

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA-Reglas probatorias empleadas por la Corte Constitucional/DERECHO A LA SALUD-Prueba de la incapacidad económica para asumir costo del medicamento

ACCION DE TUTELA-Improcedencia reembolso de dineros por asunción de costos médicos/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reembolso de dineros por asunción de costos médicos a manera de indemnización en abstracto

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que por regla general, la acción de tutela no procede para ordenar el reembolso de dineros que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, han tenido que invertir en tratamientos, medicamentos o elementos, prescritos por sus médicos tratantes, y en general para reclamar el pago de acreencias de contenido económico. Empero, de manera excepcional se ha aceptado que este medio de defensa judicial es procedente para ordenar el reembolso de dineros asumidos para la obtención de medicamentos, a manera de indemnización en abstracto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), cuando la actuación de la entidad demandada no tenga asidero jurídico, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales de sus usuarios, avalada en gran medida por los jueces de tutela.

DERECHO AL MINIMO VITAL-Alcance/DERECHO AL MINIMO VITAL-Dimensión positiva y negativa

DERECHO AL MINIMO VITAL DE ENFERMO DE CANCER-Mesada pensional no alcanza para sufragar los medicamentos prescritos por su médico tratante

De la mesada pensional que recibe el actor, debe destinar más del 50% cada tres semanas para la adquisición de las drogas prescritas por su médico tratante, lo que a juicio de esta Sala, disminuye ostensiblemente su mínimo vital y el de su familia. En suma, al disminuirse ostensiblemente el mínimo vital del actor y el de su familia, debido a que tuvo que asumir el alto costo de las medicinas tendientes a aminorar los efectos del cáncer de esófago que padece, se redujo en gran medida las posibilidades de mantener la subsistencia en similares condiciones de favorabilidad, a las que tenía, antes de que tuviera que asumir el costo de los medicamentos tantas veces citados.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ENFERMO DE CANCER-Vulneración por la deficiente valoración probatoria por parte de los jueces de instancia

La precariedad en la valoración probatoria que asumieron los jueces de instancia en los fallos que son objeto de revisión; conducta que condujo no solamente a la negación de los derechos invocados por el tutelante, sino que se avaló a su vez la conducta indolente e inhumana, contraria a los principios de dignidad humana y solidaridad como pilares en los que se sustenta el Estado colombiano del cual se predica lo es “Social de Derecho”, con la que actuó la E.P.S. SANITAS al negar el suministro de los medicamentos prescritos por el médico oncólogo tratante, con el fin de hacerle frente los efectos del cáncer de esófago que padece, enfermedad que ha sido catalogada como catastrófica o ruinosa.

## MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Condiciones de gravedad y urgencia de enfermo de cáncer

El otro medio potencial de defensa judicial con el que cuenta el actor, cual sería acudir al proceso ordinario laboral para buscar el reembolso del dinero pagado por el tratamiento médico prescrito por su médico tratante, no es eficaz para la protección de los derechos invocados, especialmente el mínimo vital, vulnerado en razón a que tuvo que asumir los altos costos de los medicamentos que se le formularon. Resulta una carga desproporcionada, en razón a sus condiciones físicas originadas en el cáncer de esófago que padece, someterlo al trámite de un proceso ordinario buscando la recuperación del dinero que pagó para la consecución de las medicinas prescritas por su médico oncólogo tratante, originado en gran medida, por la omisión de los jueces de tutela en cumplir con las funciones constitucionales y legales que se les encomendó, en especial la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y la vigencia de un orden social justo (preámbulo y art. 2 C.P.).

## ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reembolso de costos médicos a enfermo de cáncer por parte de la EPS SANITAS

Referencia: expediente T-1408426

Acción de tutela instaurada por Ricardo Sabogal Ospina, en contra de Sanitas E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por los Juzgados, Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C., y Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá D.C.

### I. ANTECEDENTES.

El peticionario a través de apoderado, instauró acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos a la salud, vida e integridad personal con la actuación de la entidad demandada al negarle la entrega de los medicamentos denominados “APREPITANT (EMEND)” y

“DOCETAXEL (TAXOTERE), ordenados por su médico tratante y que requiere para el tratamiento del cáncer de esófago que padece, argumentando encontrarse por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS). Fundamenta la acción incoada en los siguientes:

## 1. Hechos

1.1. Manifiesta que hace aproximadamente seis (6) años, está afiliado a la entidad prestadora de los servicios de salud E.P.S. SANITAS, en calidad de cotizante.

1.2. Que desde el mes de febrero de 2005, se le diagnosticó cáncer de esófago, hoy, “reincidente en anastomosis esófago-yeyuno”.

1.3. Para el tratamiento de esta enfermedad, su médico tratante, doctor Ricardo Duarte Maldonado, adscrito a la E.P.S. demandada, le formuló los medicamentos denominados “APREPITANT (EMEND)” en tres dosis y “DOCETAXEL (TAXOTERE), en seis dosis, para cada ciclo de seis ordenados de tratamiento, cada tres semanas, desde el pasado ocho (8) de mayo de 2006.

1.4. Al reclamar los medicamentos en la farmacia de la E.P.S. demandada, se le informó verbalmente que los mismos no se encontraban dentro del listado oficial POS, por lo cual tenía que asumir su costo. Negativa que le fue ratificada de manera escrita por el Comité Técnico Científico de la E.P.S. SANITAS el día 15 de mayo de 2006.

1.5. Aduce el actor que los medicamentos descritos, son absolutamente necesarios, debido a que son la base de la quimioterapia, vital en este momento para mantener su vida, pues la

enfermedad que padece es de las llamadas catastróficas o ruinosas, por ello, de acuerdo con la ley, es una obligación de la E.P.S., suministrar todos los medicamentos, tratamientos y exámenes ordenados por el médico tratante, con la finalidad de restablecer la salud del enfermo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1.6. Manifiesta que los medicamentos recetados por su médico tratante, "APREPITANT (EMEND), en tres (3) dosis y DOCETAXEL (TAXOTERE), en seis (6) dosis, para cada ciclo de seis ordenados de tratamiento, cada tres semanas, tiene un valor monetario por unidad de CIENTO TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (\$132.400.oo), para el primero, y para el segundo, de CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (\$419.400.oo), esto multiplicado por seis (6) nos da la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS DIECISEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (\$2'516.400.oo), para un total por ciclo de DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$2'648.800.oo) y esto multiplicado por seis (6) ciclos, nos da un total del tratamiento por la suma de QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$15.892.800.oo), a hoy, con tendencia al aumento por el tiempo que dura el tratamiento, como se puede observar de acuerdo a la cotización adjunta y dos facturas canceladas el día 30 de mayo de 2006, por los medicamentos DOCETAXEL (TAXOTERE), a la LIGA COLOMBIANA CONTRA EL CANCER, para el procedimiento de quimioterapia prioritario que debe atender por su salud y sobre todo para conservar la vida..”.

1.7. Agrega que no cuenta con la liquidez monetaria necesaria para cancelar la totalidad del tratamiento, debido a que es pensionado de Telecom, con más de 50 años de edad, y con la mesada que recibe, debe proveer a su hogar de gastos como, alimentación y sostenimiento tanto de su esposa, quien es desempleada y de tres hijos menores de edad (10, 13 y 16 años). De igual forma tiene un crédito hipotecario con el Banco Davivienda de la casa de habitación de su familia; debe pagar el valor del colegio de sus tres hijos; el pago de suplementos alimenticios diarios (PALMET y REPLETE", que debe consumir por gastrectomía total, desde el día que le diagnosticaron el cáncer.

## 2. Solicitud de tutela

El tutelante solicita se le protejan sus derechos a la salud, vida e integridad personal y en consecuencia se ordene al Director General de la E.P.S. SANITAS, y/o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas entregue los medicamentos prescritos por su médico tratante durante los ciclos que dure el tratamiento y/o aquellos adicionales que se consideren necesarios. Entrega que deberá hacerse de manera permanente y sin demora, en la cantidad y periodicidad requerida teniendo en cuenta su estado de salud.

Además solicita se ordene al Ministerio de Salud el reembolso del valor de los gastos en que incurra la E.P.S. en cumplimiento del fallo de tutela. De igual forma se ordene a la entidad demandada la devolución de los dineros que ha tenido que pagar por los medicamentos que la E.P.S. no le ha suministrado oportunamente y que ascienden por el primer ciclo a la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$2.648.800.oo), “situación de urgencia que tuvo que asumir...para no deteriorar su salud y salvaguardar la vida”.

## 3. Pruebas relevantes allegadas al expediente.

Obran las siguientes pruebas dentro del expediente de tutela:

\* Poder especial otorgado por el actor al doctor Carlos Alberto Lara Gómez para que instaure y lleve hasta su terminación la acción de tutela en contra de la E.P.S. SÁNITAS, por violación de los derechos a la salud, vida e integridad personal y los demás que resulten vulnerados con ocasión de dicha solicitud de amparo. Folio 1 de expediente.

\* Copia del oficio de fecha 13 de junio de 2005, suscrito por el médico Ricardo Duarte Maldonado, adscrito a la Unidad Oncológica del Country, en el que consta que el actor fue operado en la primera semana de febrero de 2005 por “Ca gástrico ADENOCA pobremente diferenciado de estómago con compromiso hasta la serosa..”. Folio 2 del expediente.

\* Copia del oficio de fecha 8 de mayo de 2006, suscrito por el médico citado en el punto anterior, en que consta el primer ciclo del tratamiento ordenado al actor, con los medicamentos: ondansetrol, dexametasona, cisplatin, prednisona, docetaxel, fluoruracilo y aprepitant. Folio 3.

\* Formato de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, suscrito por el médico tratante, con el fin de ser estudiado por el Comité Técnico Científico de la E.P.S. Sánitas, en el que se plasmó el medicamento “APREPITANT EMEND”. Folio 4. En la misma fecha y en formato diferente se incluye igualmente el medicamento “DOCETAXEL TAXOTERE”. Folio 6.

