaron copias simples de los formatos de evolución médica y de control por consulta externa en los que los doctores Candelaria Rambal Pastor y Marcos Salas de la Hoz formularon, respectivamente, el medicamento reclamado. Después, por solicitud del juez de segunda instancia, la doctora Rambal certificó que “el señor Antonio Morales Ampudia, atendido el 15 de febrero del presente año como usuario de Coomeva EPS en la Fundación Simón Santander, debe continuar el uso del medicamento Amisulprida (Deniban) tabletas de 200 mg cada 8 horas, ordenado por su médico tratante, Dr. Marcos Salas, considerando que la avanzada edad del paciente no permite exponerlo a reacciones adversas de medicamentos a probar y que en la historia aportada por el doctor Salas consta que ha probado otras opciones terapéuticas sin resultados”.[21]

Esta última declaración revela que el requisito ii) -que liga la autorización de medicamentos NO POS por vía de tutela a que los mismos no puedan ser sustituidos por uno de los contemplados en el POS o no tengan el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan- también fue acreditado en el presente asunto. Ciertamente, el hecho de que el señor Morales Rodelo sea una persona de 94 años de edad y las especiales condiciones de salud que está atravesando hacen suponer que, en realidad, someterlo a probar medicamentos distintos a los formulados por su médico tratante sería irracional y desproporcionado. Así las cosas, la Sala considera que el amparo constitucional reclamado no puede negarse con fundamento en que existen dentro del POS otros medicamentos con el mismo grado de efectividad que las tabletas de Amisulprida recetadas al paciente.

5.4. En ese contexto, la protección constitucional que se solicita aparece ligada, ineludiblemente, a la prueba sobre la capacidad económica del afectado, asunto sobre el cual se pronunció ampliamente la Sala en los fundamentos jurídicos de esta providencia.

Al respecto, vale la pena recordar que tal exigencia debe valorarse en el marco de la prevalencia del principio del interés general y de la solidaridad que se espera de los particulares frente al Sistema de Seguridad Social en Salud y que debe considerar la situación real del solicitante, evaluando, a la par de sus ingresos, el impacto que podría tener sobre su modo de vida el hecho de asumir el costo del medicamento solicitado. Para ello, la jurisprudencia constitucional exige, en síntesis, que el juez asuma la buena fe del peticionario, sin que esto lo exima de adelantar las gestiones que estén a su alcance para sustentar su decisión en hechos plenamente demostrados.

No fue así, sin embargo, como procedieron los jueces de instancia. Recuérdese que el juez de primer grado fundamentó su decisión de amparo en que Coomeva EPS no se opuso a lo indicado en la tutela y en que el medicamento había sido autorizado por el médico tratante y suministrado en oportunidades anteriores al señor Morales Rodelo. Pero ninguna opinión le mereció el hecho de que el agente oficioso no insinuara, siquiera, la incapacidad económica de su padre para asumir el valor del medicamento reclamado.

En contraste, el juez de segunda instancia estimó incumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela para reclamar medicamentos NO POS aludidos en precedencia. En relación con la falta de capacidad económica del paciente, señaló que no fue demostrada,

porque “se desconoce, por ejemplo, si el señor Morales Rodelo tiene una asignación de pensión o bienes con los cuales pueda sufragar dichos gastos o si, por el contrario, sus condiciones económicas resultan ser difíciles”.

5.5. Lo anterior confirma, en fin, que los jueces de instancia desconocieron los criterios que ha fijado esta corporación para garantizar que los fallos de tutela relativos al reconocimiento de medicamentos NO POS sean consecuentes con la situación particular del peticionario y con el propósito de invertir los recursos del sistema de seguridad social en asuntos prioritarios. En lugar de aplicar dichas reglas, los funcionarios recurrieron a suposiciones para resolver el caso.

En efecto, el juez a quo supuso que el hecho de que el actor hubiera guardado silencio sobre su incapacidad económica para sufragar el medicamento era suficiente para considerar cumplido ese requisito. No de otra manera se explica que haya concedido el amparo constitucional sin verificar si el señor Morales Rodelo contaba con los recursos económicos suficientes para asumir el valor del referido medicamento. El juez ad quem asumió lo contrario, esto es, que la ausencia de una afirmación relativa a la falta de recursos económicos en el escrito de tutela confirmaba que el actor podía pagar el medicamento. Así, resolvió que el amparo solicitado debía ser denegado.

Ninguna de esas conclusiones se ajusta a los precedentes constitucionales sobre la prueba de la incapacidad económica que fueron sintetizados por la Sala en la parte motiva de esta providencia. Mucho menos, cuando la Corte ha sido tan insistente sobre la responsabilidad que tienen los jueces de tutela en materia probatoria, de cara a su compromiso en la protección de los derechos fundamentales.

En líneas anteriores, la Sala advirtió que tal tarea de protección constitucional exige que el juez de tutela examine de manera exhaustiva las circunstancias fácticas que podrían resultar determinantes para decidir sobre la viabilidad del amparo invocado. Y que, en ese sentido, resulta inadmisible justificar un fallo de tutela en la ausencia de respaldo probatorio sobre los elementos fácticos asociados a las pretensiones de amparo.

Al servirse de argumentos de ese talante para establecer la viabilidad de la protección del derecho a la salud del señor Morales Rodelo, los jueces de instancia desconocieron que eran ellos los llamados a constatar, ante la falta de una afirmación al respecto, si el valor del

medicamento reclamado podía ser asumido o no por el solicitante. También, que el hecho de que no se alleguen con la demanda elementos probatorios contundentes sobre las circunstancias que sustentan las pretensiones de amparo no conduce, indefectiblemente, a despachar desfavorablemente lo solicitado por el peticionario. Las amplias facultades que el Decreto 2195 de 1991 les concede a los jueces de tutela en materia probatoria permiten esperar todo lo contrario: que, en aras de la verdad procesal, estos funcionarios verifiquen plenamente la versión del accionante, para determinar si sus derechos fundamentales deben ser amparados.

