

Sentencia T-143/2009

(Febrero 27, Bogotá DC.)

Referencia: expediente T-2.001.825.

Accionante: Olga Silva de Gómez.

Accionado: Compensar EPS

Derechos fundamentales invocados: derecho a la vida y la salud en condiciones dignas.

Vulneración alegada: no entrega de pañales necesarios por su estado de salud. Pretensión del actor: se ordene la entrega de pañales a la entidad accionada en tanto que no tiene recursos.

Fallo de tutela objeto de revisión: sentencia del 2 de julio de 2008 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Municipal de Bogotá, que negó el amparo

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demanda y pretensión.

El señor Gustavo Gómez Ladino, en representación de su esposa Olga Silva de Gómez,<sup>1</sup> presentó acción de tutela en contra de Compensar EPS por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su esposa a la salud y a la vida en condiciones dignas. El actor sostiene que su esposa padece de cardiopatía isquémica, secuelas multinfarto, depresión mayor, dislipidemia, hipotiroidismo, diabetes mellitas e incontinencia fuerte por lo que los médicos tratantes ordenaron pañales desechables para adulto, los cuales fueron negados por la entidad demandada al considerar que estaban por fuera del POS.

### 2. Respuesta de las entidades demandadas

## 2.1 Respuesta de la EPS Compensar

La entidad accionada, en su escrito de contestación, manifestó que señor Gustavo Gómez Ladino se encuentra afiliado a la EPS accionada, como pensionado del Instituto de Seguros Sociales, con un ingreso base de cotización de 1'093.000, y su señora cónyuge, Olga Silva de Gómez, es su beneficiaria.

Sostiene que no hay registros en la base de datos de negación de servicios o solicitudes en trámite a la señora Olga Silva de Gómez. Advirtió que en el caso concreto no puede predicarse vulneración de derechos fundamentales, pues la conducta de Compensar al no cubrir los implementos de aseo, que son no POS, no puso en peligro sus derechos, pues no se trata de tratamientos para atenciones en salud que se requieran con urgencia, ni que impliquen que se deba actuar inmediatamente. Además, se desconoce si fueron ordenados por un médico adscrito ya que no hay evidencia de ello en la base de datos.

## 2.2. Respuesta de la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá

El juez de instancia vinculó a la Secretaría de Salud. En su escrito de contestación, la Secretaria sostuvo que las competencias asignadas por la ley se refieren a la dirección y organización de servicios, por parte de las entidades territoriales, con el fin de garantizar tanto la salud pública como la oferta de servicios de salud por parte de las instituciones establecidas para el efecto y de atender la función social de Estado en la adecuada prestación y ampliación de coberturas de los servicios de salud. Es función no implica en modo alguno, la asunción de la responsabilidad misma por la prestación de los respectivos servicios, entre otras cosas porque fue precisamente la ley, la encargada de establecer y definir las funciones y el alcance de la responsabilidad a cargo de la Entidades Promotoras de Salud en cuanto a la organización y prestación de los servicios de salud.

Con fundamento a lo anterior, concluyó diciendo que la responsabilidad en la prestación de servicios no POS, que requiera la señora Olga Silva de Gómez es únicamente responsabilidad de la EPS a la cual está afiliada, es decir, la responsabilidad está en cabeza de la EPS Compensar.

## 1. Hechos relevantes y medios de prueba

3.1. El señor Gustavo Gómez Ladino, junto con el escrito de acción de tutela, aportó copia de la historia clínica de su esposa, de fecha del 21 de mayo de 2008, en la que se lee que la señora Olga Silva de Gómez padece de múltiples patologías y que como consecuencia de un accidente cerebro vascular requiere del uso de pañales. En la misma historia clínica, justo donde se hace referencia al uso de pañales, aparece un sello de la EPS Compensar y sobre el sello en imprenta dice "NO POS"<sup>2</sup>.

3.2. En el expediente aparece el carné de afiliación a la EPS Compensar de la señora Olga Silva de Gómez<sup>3</sup> y en el escrito de contestación de la PES accionada, ésta reconoce que la señora Olga es beneficiaria de su esposo quien es el afiliado titular<sup>4</sup>.

3.3. En el mismo escrito de contestación, Compensar sostiene que el señor Gustavo Gómez Ladino cotiza a su EPS, como pensionado, sobre un Ingreso Base de Cotización de \$1'093.0005.