\* Copia del oficio de fecha 15 de mayo de 2006, suscrito por Germán Novoa García, Auditor Médico de la E.P.S. SANITAS, en el que se lee: “..una vez analizada su solicitud, el Comité Técnico Científico la ha encontrado improcedente toda vez que no cumple con los criterios establecidos en la Resolución antes mencionada”. Folio 8.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

\* Extracto del crédito hipotecario que el señor Ricardo Sabogal Ospina tiene con el Banco Davivienda, periodo liquidado “ABR. 26/2006. MAY. 26/2006”, por un “Valor a Pagar” de \$ 850.000.oo. Folio 10.

\* Copia del formato de pago en el Banco Davivienda por concepto de transporte y pensión del mes de mayo de 2006, del menor Cristian Ricardo Sabogal Pérez a la Corporación Educativa Minuto de Dios. El primero por un valor de \$91.000.oo, y el segundo por \$151.000.oo. Folio 11.

\* Copia del formato de pago por la suma de \$211.440.oo, al Banco Colmena por concepto pensión del mes de mayo de 2006, de la menor Karem Cecilia Sabogal Pérez al Colegio Esclavas del Sagrado Corazón. Folio 12.

\* Copia del formato de pago por la suma de \$247.040.oo, al Banco Colmena por concepto pensión del mes de mayo de 2006, de la menor Melissa Andrea Sabogal Pérez al Colegio Esclavas del Sagrado Corazón. Folio 13.

\* Factura de compra a la Droguería Makros, de fecha 20 de mayo de 2006, por la suma de \$35.000.oo, por concepto de “PIAMET”, en la que además consta: “Semanalmente se le vende un tarro por el mismo valor”. Folio 14.

\* Declaración juramentada rendida el día 23 de mayo de 2006 ante el Notario Trece del Círculo de Bogotá D.C., por la señora María Constanza Pérez Sepúlveda, en la que manifiesta que es casada con el señor Ricardo Sabogal Ospina y de ese matrimonio existen tres hijos, de 17, 14 y 12 años de edad respectivamente. Además declara que no labora en ninguna entidad pública, ni privada y no goza de ninguna pensión, ni de renta, dependiendo económicamente junto con sus hijos de la pensión de su esposo. Folio 15.

\* Copias de los registros civiles de nacimiento de los menores Melissa Andrea, Karem Cecilia

y Cristian Ricardo Pérez Sabogal. Folios 16, 17 y 18.

\* Cotización No. 0453, de fecha 24 de mayo de 2006, elaborada por la Liga Colombiana contra el Cáncer, de los medicamentos “DOCETAXEL”, por un valor unitario de \$418.300.oo, y un valor por 6, de \$2'509.800.oo, y “APREPITANT EMEND”, valor unitario de \$132.400.oo, para un valor total de 2'642.200.oo. Folio 19.

\* Escrito de la tutela instaurada a través de apoderado, por el señor Ricardo Sabogal Ospina, en contra de la E.P.S. SANITAS. Folios 21 a 26.

\* Auto de fecha ocho (8) de junio de 2006, por medio del cual, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C., admitió la acción de tutela, corrió traslado a la entidad demandada y se requirió al actor, para que dentro de los tres (3) días siguientes acreditará el valor de la asignación mensual por concepto de la pensión que recibe de Telecom. Se ofició igualmente a la DIAN, a la Oficina de Instrumentos Públicos y a la Secretaría de Tránsito, para que en el término de un (01) día, certificaran si el actor tenía bienes a su nombre, declara renta o tiene patrimonio gravable a su favor. Negó la medida provisional solicitada al considerar que no era urgente para la protección de los derechos invocados, pues no aparecía probada la prioridad alegada. Folio 29.

\* Copia del desprendible de pago, de fecha 27 de enero de 2006, por medio de la cual, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, cancela al actor su mesada pensional por un valor de \$3'469.309.oo. Folio 41.

\* Formato de pago de Medicina Prepagada a COLSANITAS, de fecha 17 de marzo de 2006, por un valor de \$95.150.oo. Folio 42.

\* Escrito de fecha 14 de junio de 2006, suscrito por el apoderado del actor, por medio del cual allega al juez de instancia, el comprobante de pago de la pensión solicitada y el formato de pago de medicina prepagada a COLSANITAS. Folio 43.

\* Escrito de respuesta a la acción de tutela de fecha 16 de junio de 2006, suscrito por el señor Enrique Azula Cadena, Representante Legal de la E.P.S. SANITAS S.A., Folios 49 a 59.

\* Oficio de fecha 20 de junio de 2006, firmado por María Lucía Bocanegra Aldana, Profesional Especializado 3010-17, de la Oficina de Instrumentos Públicos Bogotá Zona Sur, en el que comunica que, revisado “el Sistema Magnético actualizado a la fecha, por consulta de índice de propietarios, Cédulas de Ciudadanía y direcciones existentes en nuestra base de datos, no se estableció información alguna a nombre de RICARDO SABOGAL OSPINA..”. Folio 55.

\* Oficio de fecha 20 de junio de 2006, firmado por Dora Alvarez Riveros, Coordinadora del Grupo Operativo, de la Oficina de Instrumentos Públicos Bogotá Zona Norte, por medio del cual comunica que, “verificada la búsqueda en el sistema de INDICES DE PROPIETARIOS, existentes a la fecha en esta zona no se localizó matrícula inmobiliaria alguna a nombre de: JAVIER HUMBERTO PERILLA REINOSO....”. Folio 59.

\* Oficio de fecha 15 de junio de 2006, suscrito por Juan Fernando Quintero Ocampo, Coordinador Grupo Operativo, Oficina de Registro II.PP. Zona Centro, por medio del cual informa que, “revisado el Sistema Magnético no actualizado a la fecha, por consulta de Indices de Propietarios. Cédula de Ciudadanía y Direcciones existentes en nuestra Base de Datos, no existe ninguna matrícula inmobiliaria..”. Folio 61.

\* Oficio de fecha 20 de junio de 2006, suscrito por Juan Fernando Quintero Ocampo, Coordinador Grupo Operativo, Oficina de Registro II.PP. Zona Centro, por medio del cual informa que, "revisado el Sistema Magnético no actualizado a la fecha, por consulta de Indices de Propietarios, Cédula de Ciudadanía y Direcciones existentes en nuestra Base de Datos, se pudo establecer la (s) matrícula (s) de la cual adjunto Certificado (s) de Libertad y Tradición". Folio 63.

\* Certificado de Libertad y Tradición de fecha 16 de junio de 2006, expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, en el que se consigna "Nro Matrícula: 50C-571903", y en el aparte de "Titular de dominio incompleto", aparece "A: SABOGAL OSPINA RICARDO". El inmueble hace referencia a "Predio: URBANO 1) TRANSVERSAL 56 A 99A-97 2) CARRERA 71 # 100 91 AP 102". Folio 66.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

\* Certificado de Libertad y Tradición de fecha 22 de junio de 2006, expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte, en el que se consigna "Nro Matrícula: 50N-20415885", y en el aparte "ESPECIFICACIÓN" se anota: "0203 HIPOTECA (GRAVAMEN)", en el aparte "Titular de dominio incompleto", aparece "A: SABOGAL OSPINA RICARDO". El inmueble hace referencia "Tipo Predio: urbano 1) calle 164 # 60-29 CASA INTERIOR 92 CONJUNTO RESIDENCIAL QUINTAS DE SANTA MARIA VP.H..". Folio 69.

\* Certificado de Libertad y Tradición de fecha 22 de junio de 2006, expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte, en el que se consigna "Nro Matrícula: 50N-20416016", y en el aparte "ESPECIFICACIÓN" se anota: "0203 HIPOTECA (GRAVAMEN)", en el aparte "Titular de dominio incompleto", aparece "A: SABOGAL OSPINA RICARDO". El

inmueble hacer referencia a “Tipo Predio: urbano 1) CALLE 164 # 60-29 GARAJE # 109 CONJUNTO RESIDENCIAL QUINTAS DE SANTA MARIA”. Folio 72.

\* Certificado de Libertad y Tradición de fecha 22 de junio de 2006, expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte, en el que se consigna “Nro Matrícula: 50N-20416017”, y en el aparte “ESPECIFICACIÓN” se anota: “0203 HIPOTECA (GRAVAMEN)”, en el aparte “Titular de dominio incompleto”, aparece “A: SABOGAL OSPINA RICARDO”. El inmueble hace referencia a “Tipo Predio: urbano 1) CALLE 164 # 60-29 GARAJE # 110 CONJUNTO RESIDENCIAL QUINTAS DE SANTA MARIA”. Folio 72.

\* Fallo de fecha 23 de junio de junio de 2006, por medio del cual el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C., negó la tutela de los derechos invocados por el tutelante. Folios 75 a 81.

\* Oficio de fecha 27 de junio de 2006, suscrito por Claudia Patricia Moncayo B., Profesional Especializado Grupo Asuntos Judiciales, de la Secretaría de Tránsito de Bogotá D.C., por medio del cual comunica que “una vez consultado el sistema del SETT, se ha podido verificar la Cédula de Ciudadanía No. 19207828, NO tiene registro de vehículos..”. Folio 82.

\* Oficio de fecha 4 de julio de 2006, Mariela Villanueva, Enfermera Oncóloga, hace constar que, “El paciente en mensión (sic) recibió tratamiento de quimioterapia por 5 días a partir junio 5/06, por cada día de tto abonó un vale de Colsánitas”. Folio 90.

\* Copia del “CONTRATO DE COMODATO O PRESTAMO DE USO”, suscrito el día 14 de mayo de 2006, entre Ricardo Sabogal Ospina en calidad de Comodante y Aduvina Rubiano Muñoz, como comodataria, por medio del cual, el comodante “entrega al COMODATARIO la tenencia,

para su guarda, uso y disfrute gratuito del bien inmueble ubicado en la Tv. 56<sup>a</sup> No. 100-97 Apt. 102 e identificado con la matrícula inmobiliaria No. 571903..”. Folios 91 y 92.

\* Pagaré 75832700, de fecha 6 de mayo de 2006, por un valor de “TRES MILLONES DE PESOS (3'000.000)”, en el que aparecen como deudores, Ricardo Sabogal Ospina y Constanza Pérez Sepúlveda. Folio 93.

