

Sentencia T-252-09

Referencia: expediente T-2123302.

Acción de tutela instaurada por Isaura María Martínez Rocha, actuando como agente oficiosa de su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez, contra Cafesalud EPS.

Procedencia: Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla.

Magistrado Ponente:

Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., abril dos (2) de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo único de instancia proferido por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Isaura Martínez Rocha, actuando como agente oficiosa de su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez contra Cafesalud EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 12 de la Corte, el 12 de diciembre de 2008, eligió el asunto para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Isaura María Martínez Rocha, actuando como agente oficiosa de su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez, interpuso acción de tutela contra Cafesalud EPS, que correspondió por reparto al Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla, aduciendo vulneración de los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad

social y protección especial a la tercera edad, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

Afirmó la agente oficiosa que su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez, nacido el 12 de diciembre de 1938 (f. 9 cd. inicial), se encuentra afiliado a Cafesaled EPS en calidad de cotizante y padece de “hiperplasia de la próstata, infección de la vía urinaria, isquemia cerebral y sus secuelas, fuerza muscular disminuida en miembro inferior derecho, inapetencia, entre otras”, frente a lo cual su urólogo tratante le prescribió “Omnice 4mg y Uropran (Oxibutánico)”.

La entidad accionada se ha negado a entregarle dichos medicamentos, arguyendo que “debía antes llenar una solicitud, la que debía estar firmada por el médico tratante, puesto que no se encuentran en el plan obligatorio de salud”, con lo cual estima que a su padre se le están vulnerando los derechos fundamentales “a la salud..., la vida digna, la seguridad social, la integridad física y la protección especial a la tercera edad”.

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Cédulas de ciudadanía de Isaura María Martínez Rocha y Arsenio de Jesús Martínez Pérez (fs. 8 y 9 cd. inicial).
2. Carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Plan Obligatorio Régimen Contributivo, en Cafesalud EPS, de Arsenio de Jesús Martínez Pérez (f. 10 ib.).
3. Historia médica expedida en la Organización Clínica General del Norte, que indica “hiperplasia de la próstata, infección de vías urinarias... y secuelas de enfermedad cerebro vascular-no especificada” (fs. 11 y 12 ib.).
4. Orden médica, expedida por el galeno de la Corporación IPS Saludcoop, ordenándole al señor Arsenio de Jesús Martínez Pérez “Omnice 4mg y Uropran (Oxibutánico)... indefinidamente” (fs. 17 y 18 ib.).

5. Solicitud y justificación médica para medicamentos no POS, debidamente diligenciada y firmada por el urólogo tratante (f. 20 ib.).

C. Respuesta de Cafesalud EPS.

Mediante inconsecuente escrito presentado en agosto 29 de 2008, el apoderado general de la empresa accionada aseveró que “la menor Arsenio Martínez Pérez” presenta afiliación en el Régimen Contributivo en calidad de cotizante, desde enero 1° de 1980, con 198 semanas cotizadas.

Afirmó que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, porque el peticionario “nunca ha tramitado con la respectiva justificación médica ante la EPS que estos medicamentos y procedimientos sean estudiados mediante un comité técnico científico” ; adujo que dentro de las pruebas existentes en el proceso, al igual que las de la EPS, no hay negación de los medicamentos no POS al accionante, lo que hace “absurdo” solicitar un amparo constitucional ante la existencia presunta de negaciones verbales (f. 26 ib.).

D. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla no otorgó el amparo solicitado, al estimar que “si bien existen formulas medicas que prescriben los medicamentos denominados OMNIC 4 MG y UOPRAN (OXIBUTÁNICO), estas no reportan fecha de expedición, asimismo tenemos que obra la solicitud de justificación médica para medicamentos NO POS pero el actor no acudió al Comité Técnico Científico, es decir no sometió a estudio de dicho comité la solicitud de los medicamentos”, por lo cual considera que no hay vulneración alguna de derechos fundamentales (f. 33 ib). Esta decisión no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

Esta Corte es competente para decidir, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La Sala determinará si existe vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Arsenio de Jesús Martínez Pérez, al negarle Cafesalud EPS la entrega de los medicamentos “OMNIC 4mg y UROPAN (Oxibutánico)”, ordenados por el urólogo tratante, con el pretexto de no haber realizado la solicitud ante el Comité Técnico Científico.

Tercera. Legitimación por activa y pasiva en los procesos de tutela.

3.1. En principio, la tutela es una acción cuyo derecho de postulación está radicado en la persona a quien le vulneran o amenazan derechos fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública o, excepcionalmente, de un particular en los casos que señale la ley.

