

Sentencia T-1070/07

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de medicamentos excluidos del POS

Se concederá la tutela y se ordenará a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, empiece a suministrar los referidos medicamentos prescritos, por todo el tiempo y en las dosis que determine el médico tratante.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Procedencia de tutela para evitar perjuicio irremediable contra la calidad de vida aunque exista otro medio de defensa judicial

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para acceder a la realización de tratamientos e intervenciones quirúrgicas en casos excluidos del POS

Referencia: expediente T-1679784.

Acción de tutela instaurada por Bibiana Martín de Idárraga, contra Compensar, EPS.

Procedencia: Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, que revocó el adoptado por el 33 Civil Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela promovida

por Bibiana Martín de Idárraga, contra Compensar, EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del primer despacho mencionado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 8 de la Corte, el 24 de agosto de 2007 eligió, para efectos de su revisión, el asunto en referencia.

La demanda fue presentada el 20 de marzo de 2007, contra Compensar, EPS, solicitando tutelar el derecho a la salud en conexidad con la vida de la actora, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

A Bibiana Martín de Idárraga, de 76 años de edad, afiliada a Compensar EPS como contribuyente, le fue diagnosticada “cistitis intersticial”, por lo cual el médico tratante le prescribió “elmiron cápsulas y prelife”, manifestándole que eran los únicos que le servían para el manejo de su enfermedad y que el “tratamiento era de por vida”. Una vez los solicitó a la droguería de Compensar, le negaron la entrega por encontrarse excluidos del POS.

Agrega que no cuenta con capacidad económica para sufragar los fármacos, toda vez que su ingreso mensual es de \$1'500.000, que debe distribuir de la siguiente manera: “mercado ...\$700.000, agua \$230.000, luz \$30.000, gas 48.000, teléfono \$60.000 aportes a salud por \$200.000”, sumándose el alto costo del medicamento Elmiron, “\$1'400.000”.

En tal virtud, pide ordenar a Compensar, EPS, la entrega permanente de todos los medicamentos prescritos y que la atención se preste en forma integral.

B. Respuesta al Juez de tutela.

1. Mediante escrito de marzo 26 de 2007, la Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, por la vinculación al Fosyga que fue ordenada, solicitó exonerársele, denotando que “1) corresponde a las E.P.S. accionadas garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud POS, y 2) al Comité Técnico Científico de la entidad accionada, la aprobación de los medicamentos excluidos del POS bajo los

criterios establecidos en la Resolución 2933 de 2006, a fin de garantizar la vida y la salud de la persona, previa solicitud por parte del paciente”.

1. Mediante oficio de esa misma fecha, la Asesora Jurídica de COMPENSAR adujo no estar conculcando derechos fundamentales de la tutelante, toda vez que a esa EPS no le concierne sufragar los medicamentos que se encuentran excluidos del POS y que en este caso “le corresponderá al usuario asumir los costos de tales medicamentos o cualquier otro procedimiento en su totalidad. Solo ante la insuficiencia de recursos económicos de los afiliados al Sistema para el cubrimiento de procedimientos o medicamentos no incluidos en el POS, el Estado entraría a cubrir estos costos a través de su red pública”.

C. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Constancia de marzo 26 de 2007, de la Gerencia de Operaciones de Compensar EPS, anotando que Bibiana Martín de Idárraga, se encuentra afiliada a esa EPS por el ISS (f. 31 cd. inicial).

2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía (fecha de nacimiento abril 1° de 1931) de Bibiana Martín de Idárraga (f. 40 ib.).

3. Testimonios rendidos el 29 de marzo de 2007 por María Concepción Cortés Méndez y Elvia Rosa León, ante el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá (fs. 41 a 44 ib.).

4. Cotización N° 465 de marzo 29 de 2007, emitida por la Asistente Administrativa y Financiera de Uromédica, anotando que las medicinas Elmiron 100 mg., caja de 100 tabletas, y Prelife, caja de 120 tabletas, tienen un valor de \$1'300.000 y \$100.000, respectivamente (f. 45 ib.).

D. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 33 de Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de abril 9 de 2007, amparó parcialmente los derechos invocados en la acción de tutela, ordenando a Compensar, EPS, el

suministro del fármaco Elmiron, al apreciar que la acción cumple con todos los presupuestos que la jurisprudencia constitucional exige para su reconocimiento, y en especial que la accionante “no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir los costos del referido medicamento además de que dicha orden fue emitida por el médico tratante”, y que “Preliel” (sic) vale \$100.000 la caja de 120 tabletas (f. 45), suma que estima que la actora está en capacidad económica de asumir. En el ordinal tercero de la parte resolutive concede a Compensar EPS “la facultad de repetir contra el FOSYGA”.

E. Impugnación.

La Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social impugnó el fallo antes referido, solicitando que “se revoque el numeral TERCERO del fallo objeto de la presente impugnación en lo que respecta a la facultad otorgada a la E.P.S. accionada para repetir contra el FOSYGA”, toda vez que para exigir el recobro a dicha entidad la medicina solicitada debe ser aprobada por el comité técnico científico, según el artículo 6° de la resolución 2933 de 2006, y se debe demostrar que el fármaco “tiene conexión inminente y directa con la vida y salud del paciente”, lo cual deberá “ser demostrado y verificado con la historia clínica del paciente”.

F. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia de mayo 30 de 2007, revocó el fallo impugnado y, en su lugar, negó el amparo, señalando que la enfermedad de la accionante no es de aquellas “catalogadas ruinosas o catastróficas”, por ende la vida de la tutelante no se encuentra en grave peligro, además que “la sola manifestación del accionante, sobre su capacidad económica, no constituye plena prueba de ello”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Es competente la Corte Constitucional para analizar, en Sala de Revisión, la decisión tomada dentro de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de estudio.

En el presente caso, la Sala de Revisión determinará si Bibiana Martín de Idárraga, persona de la tercera edad, quien sufre “cistitis intersticial”, cumple los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida, y accede, por ende, al reconocimiento de medicamentos que se encuentran excluidos del POS.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable contra la calidad de vida, aunque exista otro medio de defensa judicial.

Aparte de que la acción de tutela procede contra particulares a cuyo cargo esté la prestación del servicio público de salud (arts. 86 Const. y 42-2 D. 2591 de 1991), en reiterada jurisprudencia¹ la Corte Constitucional ha expresado que un elemento esencial para que se deba proteger por esta vía el derecho a la salud, en cuanto presente conexidad con la vida, emana de la existencia de un perjuicio irremediable que la justifique.

Para establecer si existe o no un perjuicio irremediable, se ha concretado que éste ha de ser inminente y grave, que demande la aplicación de medidas urgentes e impostergables para contrarrestarlo².

Conforme con lo determinado sobre el perjuicio irremediable, se concluye que en ciertas ocasiones, si se tiene que acudir a acciones ordinarias tradicionalmente lentas, no sería evitable el quebrantamiento de un derecho fundamental de esta naturaleza, que requiere una protección inmediata para oponerla contra dicho perjuicio, el cual de otra forma no podrá ser evitado, siendo ostensible que tratándose del derecho a la salud de una persona de la tercera edad, no ser atendido a tiempo u otorgar el amparo como mecanismo transitorio, podría hacer frustránea la tutela impetrada.

Cuarta. Requisitos para acceder a la realización de tratamientos e intervenciones quirúrgicas en casos excluidos del POS.

También es doctrina de la Corte Constitucional, en nutrida jurisprudencia³ sobre el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, que vulnerar el primero suele conllevar colateralmente la conculcación del otro, por cuanto aquél comprende la calidad y duración del otro (artículos 11 y 49 Const.).

Ha reiterado esta corporación que el amparo constitucional para el suministro de medicamentos, tratamientos u operaciones que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), debe reunir y cumplir los siguientes presupuestos⁴:

“i. Se ha de probar que el solicitante esté afiliado a la Entidad Promotora de Salud a la que está accionando ...

ii. Que el medicamento, tratamiento o procedimiento haya sido ordenado por un profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que está afiliado el accionante ...

iii. En igual forma, se demostrará que la vida del usuario se pone en peligro si no se aplica el medicamento, tratamiento o procedimiento médico ordenado ...

iv. De la misma manera, se debe demostrar la incapacidad económica del accionante para sufragar los gastos del medicamento prescrito y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, como el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.⁵...”

Quinta. Caso concreto.

A Bibiana Martín de Idárraga, nacida el 1° de abril de 1931, le fue diagnosticada “cistitis intersticial”, para cuyo tratamiento le fue prescrito Elmiron y Prelife, medicamentos que no fueron suministrados por la EPS Compensar al observar que se encuentran excluidos del POS.

La tutela, por su prevalencia y celeridad, es el mecanismo más expedito para la protección de los derechos fundamentales acá invocados, siempre que cumpla los presupuestos constitucionales ya mencionados en esta providencia.

Una vez estudiadas por esta Sala las pruebas allegadas al proceso y cotejadas con lo establecido jurisprudencialmente para que pueda prosperar una acción de tutela con la finalidad que acá se busca, puede concluirse lo siguiente:

1. Según constancia de marzo 26 de 2007, emitida por la Gerencia de Operaciones de la

entidad accionada, Compensar EPS, Bibiana Martín de Idárraga se encuentra afiliada a esa EPS por el ISS (f. 31 cd. inicial), cumpliéndose así el primer presupuesto constitucional

1. Diferente a lo apreciado por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá que revocó la tutela parcialmente concedida por el a quo y negó el amparo, considerando que la enfermedad que aqueja a Bibiana Martín de Idárraga no está catalogada como ruinosa o catastrófica, esta Sala reafirma que para la procedencia del amparo a la salud en conexidad con la vida, no es indispensable que la paciente se encuentre al borde de la muerte⁶, toda vez que no se contrae únicamente a la existencia de los seres humanos, sino que también abarca el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, dentro de las circunstancias específicas y hasta donde lo permitan la naturaleza y la ciencia, como reiteradamente ha sostenido esta corporación al proteger la salud aunque no se vislumbrare la muerte de la persona⁷.