\* Copia del pagaré 75860531, de fecha 29 de mayo de 2006, por un valor de “SEIS MILLONES DE PESOS (6'000.000)”, en el que aparecen como deudores, Ricardo Sabogal Ospina y Constanza Pérez Sepúlveda. Folio 94.

\* Declaración juramentada rendida el día 4 de julio de 2006 ante el Notario Once del Círculo de Bogotá D.C., por el señor Gustavo Alfonso Sabogal Orjuela, por medio del cual hace constar que, “mi hijo RICARDO SABOGAL OSPINA...., me ayuda económicamente desde hace varios años, con una asignación mensual de CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$40.000.oo)”. Folio 95.

\* Declaración juramentada de fecha 30 de junio de 2006 ante el Notario Cincuenta y Dos Círculo de Bogotá D.C., rendida por el señor Francisco de Paula Vargas Buitrago, por medio del cual hace constar “QUE HACE 15 AÑOS HE VIVIO (SIC) FRENTE AL APARTAMENTO DE PROPIEDAD DEL SEÑOR RICARDO SABOGAL OSPINA, EL CUAL SE ENCUENTRA UBICADO EN LA TRANSVERSAL 56<sup>a</sup> No. 100-97 APARTAMENTO 102 DIRECCION ANTIGUA, Y/O CARRERA 71 No. 100-97 COMO DIRECCION NUEVA. (AMBAS DIRECCIONES EN LA CIUDAD DE BOGOTA). Y ME CONSTA QUE EL SEÑOR RICARDO SABOGAL OSPINA HA VIVIDO EN EL APARTAMENTO DESDE EL AÑO 1982 HASTA JULIO DE 2004, FECHA EN LA CUAL EMPEZÓ A OFRECER EN VENTA EL APARTAMENTO SIN QUE HASTA LA FECHA HAYA LOGRADO CONSEGUIR UN COMPRADOR, POR LA UBICACIÓN DEL APARTAMENTO (FRENTE A SANTA ROSA), POR FALTA DE CELADURIA (PORQUE ESTA EN UN CONJUNTO DONDE SOLO HAY TRES APARTAMENTOS), POR EL COSTO

DE LOS SERVICIOS PUBLICOS Y LA CONGESTION DEL TRAFICO QUE SE HA FORMADO EN LA CALLE QUE SEPARA LOS DOS BARRIOS, QUE HIZO NECESARIO LA COLOCACIÓN DE UN SEMAFORO A UNA CUADRA DEL APARTAMENTO". Folio 96.

\* Copia de la factura de pago del "gas Natural" No. FE67312912, de fecha 17 de junio de 2006, por un valor de \$11.750.00. Folio 97.

\* Copia de la Escritura Pública No. 2401, otorgada ante la Notaría Veintiuna del Círculo de Bogotá D.C., de fecha 18 de junio de 2004, en la que consta la "HIPOTECA ABIERTA" a favor de la Constructora Colpatria S.A"., "- CODIGO: 204", constituida sobre el inmueble "CASA DE HABITACIÓN INTERIOR 92, GARAJE 109 Y GARAJE 110 DEL "CONJUNTO RESIDENCIAL QUINTAS DE SANTA MARIA V - PROPIEDAD HORIZONTAL" - CALLE 164 # 60-29 - INTERIORES 1 AL 114 DE ESTA CIUDAD DE BOGOTA D.C.....MATRICULA INMOBILIARIA No: 50N-20415885, 50N-1041606, 50N-20416017". Folios 98 a 102.

\* Copia de la consulta del saldo de la cuenta corriente del Banco Davivienda No. 1755, en la que consta "Disponible efectivo -\$733.899.57 Saldo canje \$0.00 Saldo plazo \$0.00 Disponible sobregiro causados \$66.100.43 Intereses sobregiros causados \$2,061.23 Días en sobregiro 05". Folio 103.

\* Copia de dos pagos realizados con tarjeta de crédito a "FARMASANITAS" por la suma de \$123.120.00 cada uno, de fechas 9 de mayo y 3 de junio de 2006, así como dos facturas de pago por la suma de \$35.000.00 cada una a Droguerías "MAKROS", por la compra de "Piamet Polvo". Folio 104.

\* Recibo de Caja No. 2266, firmado por María Victoria Pinzón, administradora del Conjunto

Residencial Quintas de Santa María V, en la que consta que la cuota del mes de mayo asciende a la suma de \$125.000.oo. Folio 105.

\* Recibo de Caja No. 0026 de fecha 10 de junio de 2006, por “Capacitación y Asesorías LEO”, en la que consta el abono de la cuota No. 3 del Pre ICFES, de Melissa Sabogal, por un valor de \$45.000.oo. Folio 106.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

\* Factura de pago al “SUPERMERCADO - PANADERIA LA FAMILIA”, de fecha 30 de junio de 2006, por la suma de \$22.100.oo. Al igual que constancia de pago de fecha 6 de julio de 2006 a Servimercados el “MORTIÑO”, por un valor de \$35.905.oo. Folio 108.

\* Factura de pago del “gas Natural” No. FE64129064, de fecha 6 de abril de 2006, por un valor de \$51.370.oo; factura del mes de febrero de 2006 de la “eTb” por un valor de \$73.017.oo; factura de Codensa del mes de abril de 2006, por un valor de \$45.010.oo; factura de Acueducto de abril a junio de 2006, por un valor de 162.250.oo.; factura de “TV CABLE S.A.”, del mes de mayo de 2006, por el valor de \$86.207.oo. Folios 109 al 113.

\* Declaración juramentada rendida ante el Notario Cuarenta y dos del Círculo de Bogotá D.C., el día 30 de junio de 2006, por la señora María Teresa Sepúlveda de Pérez, en la que hace constar que, “Soy mamá e (sic) la ESPOSA DE ROCARDO SABOGAL OSPINA...me consta que mi hija MARIA CONSTANZA PEREZ SEPULVEDA...., no trabaja, ha tenido que dedicarse al cuidado de RICARDO, desde su operación del estómago en febrero de 2.005, me consta las mala (sic) situación económica por la que están pasando, a partir de la operación agravada por la quimioterapia, porque han tenido que acudir a prestamos, porque la pensión que recibe RICARDO, no le alcanza para cubrir los costosos medicamentos..”. Folio 114.

- \* Escrito de impugnación al fallo de tutela de primera instancia. Folios 115 a 122.
- \* Declaración juramentada, rendida por el actor ante el Notario Diecinueve del Círculo de Bogotá, por medio de la cual, declara detalladamente sus egresos mensuales, por una suma total de \$4'803.625.00. Folio 123.
- \* Escrito en el cual se relacionan los “EGRESOS MENSUALES” del actor, por concepto de salud, vivienda, sostenimiento del hogar, mercado quincenal, gastos educación, créditos, cuota de administración, entre otros. Folios 124 a 126.
- \* Fallo de tutela de fecha 25 de julio de 2006, por medio del cual, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, confirmó la sentencia impugnada. Folio 8 al 15 del cuaderno 2.

#### 4. Intervención de la entidad demandada.

En escrito de fecha 16 de junio de 2006, el representante legal de la E.P.S. SANITAS S.A., dio respuesta a la acción de tutela, solicitando se negara la protección de los derechos invocados por el accionante. Sus argumentos pueden sintetizarse así:

- El señor RICARDO SABOGAL OSPINA se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la E.P.S. SANITAS S.A., en calidad de cotizante pensionado, contando a la fecha con 322 semanas cotizadas.
- Al citado ciudadano se le prescribieron los medicamentos denominados “DOCETAXEL” y

“APREPITANT”, los cuales no se encuentran incluidos en el Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

- Según lo expuesto e la Resolución No. 3797 de 2004, expedida por el Ministerio de Protección Social, la E.P.S. SANITAS S.A., realizó el estudio del caso por parte de un comité técnico científico con el fin de definir sobre la posibilidad de suministrar los medicamentos aludidos, y llegó a la conclusión que no se cumplía con los criterios de autorización estipulados en al artículo 6º de la Resolución citada.
- La tutela no es el medio para acudir a la protección de los derechos invocados, toda vez que la normatividad establece el mecanismo a seguir, que ya fue utilizado por el actor, como tampoco para solicitar el reembolso de sumas dinerarias por medicamentos ya aplicados1.

## 5. Decisiones judiciales objeto de revisión.

### 5.1. Fallo de primera instancia.

Mediante fallo del veintitrés (23) de junio de dos mil seis (2006) el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá D.C., negó el amparo de los derechos invocados, y declaró improcedente la tutela frente a la pretensión económica, referida al reembolso de sumas de dinero pagadas por el actor para asumir el costo de medicamentos prescritos por el médico tratante. Después de referirse de manera genérica al contenido y alcance de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y su regulación en el Decreto 2591 de 1991, así como a los derechos a la salud y a la seguridad social, concluyó que, la suma que percibe el actor por concepto de pensionado de Telecom, “es mas que amplia y suficiente para sufragar sus gastos cóngruos y necesarios. No bastando lo anterior, el citado petente cuenta en su

totalidad con el derecho de dominio y/o propiedad de cuatro inmuebles...". De allí que no se cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos invocados en casos como el presente.

## 5.2. Impugnación.

A través de escrito de fecha cuatro (04) de julio de 2006, el apoderado del actor impugnó la decisión aludida en el punto anterior. A su juicio, el juez de instancia no verificó de fondo la situación planteada, así como tampoco realizó una valoración de la totalidad de las pruebas presentadas con el escrito de tutela que demostraban la incapacidad económica del señor Sabogal Ospina, las cuales muestran que se encuentra en un déficit mensual de \$1'334.316.00, el cual, necesariamente, mes a mes, se incrementa llevándolo hacia una quiebra total, sin retroceso, poniendo en peligro su mínimo vital y el de su familia que se compone de su esposa, tres hijos menores y su padre. Este déficit lo ha venido manejando con un sobregiro que le aprueba el Banco Davivienda, mensualmente entre 700 y 800 mil pesos, pero como esta suma no es suficiente, ha tenido que acudir a préstamos de terceras personas, quienes cobran intereses, convirtiéndose día a día en una bola de nieve incontrolable.