5.6. Ahora bien, dado que en sede de revisión constitucional se recaudaron las pruebas que extrañaron los jueces de instancia y que resultaban necesarias para constatar si el señor Morales Rodelo contaba con la capacidad económica para asumir el costo del medicamento que le ordenó su médico tratante, la Sala procederá a verificar el cumplimiento del aludido requisito, siguiendo las pautas aplicadas al respecto en los precedentes constitucionales mencionados anteriormente.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta que al ser contactado por el despacho del magistrado ponente para que se refiriera al asunto objeto de revisión, el agente oficioso informó que su padre está pensionado y que, por ahora, la familia ha asumido el valor del medicamento que requiere, cuyo costo es de 195.000 pesos. Por su parte, Coomeva EPS Regional Cartagena indicó que el ingreso base de cotización del señor Morales Rodelo “corresponde al valor de diez millones veinte mil pesos” y que la caja de 20 unidades del medicamento que solicitó -Amilsuprida Deniban 200 mg.- tiene un valor de 198.500 pesos.

Así las cosas, resulta improbable que la carga de asumir el costo de las mencionadas pastillas pueda afectar el mínimo vital del señor Morales Rodelo. Basta con tener en cuenta que, en la copia del formato de evolución médica allegada al plenario, la médica tratante indicó que este debe consumir una tableta de Amilsuprida cada ocho horas, y que el medicamento viene en una presentación de 20 tabletas, cuyo valor es de 198 mil pesos. Lo anterior sugiere que el paciente tendría que invertir 900 mil pesos mensuales en su medicamento, suma que no desborda su capacidad de pago, en tanto que no representa más del 10% de sus ingresos.

Constatado, en estos términos, que el modo de vida del solicitante no se verá afectado en ninguna medida por el hecho de sufragar con sus propios recursos económicos el valor del medicamento, la Sala confirmará la decisión de segunda instancia, que declaró improcedente el amparo reclamado, pero por las razones señaladas en esta providencia, no sin antes resaltar lo reprobable que resulta utilizar la acción de tutela en aras de obtener el reconocimiento de una prestación excluida del POS que puede ser costeada íntegramente por el promotor del proceso.

Utilizar esta vía excepcional para esos efectos denota una auténtica trasgresión del deber de solidaridad que exige que los ciudadanos contribuyan en la medida de sus posibilidades al equilibrio financiero del sistema de salud y congestionada la administración de justicia, en detrimento de quienes merecen, realmente, la protección eficaz y oportuna de sus derechos fundamentales.

IV. DECISIÓN

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.- CONFIRMAR, por las razones indicadas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena el tres (3) de julio de dos mil doce (2012), que revocó la sentencia del veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012), mediante la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cartagena concedió el amparo constitucional reclamado por Antonio Josué Morales Ampudia, actuando como agente oficioso de Antonio José Morales Rodelo.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

María Victoria Calle Correa

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Folio 44 del cuaderno principal.

[2] Folio 7 del cuaderno principal.

[3] Folio 8 del cuaderno principal.

[4] Folio 9 del cuaderno principal

[5] Folio 11 del cuaderno principal.

[6] Folio 12 del cuaderno principal.

[7] Folio 45 del cuaderno principal.

[8] Folio 11, cuaderno 3.

[9] Sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo.

[10] Sentencia T-454 de 2008, M.P. Jaime Córdoba.

[11] La sentencia T-034 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), por ejemplo, recuerda que el juez de tutela tiene la responsabilidad de impedir que los obligados en la prestación de servicios de salud omitan sus deberes en esta materia, aludiendo a aspectos económicos, administrativos, funcionales o contractuales.

[12] La sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) se pronunció sobre esas dos situaciones -la posibilidad de limitar el plan de beneficios y la de negar las acciones de tutela relativas a servicios excluidos del POS - al analizar los límites del derecho a la salud en el ámbito específico del acceso a la prestación de servicios.

[13] La sentencia T- 600 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao) es enfática al identificar la oficiosidad del juez en materia probatoria como un criterio determinante para lograr la garantía efectiva de los derechos fundamentales del peticionario. En el mismo sentido, el fallo explica que la facultad de pedir informes a la autoridad accionada respecto de la solicitud de amparo, consagrada en el Decreto 2591 de 1991, y la consecuencia jurídica de la presunción de veracidad de los hechos narrados por el accionante se sustentan en la necesidad de alcanzar dicho propósito. La sentencia T-721 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) recordó, en ese mismo sentido, que no es posible apoyar una decisión de improcedibilidad en la falta de respaldo probatorio, dado que, ante la duda, "el deber del juez no es otro que el de desplegar la actividad probatoria que estime conveniente para confirmar o descartar la versión del demandante".

[14] Sentencia T-309 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[15] En el mismo sentido, puede revisarse la sentencia T-760 de 2008, que se refirió al principio de solidaridad para ilustrar los efectos indeseables que conlleva eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio. El fallo explicó que una decisión de esa índole implica desconocer tal principio "dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas suficientes en lugar de beneficiar a quienes son pobres o carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico".

[16] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[18] La misma puede probarse mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba

[19] Además, el fallo precisa que la falta de capacidad económica puede ser temporal o permanente y señala las reglas que deben ser tenidas en cuenta para determinar los casos

en los que es viable excluir al afiliado de los pagos, para garantizar su derecho a la salud.

[20] Sentencia T-622 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

[21] Folio 45 del cuaderno principal.