4. Sentencia del 2 de julio de 2008, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de Bogotá: Denegó el amparo.

## 5. Trámite y pruebas en sede de revisión

Mediante Auto del 11 de diciembre de 2008, el Magistrado Ponente ordenó por Secretaría General se oficiar a la señora Olga Silva de Gómez para que informara a este despacho: (i) a cuanto ascienden sus ingresos mensuales y de que provienen; (ii) que gastos mensuales tiene; (iii) si vive en arriendo o en casa propia; (iv) cuantas personas tiene a cargo; y (v) cuantos hijos tiene y cuantos son menores de edad.

En el mismo auto de pruebas se solicitó a Datacredito y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá que informara si señora Olga Silva de Gómez o su esposo tienen productos de crédito y en caso afirmativo, su naturaleza y monto; y si tienen inmuebles a su nombre, cuántos y en dónde están ubicados.

Mediante escrito del 15 de diciembre de 2008, el señor Gustavo Gómez Ladino, es su calidad de agente oficioso de su esposa, Olga Silva de Gómez, afirmó que se encuentra pensionado desde hace 7 años, que su esposa está inmovilizada como consecuencia de una trombosis desde hace 8 años, y con su pensión debe cubrir todos los gastos que la situación en la que se encuentra su esposa requiere. Manifestó que hay medicamentos y terapias que no cubre el POS, por lo que a él le corresponde asumir esos tratamientos y anexó copia de la factura de los últimos 50 pañales que compró por un valor de \$235.0000.

Datacredito el 18 de diciembre de 2008, allegó respuesta de lo solicitado en el auto de pruebas, en la que sostuvo que a nombre de la señora Olga Silva de Gómez existen dos deudas pagadas en el año de 1995 las cuales no presentaron mora. En relación con el señor Gustavo Ladino informó que se encontraron dos deudas canceladas en el año 2000, una deuda cancelada en el año 1997 y otra en 1995, ninguna de éstas sin presentar mora. Finalmente se encuentra una obligación de Movistar cancelada en noviembre de 2008 sin presentar mora.

En escrito del 23 de enero de 2009, el señor Gustavo Gómez hace una relación de gastos de su esposa Olga Silva de Gómez, en la que señaló que la accionante no tiene ingresos mensuales propios y que sus gastos mensuales los discriminó así: (i) pañales (comprados al por mayor) \$192.100; (ii) terapias \$21.000; (iii) medicamentos no POS \$30.000; (iv) atención domiciliaria \$100.000; cuotas moderadoras \$23.100; (v) transporte para las citas médicas \$50.000; (vi) servicios públicos \$107.000; y (vii) alimentación \$400.000, lo que da un total de \$923.100.

Por medio de oficio de fecha 9 de febrero la secretaria general envió a este despacho escrito de la oficina de registro e instrumentos públicos de Bogotá en la que informa que no hay inmuebles a nombre de los señores Gustavo Gómez y Olga Silva de Gómez.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar

la decisión judicial mencionada en precedencia.

## 2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, de una persona que padece de cardiopatía isquémica, secuelas multinfarto, depresión mayor, dislipidemia, hipotiroidismo, diabetes mellitas e incontinencia fuerte por lo que el médico tratante ordenó pañales desechables pero la EPS se ha negado a suministrarlos.

Para responder al problema jurídico planteado, la Sala se ocupará de examinar preliminarmente los siguientes temas reiterados por la Corte: (i) suministro de pañales; (ii) requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitar mediante tutela tratamiento médico, procedimiento o insumo excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud y (iii) el caso concreto.

### 2.1 Suministro de pañales desechables. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha venido sosteniendo que le corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, para determinar si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

De acuerdo a la jurisprudencia reiterada por esta Corporación, el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por tanto, para su protección, no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna<sup>6</sup>.

En este entendido, en la sentencia T-099 de 1997, la Corte protegió los derechos a la salud y a la vida digna de una persona de la tercera edad que sufre de incontinencia urinaria total; en tal oportunidad se ordenó la entrega de los pañales desechables solicitados, aunque los mismos no se encuentran incluidos en el POS. Se consideró, que la

negativa de la EPS para suministrar tal elemento, tornaba indigna y sin calidad de vida la existencia de la actora<sup>8</sup>. Al respecto se anotó:

“...En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia...”

De acuerdo a la jurisprudencia reiterada por esta Corporación, el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por tanto, para su protección, no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona mayor no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna<sup>9</sup>.