Agregó que, respecto de los cuatro inmuebles que el juez de instancia manifestó estar en cabeza del señor Sabogal, no fueron analizados juiciosamente, pues en realidad son dos y a uno de ellos están anexos dos garajes, estos tres últimos conforman uno solo. Indicó que su poderdante no tiene por lujo esos dos inmuebles, sino que la situación familiar que está viviendo lo llevó a la compra de la nueva casa de habitación, para él y su familia, ubicada en la calle 163 No. 72-29, interior 92, además por la necesidad de tener un espacio adecuado para sus hijos, por seguridad y mejores condiciones ambientales de salud. El citado inmueble está gravado con hipoteca de primer grado por la suma de \$60'000.000.oo. El apartamento de Pontevedra, ubicado en la cra 71 No. 100-91, Apto 102, de esta ciudad, fue comprado mediante préstamo a 15 años con Concasa, vivió en él 22 años, por tener sólo dos alcobas,

resultaba incómodo como vivienda familiar. Lo ideal era vender este último inmueble para poder comprar el nuevo, pero no ha sido posible, debido principalmente a la inseguridad, pues ha sido objeto de robos repetidos de sus bienes en siete (7) oportunidades. Ante la dificultad que ha conllevado su venta o arriendo, se realizó un contrato de comodato o préstamo de uso, con la señora Eduvina Rubiano Muñoz, por seis (6) meses a partir del 14 de mayo de 2006, con el fin de evitar mayores erogaciones económicas, que en la actualidad no puede asumir, como el pago de los servicios públicos de un inmueble de estrato cinco (5).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sostuvo finalmente que, su poderdante para poder pagar la primera quimioterapia que se realizó del 5 al 9 de junio de 2006, tuvo que pedir prestados tres millones de pesos (\$3'000.000.oo), pagaderos a un año, mediante el otorgamiento de un título valor pagaré. Con el fallo de primera instancia negativo, su situación económica se agravó, pues tuvo que acudir a un nuevo préstamo por el valor de seis millones de pesos (\$6'000.000.oo), pagaderos a un año, para poder cubrir el segundo ciclo de quimioterapia, “es decir, manteniendo el pago mensual de \$500.000.oo, pero cancelando el primer pagaré de tres millones de pesos (\$3'000.000.oo)”.

### 5.3. Fallo de segunda instancia.

Mediante providencia del veinticinco (25) de julio de 2006, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá D.C., confirmó en todas sus partes la decisión recurrida. Manifestó que, no desconocía ese despacho los argumentos del apoderado del actor, “pero los mismos solo están destinados a resaltar la situación económica, los gastos mensuales y tratar de presentar un balance desalentador respecto a la verdadera condición financiera del accionante. Pero ello no desvirtúa el argumento expuesto por el Juzgado A-quo respecto a la cuantificación de ingresos y los egresos para llegar a la conclusión que la suma que recibía por la pensión era suficiente para sufragar los gastos conguos y necesarios. Igualmente no se desvirtúa el valor de los inmuebles que se mencionan en esta diligencia”. A su juicio, no se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para amparar

el derecho a la salud en conexidad con la vida, que se relacionan con “(iii) Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o el tratamiento requerido. En el presente caso el accionante tiene medios económicos que le permiten adquirir los medicamentos ...recetados por el médico tratante, sin que ello ponga en grave riesgo su subsistencia económica, pues según los valores que indica en la misma...no deben ser cancelados inmediatamente sino que es por el periodo que dure el tratamiento de seis ciclos cada tres semanas, donde según el mismo accionante debe pagar la suma de cuatrocientos diecinueve mil cuatrocientos pesos (\$414.400.00) (sic), suma que comparada con el ingreso por pensión \$3.469.309.00, le permite costear el medicamento no cubierto por el POS”.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. El asunto objeto de revisión y planteamiento de los problemas jurídicos.

Manifiesta el tutelante que se le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, vida e integridad personal, con la negativa de la E.P.S. SANITAS de asumir el costo y entregarle los medicamentos APREPITANT y DOCETAXEL que le prescribió

su médico tratante, con el fin de contrarrestar los efectos de un cáncer de esófago que padece, argumentando para ello, que estas medicinas se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS).

Los jueces de instancia negaron la protección de los derechos invocados, al sostener que el actor cuenta con recursos económicos suficientes para asumir el costo de los medicamentos prescritos por su médico tratante, derivados de la mesada pensional que recibe y de ser propietario de cuatro (4) inmuebles ubicados en la ciudad de Bogotá D.C. Además indicaron que la acción de tutela no es el medio idóneo para ordenar el reembolso de sumas de dinero sufragadas para la obtención de medicamentos, pues para ello existe otro medio de defensa judicial.

De esta forma, corresponde a esta Sala de Revisión determinar: (i) si la E.P.S. SANITAS, con la negativa en suministrar los medicamentos formulados por el médico tratante al actor, quien padece de un cáncer de esófago, vulneró sus derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal, y, (ii) si el amparo constitucional procede de manera excepcional para ordenar el reembolso de la suma de dinero que el tutelante asumió para adquirir los medicamentos prescritos por su médico tratante, con la finalidad de contrarrestar los efectos devastadores de la enfermedad ruinosa o catastrófica que actualmente padece, cuando claramente se demostró desde el inicio del proceso de tutela su incapacidad económica y contra toda evidencia los jueces negaron la protección invocada.

Con la finalidad de solucionar los problemas jurídicos propuestos, esta Sala de Revisión, reiterará la posición jurisprudencial sobre los siguientes temas: (i) la salud como derecho constitucional fundamental, (ii) los requisitos de procedencia de la acción de tutela para ordenar la entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; (iii) prueba de la capacidad económica y la obligación de los jueces de tutela de valorar las pruebas con la finalidad de establecer los gastos soportables, (iv) procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reembolso de dineros asumidos por medicamentos prescritos por los

médicos tratantes, y, (v) el mínimo vital como derecho constitucional fundamental.

### 3. La salud como derecho constitucional fundamental.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el artículo 49 constitucional, dispone que la salud es un derecho y un servicio público a favor de todos los habitantes del territorio nacional<sup>2</sup>. Entonces, surge la obligación en cabeza del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>3</sup>.

De la misma manera, ha señalado esta Corporación que en principio, la acción de tutela no procede para prodigar amparo al derecho a la salud. Precisamente el carácter prestacional de este derecho obliga al Estado a racionalizar, por un lado la asignación de inversión suficiente para el alcance integral de esta garantía, frente a la necesidad de sostenimiento que igualmente tienen otros derechos, dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. En este escenario, por otro lado debe igualmente por ello racionalizar su prestación satisfactoria a cargo del Estado sólo en casos en que su falta de reconocimiento (i) afecte directamente y de manera conexa los derechos fundamentales de la persona, (ii) se pregone de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud<sup>4</sup>.

El hecho de que el derecho a la salud, en algunos casos resulte fundamental por conexidad, implica que otros derechos que la misma norma supralegal ha definido como fundamentales, resultarían quebrantados, en caso de no garantizarse la prestación del servicio de salud de manera inmediata<sup>5</sup>.

Ha señalado igualmente la Corte Constitucional, que el derecho a la salud puede adquirir carácter de derecho fundamental autónomo<sup>6</sup>, en razón a que la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional, y frente a ellos la garantía del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad que en ocasiones deben enfrentar, verbi gratia, la población infantil, las personas discapacitadas y los adultos mayores, entre otros.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sobre este aspecto ha manifestado la Corte que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo<sup>9</sup>”. De allí se explica que la naturaleza “de derecho fundamental autónomo como garante de la dignidad de las personas, se enmarque dentro de las prestaciones en salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio del Salud Subsidiado y de las derivadas de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas<sup>10</sup>”.

4. Requisitos que deben acreditarse según la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela con el fin de ordenar la entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

De manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el desarrollo más importante de los derechos constitucionales a la salud y a la seguridad social es el Sistema de Seguridad Social Integral. Así, cuando el desconocimiento injustificado de las prestaciones

económicas o asistenciales establecidas en este sistema afecte de manera directa derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida o la dignidad humana, procede la acción de tutela, entre otros, para ordenar la prestación de servicios médicos, incluso aquellos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS), ordenándose para el efecto, la inaplicación de las normas legales o reglamentarias referentes a las exclusiones de este plan o la aplicación directa de las disposiciones constitucionales.

Según la doctrina constitucional, por vía de tutela puede ordenarse la prestación de servicios médicos excluidos del POS, cuando: (i) la falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquel; (iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y (iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante<sup>11</sup>.

En este orden, la acción de tutela resulta procedente con la finalidad de proteger el derecho a la salud, acreditando las exigencias antes citadas, cuando la vulneración del mismo, afecta de manera conexa derechos fundamentales, cuando este derecho se pregoné de un sujeto de especial protección constitucional, o esté dirigido funcionalmente a materializar la dignidad humana. Lo expuesto, sin consideración a que los servicios médicos requeridos por el tutelante se encuentren o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Empero, es importante recordar que, en principio, las Empresas Promotoras de Salud sólo están obligadas a responder por los servicios determinados dentro del marco legal que regula la materia. Lo anterior, debido a la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero en la relación jurídica que existe entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, pues como lo ha indicado esta Corte, éstas son simplemente delegatarias de aquél en la prestación del servicio público de seguridad social integral<sup>12</sup>.

5. Prueba de la capacidad económica y la obligación que tienen los jueces de tutela de valorar las pruebas obrantes con la finalidad de establecer los gastos soportables.

Como quedó anotado en precedencia, una de las exigencias jurisprudenciales para que por vía de tutela se ordene a la E.P.S., una prestación médica excluida del P.O.S., es el referido a la falta de capacidad económica del usuario del servicio. Su acreditación encuentra justificación en la necesidad de mantener en equilibrio del régimen contributivo de salud<sup>13</sup>.