En cuanto a la necesidad de que el medicamento sea suministrado a la accionante, se observa que aunque se ha indicado que no existe cura ni tratamiento permanente estándar o efectivo para la cistitis intersticial, “elmiron es el único medicamento oral que está aprobado específicamente para el tratamiento de esta afección”⁸, sin que de manera alguna sea la anterior cita lo relevante, sino que precisamente es esa la medicina prescrita por el médico tratante, además de prelife, de acuerdo con lo cual se aprecia la necesidad de que a la accionante se le suministre lo recetado.

1. Respecto a la capacidad económica de la accionante para sufragar los medicamentos, esta Corte ha manifestado⁹ que el juez de tutela debe valorar o sopesar las posibilidades del accionante, pues aunque aparentemente tenga medios, el valor del fármaco podría superarlos.

En la indicación de la Asistente Administrativa y Financiera de Uromédica, aparece que el valor de elmiron 100 mg., caja de 100 tabletas (debe consumir una tres veces al día), es \$1'300.000 y Prelife caja de 120 tabletas es \$100.000 (f. 45 cd. inicial), mientras el ingreso

mensual de la actora (pensión) asciende a \$1'500.000, que se ve seriamente comprometido por la adquisición habitual de lo recetado.

La Sala discrepa de lo expresado por el ad quem, que consideró que “la sola manifestación del accionante, sobre su capacidad económica, no constituye plena prueba de ello”, pues su aserto no ha sido infirmado ni se explica a qué acopio de prueba entiende el juzgador que tendría que llegarse para que fuere “plena”, desatendiendo el principio de buena fe, el carácter sumario de esta acción y lo que en ocasiones anteriores ha señalado esta corporación¹⁰:

“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 realidad¹¹.”

Está visto entonces que en el presente caso sí se encuentran conculcados los derechos a la seguridad social y a la salud, en conexidad con la vida, de la señora Bibiana Martín de

Idárraga, por parte de Compensar EPS, al negarle el suministro de los medicamentos elmiron y prelife, que le fueron prescritos por el médico tratante, lo cual dicha EPS no ha rebatido, ni tampoco asevera que haya alguna alternativa frente a la cistitis intersticial diagnosticada.

Por lo anteriormente expuesto, será revocado el fallo del Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, de mayo 30 de 2007, que revocó el amparo parcialmente concedido por el 33 Civil Municipal de esta ciudad, en sentencia de abril 9 de 2007. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, empiece a suministrar los referidos medicamentos prescritos, por todo el tiempo y en las dosis que determine el médico tratante.

De otra parte, esta acción no da lugar a pronunciamiento alguno para ordenar el reembolso al Fosyga, solicitado por Compensar EPS (f. 30 cd. inicial), situación que habrá de ser determinada de acuerdo a las disposiciones correspondientes y en un escenario diferente a la acción de tutela.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de mayo 30 de 2007, proferida por el Juzgado 33 Civil de Circuito de Bogotá, que revocó la dictada en abril 9 de 2007 por el 33 Civil Municipal de esta ciudad. En su lugar, CONCÉDESE la tutela solicitada por Bibiana Martín de Idárraga, contra Compensar EPS.

SEGUNDO. En consecuencia, ORDÉNASE a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia suministre los medicamentos elmiron y prelife prescritos, por todo el tiempo y en las dosis que determine el médico tratante.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-043 de febrero 1° de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón; T-093 de febrero 27 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-987 de julio 13 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería; entre otras.

2 Cfr. T-225 de junio 15 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Cfr. T-201 de marzo 4 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-1097 de noviembre 4 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-1162 de noviembre 18 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1112 de noviembre 8 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; entre otras.

4 Véase por ejemplo la sentencia T-806 de septiembre 28 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

6 T-794 de septiembre 11 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández: “No debe esperarse a que la vida esté en inminente peligro para garantizar el servicio o acceder al amparo de tutela, sino procurar que la persona pueda actuar normalmente en su entorno social. En consecuencia, la Corte ha señalado que la tutela puede prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna

función orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que puedan llegar a comprometer la calidad de vida de la persona”.

7 T-1033 de octubre 21 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1064 de octubre 28 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1066 de octubre 28 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1069 de octubre 28 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1148 de noviembre 17 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1181 de noviembre 24 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-1184 de noviembre 24 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1192 de noviembre 25 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1213 de diciembre 3 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-078 de febrero 3 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-084 de febrero 3 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-346 de abril 7 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-585 de junio 3 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-651 de junio 23 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-654 de junio 23 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-914 de noviembre 7 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-963 de noviembre 23 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-102 de febrero 15 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-266 de abril 7 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

8 Ir a “<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000477.htm>”.

9 T-884 de septiembre 10 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: “... 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 peticionarios 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. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva”.

10 T-1066, diciembre 7 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Pie de página de la cita: “Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005”. También puede observarse la sentencia T-200 de marzo 15 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.