2.2. Los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitar mediante tutela un tratamiento médico o insumo excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud

Para determinar las situaciones en que es procedente otorgar el amparo constitucional a la salud, en conexidad con un derecho fundamental, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha establecido ciertos criterios, que son los siguientes<sup>10</sup>:

- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>11</sup>.
- Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el

sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

### 3. Análisis del caso.

En el caso en estudio tanto la EPS como el accionante, confirman<sup>12</sup> que la señora Olga Silva de Gómez padece de cardiopatía isquémica, secuelas multinfarto, depresión mayor, dislipidemia, hipotiroidismo, diabetes mellitas e incontinencia fuerte por lo que requiere pañales. Es así que en la historia clínica de la paciente consta que requiere del uso de pañales, y como se anotó en el acápite de hechos, justo donde se hace referencia al uso de pañales, aparece un sello de la EPS Compensar y sobre el sello en imprenta dice "NO POS"<sup>13</sup>. Según lo anotado, para esta Sala no hay duda de que la negativa de la EPS Compensar de suministrar los pañales desechables a la Señora Olga Silva de Gómez, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y la salud<sup>14</sup>.

En lo relacionado con la carencia de recursos económicos del accionante, la Corte en su jurisprudencia ha precisado que se aplica la regla de que 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. En efecto, en la respuesta de la EPS Compensar, ésta manifestó que el cónyuge de la accionante tiene un ingreso base de cotización de \$1'093.000<sup>15</sup>.

En el trámite probatorio que realizó el magistrado ponente, el señor Gustavo Gómez Ladino, cónyuge de la señora Olga Silva, aportó la relación de gastos a los que tiene que incurrir para suplir las necesidades básicas de su esposa enferma, siendo éste más del 80%

de su ingreso mensual, por lo que teniendo en cuenta lo mencionado por la jurisprudencia, esta Sala encuentra que según el postulado de la buena fe, el accionante, cónyuge de quien requiere los pañales desechables, carece de capacidad económica para sufragar su costo, el cual es mensual y permanente. Además de las otras pruebas que fueron ordenadas no se deslumbra que la capacidad económica del accionante sea mayor a la que se ha relacionado en el acervo probatorio.

En cuando a la exigencia de que el suplemento haya sido ordenado por un médico adscrito encuentra la Sala que las entidades demandadas no adujeron nada respecto de esta situación en la contestación de la demanda por lo que no podría entonces exigírsele a la paciente que demostrara la calidad del médico especialista cuando se trata de un asunto que no fue discutido por éstas, ni alegado como razón para negar la entrega del medicamento y la practica del examen diagnóstico.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos contemplados por la regla jurisprudencial para el suministro de los pañales, elementos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, se procede a reafirmar la necesidad de proteger los derechos a la vida digna y a la salud de la señora Olga Silva de Gómez, ordenando a la accionada la entrega de los pañales desechables solicitados por el cónyuge de la misma.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 2 de julio de 2008, por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, que denegó el amparo. En su lugar, TUTELAR a la señora Olga Silva de Gómez accionante sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Segundo. ORDENAR a Compensar E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, entregue los pañales, de forma periódica, a la señora Olga Silva de Gómez.

Tercero. RECONOCER que a la EPS Compensar tiene derecho a repetir contra el Estado a través del FOSYGA los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por parte de la EPS.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERADO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con Aclaración de Voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La acción de tutela fue presentada en julio 8 de 2008, por el señor Gustavo Gómez Ladino en representación de su esposa Olga Silvia de Gómez, contra Compensar EPS (ver folios del 1 al 14, cuaderno de pruebas #1).

2 Ver folio 3 y 4 del cuaderno #1.

3 Ver folio 2 del cuaderno #1.

5 Ver folios 24 al 31 del cuaderno #1.

6 Al respecto y sobre tal protección ha reiterado tal jurisprudencia las Sentencias T- 829 de 2006, T-155 de 2006, T-1219 de 2003, T- 899 de 2002.

7 MP Alfredo Beltrán Sierra.

8 Sentencia T-1219 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil.

9 Al respecto y sobre tal protección ha reiterado tal jurisprudencia las Sentencias T- 829 de 2006, T-155 de 2006, T-1219 de 2003, T- 899 de 2002.

10 Sentencia T-1207 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz (derecho a la salud como derecho fundamental), T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (derechos fundamentales por conexidad), T-300/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández (requisitos para inaplicar normas del POS), SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis (derecho a la salud en conexidad con la vida, prestaciones de salud excluidas del POS, entre otras), T-523 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda (requisitos para acceder a prestaciones de salud cuando faltan semanas de cotización), T-586 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas (suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización), T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil (derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida e inaplicación de normas del POS).

11 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ver folios 2, 8, 9 y 10 de la actuación.

13 Ver folio 3 y 4 del cuaderno #1.

14 Sentencia T-565 de 1999.

15 Ver folios 24 al 31 del cuaderno #1.