De esta forma los afiliados al sistema que cuenten con capacidad de pago para costear los servicios médicos requeridos, deben asumir el valor que les corresponda. Existe la presunción de que, quien se encuentre en el régimen contributivo tiene capacidad de pago. Sin embargo, al respecto, ha considerado esta Corte que dicha presunción no opera de manera absoluta, pues hay que tener en cuenta las particularidades de cada caso estudiado<sup>14</sup>.

Precisamente en los casos aludidos, para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación ha establecido las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar 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; (iv) corresponde al juez de

tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, 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<sup>15</sup>.

Es claro entonces que, en principio, corresponde a quien acude a la tutela probar que no cuenta con recursos económicos para asumir el costo de los citados servicios médicos, pero cuando éste hace una afirmación en tal sentido, la carga de la prueba se invierte, es decir, corresponde a la entidad demandada desvirtuar esta negación indefinida. No obstante, este hecho no releva de la obligación que tiene igualmente el juez de desplegar una actividad positiva, a través de los diferentes medios de probatorios tendientes a determinar la capacidad de pago del tutelante, cuando de las pruebas que obran en el expediente, no es posible establecer claramente la misma.

A través de esta actividad se deberá verificar no solamente que la persona cuente con recursos económicos, sino también que los mismos sean suficientes para costear el medicamento, tratamiento o los elementos necesarios prescritos por el médico tratante, que han sido negados bajo el argumento de estar excluidos del POS. Esto es, deberá tenerse en cuenta, la parte que puede tomarse del flujo de ingresos mensuales del usuario sin que se menoscaben aquellos destinados para vivienda, educación, aportes a salud y pensiones y los demás elementos que le permiten a la persona la subsistencia en condiciones dignas, como alimentación y vestuario, entre otros<sup>16</sup>

Sin embargo, la actividad positiva a desplegar por parte del juez, debe proyectarse no solamente respecto de la recaudación de las pruebas necesarias para demostrar la capacidad económica de quien solicita el amparo constitucional, sino hacia la valoración integral de las mismas, de tal suerte que, de comprobarse la existencia de recursos económicos, debe establecerse igualmente que los costos de la prestación de servicios médicos, constituyen gastos soportables<sup>17</sup>. Lo dicho se traduce en que, de asumirse el costo de los servicios médicos, no se afectan otros derechos y garantías constitucionales de forma desproporcionada. “De comprobarse, en el caso concreto, que la atención en salud para el peticionario representa un gasto exagerado (no soportable), entonces habrá de concluirse que el requisito de la falta de capacidad de pago para costear una prestación excluida del P.O.S. se cumple “<sup>18</sup>.

Entonces, los jueces de tutela deben establecer no solamente la incidencia que tiene para el patrimonio de quien acude a la protección constitucional, el contar con ciertos bienes, sino también la referida a los efectos reales del mismo sobre la situación material que vive el tutelante de cara al conflicto que se está presentando y que precisamente debe resolverse.

En este orden, no basta para que el juez tenga por probada la capacidad económica de quien acude a la tutela el simple argumento de que la persona cuenta con algunos bienes y enunciar los mismos, sino que debe hacerse una valoración integral de este aspecto con las demás pruebas arrimadas al expediente para establecer en la medida de lo posible la solvencia económica real para asumir el costo del tratamiento, medicamento, o los elementos 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. Lo anterior debido a la necesidad de establecer del flujo de ingresos de la persona, la parte del mismo que puede dedicarse a la asunción de los servicios médicos requeridos, de tal suerte que no se afecten otras garantías fundamentales, que no necesariamente se relacionan con el mínimo vital, pues basta que el afiliado al régimen contributivo asuma una carga desproporcionada para que se vea afectado el principio de “gastos soportables”<sup>19</sup>.

## 6. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reembolso de dineros asumidos por medicamentos prescritos por los médicos tratantes.

El tema del reembolso de dineros que han tenido que asumir quienes acuden a la tutela por el costo de medicamentos, cuando se le han negado con el argumento de no encontrarse incluido en el POS, no es un tema ajeno a la jurisprudencia constitucional. Precisamente en la sentencia T-299 de 2004, la Sala Séptima de Revisión de esta Corte, ordenó al Seguro Social a manera de condena en abstracto, reembolsar al demandante la suma de dinero que “este debió erogar con el propósito de conseguir el medicamento Insulina NPH esencial para su tratamiento, desde el momento en que el médico tratante se lo prescribió, hasta que se reinicie o se haya reiniciado su suministro por parte de la E.P.S”.

A la decisión anterior llegó la Corte, tras considerar que la negativa de la entidad demandada de suministrar el medicamento que requería el actor, recetado por su médico tratante para restablecer su estado de salud, no tenía asidero legal, pues se encontraba incluido en el POS, situación que además fue avalada por el juez constitucional de instancia.

A juicio de la Corte, en la providencia que era objeto de revisión, el juez de tutela, incurrió en doble incuria: inercia probatoria e inobservancia de la presunción de veracidad, que implicaban un defecto en la configuración de la decisión, pues no se contaba con ningún tipo de información sobre la importancia y la funcionalidad de los medicamentos recetados por el médico tratante y la entidad demandada no había contestado la demanda de tutela. Pese a lo anterior, el juez llegó a la conclusión que el médico tratante no había considerado de especial importancia el medicamento prescrito, y que de todas formas el actor contaba con el suministro de otro medicamento similar. Presunción que llevó al juez a una conclusión falsa: “la no afectación del derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud del actor”.

De igual modo, esta Corporación encontró que la providencia en esa oportunidad revisada, adolecía de una fundamentación legal mínima, sobre el asunto debatido, cual fue la sugerencia que se hizo respecto a que el medicamento “insulina NPH”, no estaba incluida en el Manual de Medicamentos del POS, “según la confusa consideración de que no procede el amparo porque el actor no probó su incapacidad económica, y que sólo indicó que la insulina NPH era “costosa”, cuando en realidad se encontraba incluida en el citado manual.

Según lo señalado la Corte, si el juez hubiera cumplido con sus funciones constitucionales y legales, el rumbo de la actuación y en consecuencia de la decisión debió ser otra. De allí que estaba obligado a desplegar su actividad probatoria con el fin de reunir los elementos de juicio para decidir, y si entonces, nada de esto era posible, haber acudido al mecanismo supletivo de la veracidad establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Además, “La aplicación de los mandatos de la ley 100 de 1993, y de lo previsto en el manual de medicamentos del POS, indicaban otro sentido de la decisión” (Negrillas fuera de texto).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el caso glosado, concluyó la Corte que, “Decidir contra derecho, es ir en contra del valor que incorpora la norma jurídica como norma de conducta humana. En este caso, esta situación es patente: al ignorar la norma de la inclusión de la insulina NPH en el manual de medicamentos del POS, el juez desconoció el valor de la protección a la integridad física, a la salud y a la vida que incorpora la norma, y por esta vía terminó desconociendo los derechos fundamentales y legales del ciudadano enfermo de diabetes”.

En la sentencia aludida, indicó la Corte, que en esa oportunidad el juez de instancia no sólo desconoció los mandatos legales y reglamentarios asociados a la prestación del servicio de salud, sino que pasó por alto la interpretación que esta Corporación le ha otorgado a las obligaciones contenidas en los planes obligatorios de salud y la especial relación que

guardan dichas obligaciones con el contenido de los derechos fundamentales. Resaltó igualmente que el principio de eficacia impone al juez el deber de asumir conductas activas a partir de su posición de garante institucional con la finalidad de lograr la protección real de los derechos fundamentales de las personas.

Concluyó la Sala Séptima de Revisión que, “el juez no sólo desconoció los mandatos legales y reglamentarios asociados a la prestación del servicio de salud, sino que pasó por alto la interpretación que la Corte Constitucional le ha otorgado a las obligaciones contenidas en los planes obligatorios de salud y la especial relación que guardan dichas obligaciones con el contenido de los derechos fundamentales”.

De acuerdo a lo anotado, una conclusión se impone: la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que por regla general, la acción de tutela no procede para ordenar el reembolso de dineros que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, han tenido que invertir en tratamientos, medicamentos o elementos, prescritos por sus médicos tratantes<sup>20</sup>, y en general para reclamar el pago de acreencias de contenido económico. Empero, de manera excepcional se ha aceptado que este medio de defensa judicial es procedente para ordenar el reembolso de dineros asumidos para la obtención de medicamentos, a manera de indemnización en abstracto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), cuando la actuación de la entidad demandada no tenga asidero jurídico, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales de sus usuarios, avalada en gran medida por los jueces de tutela, quienes desconocen la jurisprudencia de la Corte Constitucional, referida a que los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud integran el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, además de no asumir su papel de garantes institucionales de hacer eficaces de los derechos fundamentales de las personas (art. 2 C.P.).

## 7. El mínimo vital como derecho constitucional fundamental.

Desde sus comienzos, esta Corporación reconoció el derecho al mínimo vital como fundamental<sup>21</sup>, luego fue extendido y reiterado por la hermenéutica constitucional, como un derecho que se origina en los principios de Estado Social de Derecho, dignidad humana y solidaridad, que se concreta además, entre otros, en derechos fundamentales como la vida, integridad personal y a la igualdad tendiente a la protección especial de aquellas personas en virtud de la debilidad manifiesta a la que pueden verse enfrentadas en alunas ocasiones<sup>22</sup>.

Se ha considerado entonces que el derecho fundamental al mínimo vital incluye todas las medidas positivas o negativas ordenadas constitucionalmente tendientes a evitar que la persona sea reducida en su valor intrínseco, en razón a que no posee las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia acorde a su propia calidad de ser humano.

Entendido este derecho fundamental en su dimensión positiva implica que el Estado<sup>23</sup>, y en ciertas condiciones cuando se reúnen las condiciones de urgencia<sup>24</sup>, y otras reguladas legalmente y en la jurisprudencia de esta Corporación,<sup>25</sup> se ven obligados a suministrar a la persona que no pueda desempeñarse de manera autónoma y que comprende las condiciones materiales u objetivas de existencia, las prestaciones requeridas, que son dispensables para sobrevivir dignamente y evitar que sea degradada o aniquilada como ser humano<sup>26</sup>.

En cuanto a la dimensión negativa, el derecho a que se está haciendo alusión, se constituye en una limitación o barrera que no puede ser traspasada por el Estado, en materia de disposición de recursos materiales que la persona requiere para existir dignamente. Ello explica medidas como la inembargabilidad de parte del salario, la prohibición de confiscación, la indisponibilidad de los derechos laborales o el amparo de pobreza, entre otros, que se pueden definir como ejemplos concretos del citado límite estatal que no puede traspasarse<sup>27</sup>.

Con el derecho fundamental al mínimo vital se busca garantizar a la persona, como centro del ordenamiento jurídico, no sea cosificado, esto es, no sea tomado como “instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. Tal derecho protege a la persona, en consecuencia, contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco. Es por ello que la jurisprudencia bajo el derecho fundamental al mínimo vital ha ordenado al Estado, entre otras, reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimputables,<sup>28</sup> detenidas,<sup>29</sup> indigentes,<sup>30</sup> enfermos no cubiertos por el sistema de salud,<sup>31</sup> mujeres embarazadas<sup>32</sup> y secuestrados<sup>33</sup>. Pero los jueces de tutela también han reprochado las acciones u omisiones, con fundamento en el derecho fundamental al mínimo vital, bien sea de particulares que presten algún servicio público como los servicios de salud y educación, o de particulares que atentan contra la subsistencia digna de una persona, con el fin de asegurar el mencionado derecho, como ha sucedido en materia del no pago prolongado de salarios o pensiones por empresarios particulares<sup>34</sup>”<sup>35</sup>.

En suma, según la jurisprudencia de esta Corte, el concepto de mínimo vital corresponde a aquellos requerimientos básicos de toda persona que le permiten asegurar una subsistencia digna, que no puede confundirse con el salario mínimo<sup>36</sup>. Es decir, el mínimo vital está condicionado, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, de donde se sigue que se trata de una valoración cualitativa.

En todo caso, este derecho constitucional fundamental no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano<sup>37</sup>, pues es lógico que deba pretenderse la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias y las del grupo familiar, dentro de ellas, la alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran reguladas expresamente en la norma superior y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico superior<sup>38</sup>.

## 8. El caso objeto de revisión.

Como quedó anotado en los antecedentes de esta providencia, el señor Ricardo Sabogal Ospina, considera que la E.P.S. SANITAS ha vulnerado sus derechos a la salud, vida e integridad personal, con la negativa en suministrar los medicamentos “APREPITANT” y “DOCETAXEL”, argumentando no encontrarse incluidos en el POS y que fueron prescritos por su médico tratante, adscrito a esa entidad, como parte del tratamiento del cáncer de esófago que padece.

La entidad demandada, a través de su representante legal, manifestó que el actor contaba para esa fecha con 322 semanas de cotización. De igual forma que le fueron prescritos los medicamentos “DOCETAXEL” y “APREPITANT”, los cuales no se encuentran incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “Por el cual se actualiza el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”. Además, que el Comité Técnico Científico de esa entidad estudió el caso y no aprobó el suministro de los citados medicamentos, al considerar que no se cumplía con los criterios de autorización regulados en la resolución 3797 de 2004. Finalmente sostuvo que, la tutela no es el medio para reclamar el reembolso de sumas de dinero por medicamentos ya aplicados<sup>39</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Finalmente, manifestó que sobre la “devolución de dineros deprecada, esta deberá negarse habida cuenta que las controversias por elementos meramente económicos, que dependen de la aplicación al caso concreto de las normas legales -no constitucionales- reguladoras del Sistema de Seguridad Social en Salud, exceden ampliamente el campo propio de la acción de

tutela..."40.

Por su parte, el ad quem, confirmó en todas sus partes la decisión recurrida con argumentos similares a los expuesto por el a quo.

Analizado el material probatorio que obra en el expediente de tutela, encuentra esta Sala de Revisión, que el señor Ricardo Sabogal Ospina, es una persona que actualmente cuenta con 52 años de edad<sup>41</sup> y desde el mes de febrero de 2005<sup>42</sup>, se le diagnosticó cáncer de esófago, siendo operado en el citado mes, de "Ca gástrico ADENOCA pobremente diferenciado de estómago<sup>43</sup>". Al día de hoy, su enfermedad ha reincidido en "anastomosis esófago - yeyuno<sup>44</sup>. A partir del mes de mayo de 2006, como tratamiento para esta enfermedad ruinosa o catastrófica, su médico oncólogo tratante le formuló unos medicamentos de alto costo, tendientes a hacerle frente a los efectos nefastos de este trágico mal; droga que no le fue suministrada por la E.P.S., argumentando estar fuera del POS.

Como único ingreso económico, el actor recibe una mesada pensional de Telecom, la cual dedica a la manutención propia, la de su esposa quien es ama de casa y al sostenimiento de sus tres menores hijos y de su padre. De igual forma posee una casa en la que habita con su familia, sobre la cual recae una hipoteca de primer grado con una entidad financiera y que mensualmente debe amortizar. También cuenta con otro inmueble que debió dar en comodato de uso y disfrute gratuito, en razón a que no pudo venderlo ni arrendarlo, y por estar en estrato cinco, estaba en imposibilidad económica de asumir el costo de los servicios públicos<sup>45</sup>. Al no contar con recursos económicos suficientes, debió recurrir a dos préstamos por tres y seis millones de pesos, por los cuales debió suscribir los respectivos pagarés, para adquirir los medicamentos prescritos y así poder acceder a algunos de los ciclos para el tratamiento de su enfermedad.

Teniendo en cuenta este contexto fáctico, esta Sala se adentrará al análisis del caso objeto de revisión, siguiendo los lineamientos antes expuestos de la jurisprudencia de esta Corte para proceder a su solución.

8.1. Cumplimiento en el caso concreto de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela para ordenar la entrega de los medicamentos no incluidos en el POS.

Contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, para esta Sala de Revisión, la tutela está llamada a prosperar pues en el caso objeto de análisis se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia de esta acción constitucional con el fin de ordenar la entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS), veamos:

- Que falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna.

La falta de los medicamentos denominados “APREPITANT” y “DOCETAXEL”, amenaza los derechos a la salud, a la vida en integridad personal, pues el actor es una persona que padece de cáncer de esófago, fue operado en la primera semana de febrero de 2005 de “Ca gástrico ADENOCA pobremente diferenciado de estómago..46”, enfermedad catalogada como catastrófica o ruinosa y en caso de no acceder al tratamiento que requiere, el desenlace podría ser nefasto para el actor a tal punto de perder la vida.

- Que el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquél.

No aparece demostrado en el expediente que el medicamento excluido, pueda ser reemplazado por otro que figure en el POS y menos aún que el sustituto pueda tener el mismo nivel de efectividad que aquél.

- Que los servicios médicos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Los medicamentos “APREPITANT” y “DOCETAXEL”, le fueron prescritos al señor Ricardo Sabogal Ospina, por el doctor Ricardo Duarte Maldonado, Médico Oncólogo, adscrito a la entidad demandada (E.P.S. SANITAS)<sup>47</sup>, con la finalidad de tratar el cáncer de esófago que actualmente lo queja.

- Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud.

El tutelante no tiene capacidad económica para sufragar el costo de los medicamentos prescritos para el tratamiento de su enfermedad. Sin embargo, pese a que el actor manifiesta que debe pagar mensualmente la suma de \$95.000.oo, a Colsánitas por concepto de medicina prepagada<sup>48</sup>, nada adujo sobre la posibilidad de acceder por este medio a los medicamentos prescritos por el médico tratante, como tampoco lo hizo la E.P.S. demandada al contestar la tutela.

No obstante, sobre este último requisito, considera esta Sala de Revisión que deben hacerse algunas precisiones, teniendo en cuenta además que los jueces de instancia indicaron que el actor contaba con capacidad de pago, basándose para ello en que: (i) recibía ingresos mensuales como pensionado de Telecom, y, (ii) es propietario de cuatro inmuebles en la ciudad de Bogotá D.C.

8.2. Los ingresos mensuales percibidos por el actor como pensionado de Telecom no son suficientes para asumir los medicamentos prescritos por su médico tratante.

Por iniciativa del juez de primera instancia, se allegó al expediente el desprendible de pago No. 325309349 en el que consta que CAPRECOM (Caja de Previsión Social de Comunicaciones), le paga al actor por concepto de mesada pensional mensual la suma de \$3'469.309.oo.

Ahora bien, las medicinas prescritas al actor, denominadas “DOCETACEL” y “APREPITANT”, deben ser suministradas, inicialmente por 6 ciclos, respectivamente, cada tres semanas. La presentación de la primera de ellas, es de ampollas por 20 mgr50, que según cotización de la Liga Colombiana contra el Cáncer51, tiene un costo de \$418.300.oo por unidad, que debe suministrarse 75MG/M2, por ciclo52, para un total de \$1'673.000.oo, cada tres semanas. Por su parte, el segundo medicamento alude a tabletas, con un costo unitario de \$132.400.oo, y debe tomar tres de ellas por cada ciclo53, para un total de \$397.200.oo. por ciclo. En otras palabras, el costo por ciclo cada tres semanas es de \$2'070.200, que supera ampliamente el 50% del ingreso mensual que recibe el tutelante por concepto de mesada pensional (\$3'469.309.oo).

En este orden, de la mesada pensional que recibe el actor, debe destinarse más del 50% cada tres semanas para la adquisición de las drogas prescritas por su médico tratante, lo que a juicio de esta Sala, disminuye ostensiblemente su mínimo vital y el de su familia, pues no se

olvide que, con el resto de su mesada pensional, debe asumir otros gastos como, suplementos alimenticios (\$153.000.oo) debido a su enfermedad, pensiones y transporte del colegio de sus tres menores hijos (\$779.000.oo), el crédito hipotecario de la vivienda familiar (\$850.000.oo), la cuota de administración (\$118.000.oo), servicios públicos (\$249.945.oo), útiles escolares (\$80.000.oo), medicina prepagada (\$95.000.oo), etc<sup>54</sup>, para un total de estos últimos egresos de \$2'324.945.oo. Es decir, la mesada pensional es insuficiente para suplir sus necesidades básicas y las de su familia, debido a que debe asumir el costo de los medicamentos formulados por el médico tratante, que busca hacerle frente a la enfermedad que actualmente lo aqueja.

Es indudable que el ingreso mensual que recibe el actor por concepto de pensión, no es suficiente para asumir el costo de los medicamentos formulados y que no están incluidos en el POS. Basta simplemente con verificar el costo individual de los mismos, la periodicidad en la que deben suministrarse, la duración del tratamiento y los demás egresos mensuales del actor. Análisis que en sentir de esta Sala, no fue realizado de manera clara y detallada por los jueces de instancia, pues solamente tuvieron en cuenta algunos de los egresos del accionante, haciendo casi, de una manera abstracta, la relación ingreso – egreso, para llegar a la conclusión sobre la capacidad de pago del tutelante, cuando la proporcionalidad entre uno y otro debe estar demostrado objetivamente de tal suerte que pueda deducirse con certeza el total de gastos soportables, esto es, que se establezca claramente, que de asumir el actor el costo de las drogas formuladas, no afecta su mínimo vital ni el de su familia.

En suma, al disminuirse ostensiblemente el mínimo vital del actor y el de su familia, debido a que tuvo que asumir el alto costo de las medicinas tendientes a aminorar los efectos del cáncer de esófago que padece, se redujo en gran medida las posibilidades de mantener la subsistencia en similares condiciones de favorabilidad, a las que tenía, antes de que tuviera que asumir el costo de los medicamentos tantas veces citados.

8.3. Los inmuebles que se encuentran en cabeza del señor Sabogal Ospina, no le reportan

ingresos adicionales a los que recibe por mesada pensional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El otro inmueble, distinguido con el número de matrícula inmobiliaria 50C-571903, se refiere al ubicado en la “transversal 56 A 99A-97”, ó “CARRERA 71 #100-91 AP 10260” de esta ciudad, inmueble que el actor dio en comodato de uso y disfrute gratuito, a partir del día 14 de mayo de 200461, debido, a como lo afirmó el apoderado del actor, a la “imposibilidad inmediata de venderlo y arrendarlo, mi poderdante, realizó un contrato de comodato o préstamo de uso, con la señora EDUVINA RUBIANO MUÑOZ, por seis (6) meses, a partir del 14 de mayo de 2006, con el fin de evitar mayores erogaciones económicas, que a hoy no puede asumir, como el pago de servicios públicos de dicho inmueble, que es estrato cinco (5)..”62.

En suma, ninguno de los inmuebles en cabeza del actor le reportan, ingresos económicos adicionales a los de su mesada pensional, que pueda alivianar de inmediato su situación financiera que le permita asumir el costo de las medicinas prescritas por su médico tratante. Por el contrario, el inmueble que utiliza como vivienda propia y la de su familia le significa egresos, destinados a la cancelación mensual del gravamen hipotecario y a la administración del conjunto residencial en el cual se encuentra ubicado el mismo63.

Para esta Sala de Revisión, no existe ninguna duda sobre la incapacidad económica del señor Ricardo Sabogal Ospina para costear los prenombrados medicamentos, destinados a frenar los efectos devastadores del cáncer del esófago que ha desequilibrado su estado de salud.

8.4. La deficiente valoración probatoria realizada por los jueces de tutela reafirmó la

vulneración de los derechos fundamentales que le asisten al señor Sabogal Ospina.

Llama poderosamente la atención de esta Sala la precariedad en la valoración probatoria que asumieron los jueces de instancia en los fallos que son objeto de revisión; conducta que condujo no solamente a la negación de los derechos invocados por el tutelante, sino que se avaló a su vez la conducta indolente e inhumana, contraria a los principios de dignidad humana y solidaridad como pilares en los que se sustenta el Estado colombiano del cual se predica lo es “Social de Derecho”, con la que actuó la E.P.S. SANITAS al negar el suministro de los medicamentos prescritos por el médico oncólogo tratante, con el fin de hacerle frente los efectos del cáncer de esófago que padece, enfermedad que ha sido catalogada como catastrófica o ruinosa.

Es decir, debido a la suficiencia del caudal probatorio que obra en el expediente, los jueces de tutela debieron conceder el amparo de los derechos invocados por el actor. Pero todo lo contrario sucedió, y debido a ello, el señor Sabogal Ospina, para acceder al primer ciclo del tratamiento ordenado por su médico, debió valerse de dinero prestado, que garantizó con la firma de un título valor (pagaré por \$3'000.000.oo). Actuación que debió repetir para el segundo ciclo, firmando igualmente un segundo título valor (pagaré por \$6'000.000.oo), dinero por el cual, en la actualidad está cancelando la suma de \$500.000.oo mensuales<sup>64</sup>, con la finalidad de poder acceder al tratamiento médico que le permite aferrarse a la vida contrarrestando así los efectos nefastos de la enfermedad que sufre.

De esta forma, es evidente que, al deteriorado estado de salud del actor debido a la evolución de la enfermedad catastrófica o ruinosa que actualmente padece, se le suma el tener que soportar el deterioro progresivo de su situación financiera, pues se le ha impuesto la carga de asumir los costos altos por cuenta del tratamiento médico, que en principio era de seis (6) ciclos, de los cuales, tuvo que asumir dos (2) de ellos, sin que se tenga a este momento noticia de si los mismos se completaron o no, al igual de si los restantes fueron asumidos por el tutelante.

En suma, pese a que el juez de primera instancia en este caso, no ahorró esfuerzos para oficiar a diferentes entidades públicas con el fin de establecer la capacidad económica del actor, una vez obtenidas las mismas, no fueron objeto de una valoración objetiva, pues de haberlo hecho, el resultado de su decisión, necesariamente hubiera conducido a la protección de los derechos invocados. Conducta que es igualmente censurable del juez de segunda instancia, quien debiendo controlar la constitucionalidad y legalidad de la decisión del inferior, no lo hizo.

Es decir, en este caso, los jueces de tutela incumplieron con el mandato constitucional de aplicar el principio de eficacia de los derechos constitucionales fundamentales que le asisten al señor Sabogal Ospina. Además el hecho de negarse el suministro de las medicinas denominadas “DOCETACEL” y “APREPITANT”, formuladas por el médico tratante del actor, con el aval de los jueces de tutela, incrementó en gran medida el riesgo de una eventual afectación de los ámbitos de protección de los derechos al disfrute del nivel más alto de salud posible, a la integridad personal y a la vida, en razón a que las citadas drogas tienen la finalidad de hacerse frente a una enfermedad ruinosa o catastrófica como es el cáncer de esófago que sufre el tutelante, y ante falta de recursos para la consecución de las mismas, así como la vulneración de su mínimo vital, las consecuencias podrían ser catastróficas a tal punto de estar en peligro la vida misma del actor.

8.5. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reembolso del costo que tuvo que asumir el actor por los medicamentos prescritos por su médico tratante.

Debido a que de forma manifiesta se han vulnerado los derechos a la vida digna, salud, integridad personal y al mínimo vital del actor y el de su familia por parte de la E.P.S. demandada, con la complacencia de los jueces de tutela, considera esta Sala de Revisión que es proporcional y razonable que de manera excepcional, en este caso, deba restablecerse

completamente el goce efectivo de los derechos quebrantados, ordenando a la E.P.S. el reembolso del dinero que ha tenido que asumir el actor por concepto de las medicinas “DOCETACEL” y “APREPITANT”, por lo menos a partir del día 23 de junio de 2006, fecha en la cual el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá profirió el fallo de primera instancia, negando la tutela, cuando era evidente que debía concederla.

A la medida precitada se llega, por las siguientes razones básicas:

8.5.1. Una adecuada y pertinente valoración del material probatorio que obra en el expediente conducía claramente a establecer que el señor Sabogal Ospina, no contaba con capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos prescritos por su médico tratante, sin que al hacerlo, como efectivamente sucedió, vulnerara en consecuencia su mínimo vital y el de su familia. Lo dicho significa que la omisión en la valoración probatoria no puede en este caso, bajo ninguna circunstancia obrar en contra del actor, pues contra toda evidencia se negó desde la primera instancia el amparo de los derechos invocados. En otros términos, otro hubiese sido el resultado si las autoridades judiciales encargadas de resolver el caso hubiesen cumplido efectivamente su función como jueces constitucionales.

8.5.2. La materialización de los principios de dignidad humana y solidaridad son un imperativo no solamente a cargo de las autoridades públicas (preámbulo, artículo 1 y 2 C.P.), sino de los particulares (art. 95-2 ibídem) y cuando los mismos, han omitido su deber (la E.P.S. demandada y los jueces que conocieron de la tutela), se impone la intervención del juez constitucional (en este caso la Sala de Revisión) para garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible (art. 23 del Decreto 2591 de 1991).

8.5.3. El otro medio potencial de defensa judicial con el que cuenta el actor, cual sería acudir al proceso ordinario laboral para buscar el reembolso del dinero pagado por el tratamiento

médico prescrito por su médico tratante, no es eficaz para la protección de los derechos invocados, especialmente el mínimo vital, vulnerado en razón a que tuvo que asumir los altos costos de los medicamentos que se le formularon. Además se trata de una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta debido a la disminución de sus condiciones físicas como consecuencia de la enfermedad ruinosa y catastrófica que padece (art. 13 C.P.), y por tal razón merece una especial protección constitucional.

En definitiva, resulta una carga desproporcionada, en razón a sus condiciones físicas originadas en el cáncer de esófago que padece, someterlo al trámite de un proceso ordinario buscando la recuperación del dinero que pagó para la consecución de las medicinas prescritas por su médico oncólogo tratante, originado en gran medida, por la omisión de los jueces de tutela en cumplir con las funciones constitucionales y legales que se les encomendó, en especial la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y la vigencia de un orden social justo (preámbulo y art. 2 C.P.).

8.5.4. Con la orden a proferir por la Sala de Revisión, tutelando el derecho a la salud, a la vida e integridad personal del actor, no se asegura completamente la salvaguardia del goce efectivo de los derechos afectados, pues difícilmente el daño causado puede retrotraerse, por el actuar indolente e inhumano de la E.P.S. demandada, con la anuencia de los jueces de tutela y de su omisión en la valoración probatoria. Por esta razón deben restablecerse los derechos vulnerados, y en particular el mínimo vital que le asiste al actor y a su familia. Solamente en la medida en que se le permita la devolución de la suma de dinero que asumió para la compra de las medicinas de alto costo, se garantiza el goce de sus derechos y en especial de el último aludido, que se vio manifiestamente desequilibrado, pues en estricto sentido no estaba obligado a sufragar el costo de las medicinas, más se vio compelido a ello, por la necesidad de mantener sus condiciones de salud y en últimas porque estaba en peligro su vida.

Por las razones expuestas, en el caso que es objeto de revisión, se encuentran acreditados

los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para acceder a la protección de los derechos a la vida digna, salud, integridad personal y mínimo vital del actor, previa inaplicación del Acuerdo 228 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “Por el cual se actualiza el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, que fue la norma invocada por la entidad demandada para negar el suministro de los medicamentos “DOCETACEL” y “APREPITANT”, prescritos por su médico tratante.

Por ello, serán revocadas la decisiones proferidas en su orden, por el Juzgado Diecisésis Civil Municipal de Bogotá D.C. de fecha veintitrés de junio de 2006, que negó la tutela de los derechos invocados, por el actor, y la proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá D.C., adiado veinticinco de julio de 2006, que confirmó la decisión recurrida. En consecuencia se ordenará al representante legal de la E.P.S. SANITAS, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, a la presentación por parte del actor del cobro respectivo, proceda a reembolsar las sumas de dinero que tuvo que asumir a partir del día 23 de junio de 2006, fecha de la sentencia de primera instancia, para acceder al tratamiento prescrito por su médico tratante con las medicinas denominadas “DOCETACEL” y “APREPITANT”.

En el caso de que los ciclos del tratamiento aún no se hayan llevado a cabo en su totalidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, el representante legal de la E.P.S. SANITAS, o quien haga sus veces, deberá suministrarle al citado ciudadano, los medicamentos aludidos, en la periodicidad, en la cantidad y por el tiempo que considere necesario su médico tratante.

De la misma manera, se autorizará a la E.P.S. SANITAS, para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por las sumas de dinero que reembolse, y en su caso, por el costo del resto del tratamiento prescrito por el médico tratante del actor con las medicinas “DOCETACEL” y “APREPITANT”.

### III. DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los fallos proferidos en su orden, por el Juzgado Diecisésis Civil Municipal de Bogotá D.C. de fecha veintitrés de junio de 2006, que negó la tutela de los derechos invocados, por el actor, y la proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá D.C., de fecha veinticinco de julio de 2006, que confirmó la decisión recurrida. En consecuencia, TUTELAR los derechos a la salud, vida e integridad personal, y el mínimo vital del señor Ricardo Sabogal Ospina.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la E.P.S. SANITAS, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación de la cuenta de cobro, proceda a reembolsar las sumas de dinero que tuvo que asumir el señor Ricardo Sabogal Ospina a partir del día 23 de junio de 2006, fecha de la sentencia de primera instancia en la tutela, para acceder al tratamiento prescrito por su médico tratante con las medicinas denominadas “DOCETACEL” y “APREPITANT”.

En el caso de que los ciclos del tratamiento aún no se hayan llevado a cabo en su totalidad, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, el representante legal de la E.P.S. SANITAS, o quien haga sus veces, deberá suministrarle al citado ciudadano, los medicamentos aludidos, en la periodicidad, en la cantidad y por el tiempo que considere necesario su médico tratante.

TERCERO. Se autoriza a la E.P.S. SANITAS, que puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por las sumas de dinero que reembolse, y en su caso, por el costo del resto del tratamiento prescrito por el médico tratante del actor con las medicinas "DOCETACEL" y "APREPITANT". Para dar cumplimiento a lo señalado anteriormente, el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- dispone de un término de seis (6) meses contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

CUARTO. Para garantizar la efectividad de los derechos involucrados en el presente caso, el Juzgado Diecisésis Civil Municipal de Bogotá D.C. notificará esta sentencia dentro del término de dos (2) días después de haber recibido la comunicación de la misma, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Le remitirá copia del fallo al señor Ricardo Sabogal Ospina y a su apoderado, así como al representante legal de la E.P.S. SANITAS de la ciudad de Bogotá D.C.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 Folios 49 al 54 del expediente.

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar, entre otras, las sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Sentencia T-557 de 2006.

5 En el caso específico de la salud, ver entre otras la sentencia T-491 de 1992.

6 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

7 Sentencia T-697 de 2004.

8 [Cita del aparte transcrto] Cfr. Inter. Alia. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

9 [Cita del aparte transcrto] Sentencia T-859 de 2003.

10 Sentencia T-557 de 2006.

11 Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-289 de 2001, T-627 de 2002 , T-178 de 2003 y T-560 de 2006.

12 En este sentido, véanse, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-560 de 2006.

13 Sentencia 564 de 2003,.

14 Sentencias T-306 de 2005, T-372 de 2005 y T-771 de 2005.

15 Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005.

16 Consultar al respecto, las sentencias SU-819 de 1999 y T-564 de 2003

17 Respecto de este tema, en la sentencia T-771 de 2005, se dijo: "El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos

esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo”.

18 Sentencia SU-819 de 1999, reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003 y T-306 de 2005.

19 En la sentencia T-771 de 2005, recordando lo plasmado en la sentencia T-666 de 2004, en la que esta Corporación al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4º, sostuvo lo siguiente: “Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”

20 Sentencias T-414 de 2001, T-385 de 2002, T-05 de 2003, T-489 de 2003, T-590 de 2003, T-342 de 2004, T-616 de 2004, T-835 de 2005, T-703 de 2005 y T-1306 de 2005.

21 Sentencia T-426 de 1992.

22 Consultar entre otras, las siguientes sentencias: T-005 de 1995, T-015 de 1995, T-144 de 1995, T-198 de 1995, T-500 de 1996, T-284 de 1998, SU-062 de 1999.

23 En la Sentencia C-251 de 1997, la Corte sostuvo: “El Estado tiene frente a los particulares no sólo deberes de abstención sino que debe igualmente realizar prestaciones positivas, sobre todo en materia social, a fin de asegurar las condiciones materiales mínimas, sin las cuales no es posible vivir una vida digna”. Sobre la dimensión positiva de los derechos fundamentales consultar además la Sentencia T-595 de 2002.

24 Sentencias T-680 de 2003, T-259 de 2003 y T-850 de 2002.

25 Sentencia SU-111 de 1997.

26 Sentencia C-776 de 2003.

27 Cfr. Sentencia C-776 de 2003.

28 Cfr. Sentencia T-401 de 1992 .

29 Cfr. Sentencia T-208 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

30 Cfr. Sentencia T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

31 Cfr., entre otras, las siguientes sentencias: T-645 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez); T-283 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-268 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz); y T-328 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

32 Cfr., entre otras, las siguientes sentencias: T-119 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-622 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-774 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1033 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez).

33 Cfr. Sentencia T-015 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

34 Cfr., en materia de salarios: Sentencias T-146 de 1996 (M.P Carlos Gaviria Díaz); T-527 de 1997 y T-529 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-284 de 1998 y T-298 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-434 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-502 de 1999 y T-545 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-1031 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En materia de pensiones: SU-430 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-495 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

35 Sentencia C-776 de 2003.

36 Sentencias SU-995 de 1999, T-394 de 2001 y T-1049 de 2003.

37 Sentencia T-1207 de 2005.

38 Sentencia SU-995 de 1999.

39 Folios 49 al 54 del expediente.

40 Folio 80 del expediente.

41 Folio 4.

42 Según lo afirmó su apoderado en el escrito de tutela. Folio 21 del expediente.

43 Folio 4.

44 Afirmación realizada en el escrito de tutela. Folio 21 del expediente.

45 A folio 91 aparece el contrato de comodato suscrito entre las partes.

46 Folio 4 del expediente.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

48 A folio 42 del expediente, obra la factura de venta No. 2068598, "cuota del periodo 01/04/200 A 30/04/2006".

49 Folio 41.

50 Folio 6.

51 Folio 19.

52 Folio 6.

53 Folio 4.

54 Folio 123, en el que obra declaración juramentada con fines extraprocesales, rendida por el actor ante el Notario Diecinueve del Círculo de Bogotá D.C. en el cual aparece de forma clara y detallada la relación de ingresos y egresos.

55 Folio 71.

56 Folio 74.

57 Folio 69.

58 Según da cuenta la escritura pública No. 2401, protocolizada ante el Notario Veintiuno del Círculo de Bogotá D.C., que obra a folios 98 a 102 del expediente.

59 A folio 10 del expediente aparece el extracto hipotecario, de abril 26 a mayo 26 de 2006, por la suma anotada.

60 Folio 65.

61 A folio 91 y 92 del expediente, obra el respectivo contrato de comodato o préstamo de uso del citado inmueble.

62 Folio 118 del expediente y que hace parte de la impugnación a la decisión de primera instancia en la tutela.

63 En el caso definido por la Corte en la sentencia T-306 de 2005, en la que se discutía la capacidad de pago de una persona que poseía algunos bienes muebles e inmuebles, se dijo: "Es necesario determinar, a su vez, si tales inmuebles le generan ingresos mensuales o periódicos de los cuales pueda disponer para sus gastos de salud sin que ello signifique sacrificar el goce de otros derechos, en especial su mínimo vital".

64 A folio 93 del expediente aparece el pagaré No. 75832700 suscrito el día 6 de mayo de 2006 por la suma de tres millones de pesos. A folio 94, obra el pagaré No. 75860531, firmado el día 29 de junio de 2006, por la suma de seis millones de pesos. En la cláusula tercera de este documento se lee: "Que pagaré (mos) el capital indicado en la cláusula primera y sus intereses mediante cuotas mensuales y sucesivas correspondientes cada una a la cantidad de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$500.000.00)".