Según el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada, quien actuará por sí misma o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; también podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. El inciso segundo de esta disposición establece la viabilidad de la agencia oficiosa en tutela, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requiere, en primer lugar, la manifestación expresa o que se infiera claramente que se actúa como agente oficioso de otra persona y, en segundo lugar, que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional². Sobre el particular ha expresado esta corporación³:

“De acuerdo con lo dispuesto en esta norma (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y con la jurisprudencia de esta Corporación, en el agenciamiento de derechos ajenos, debe estar debidamente demostrado que realmente el interesado no está en condiciones de asumir la defensa de sus propios derechos. Esta exigencia no es resultado de un capricho del legislador, ni corresponde a una mera formalidad, encaminada a obstaculizar el acceso a la administración de justicia, especialmente cuando se trata de la defensa de un derecho

fundamental. No. Esta exigencia es desarrollo estricto de la Constitución sobre el respeto a la autonomía personal (art. 16). Una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en que las personas, por sí mismas, decidan si hacen uso o no, y en qué momento, de las herramientas que la Constitución y la ley ponen a su alcance, para la protección de sus derechos en general, trátase de los fundamentales o de los simplemente legales.”

Configurados tales requisitos, se perfecciona la legitimación en la causa por activa y al juez de tutela le corresponderá pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones planteadas en el escrito de tutela, lo cual no podrá efectuar si, por el contrario, no está legitimada la parte actora⁴.

3.2. Según el artículo 42 del precitado Decreto 2591 de 1991, numeral 2°, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, cuando éstos tienen a su cargo la prestación del servicio público de salud.

Cuarta. Acceso a los servicios que se requieran, incluidos y no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la salud contempla, por lo menos, el acceso a los servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquéllos que comprometan la vida digna y la integridad personal; tal acceso depende, en principio, de si el servicio requerido está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, al cual la persona tiene derecho.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro del POS, por lo cual no brindarle los medicamentos allí incluidos, o no permitir la realización de los procedimientos e intervenciones amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho a la salud⁵, que reiteradamente ha sido considerado como fundamental.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo a la regulación vigente⁶, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio respectivo, es decir, la realización de un trámite al interior del Sistema de Salud, la jurisprudencia constitucional considera que una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al

servicio con base en que la persona no ha presentado la solicitud al Comité.⁷

En la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se afirmó que “‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’.⁸ En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespetando su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio. Dentro del presente proceso la Defensoría manifestó que este es un obstáculo del cual se quejan frecuentemente los usuarios.”

Ahora bien, como el derecho a la salud no es ilimitado, el Comité Técnico Científico no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante. De tal forma, si se alude a un tratamiento estético, o a otro que no sea realmente indispensable para la salud y esté razonablemente excluido del POS, el correspondiente Comité Técnico Científico podrá invocarlo para negar la solicitud y el juez de tutela habrá de hacer lo propio, respetando los precedentes constitucionales.

Quinta. Análisis del caso concreto.

Para resolver el presente asunto, encuentra la Sala que Isaura María Martínez Rocha, actuando como agente oficiosa de su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez, imposibilitado para valerse por sí mismo (“permanece la mayor parte del tiempo acostado... tiene colocada una sonda”, f.1 cd. inicial), reclama de Cafesalud EPS, encargada de prestar el servicio público de salud, la entrega de los medicamentos OMNIC 4mg y UOPRAN (Oxibutánico), prescritos por el urólogo tratante para atender las enfermedades que le afectan (“Hiperplasia de la próstata, infección de la vía urinaria...”), frente a lo cual se aprecia:

1. No se ha aducido que los medicamentos OMNIC 4mg y UOPRAN (Oxibutánico), puedan ser sustituidos idóneamente por otros de efecto equiparable, que sí se encuentren dentro del POS.
2. No existe duda sobre la incapacidad económica del señor Arsenio de Jesús Martínez Pérez para costear los medicamentos, al tener como base de cotización

\$461.500, equivalente al salario mínimo legal mensual entonces vigente, aspecto que no fue controvertido por la EPS accionada, ni por el Juzgado de instancia.

3. Aunque nada se indica sobre la calidad vital que pueda o no alcanzarse con los fármacos OMNIC 4mg y UOPRAN (Oxibutánico), tampoco es rebatida, siendo de asumir su idoneidad por formularlas el urólogo tratante, ante la compleja situación de salud padecida.

4. Está claro que la razón pretextada por Cafesalud EPS, al argumentar que el usuario “nunca ha tramitado con la respectiva justificación médica ante la EPS que estos medicamentos y procedimientos sean estudiados mediante un Comité Técnico Científico”, no es válida, observándose la solicitud y justificación médica para medicamento no POS, diligenciada con firma y sello del médico tratante (f.20 y v. cd. inicial).

Siendo así, la Sala concluye que la entrega de los medicamentos prescritos debió efectuarse sin dilación, lo que hace censurable que Cafesalud EPS entrase el suministro, complicando la atención integral requerida por un paciente que hoy tiene 70 años y presenta dolencias que deben ser idóneamente contrarrestadas, como lo dispuso el especialista tratante, por lo cual argüir una tramitología a realizar única y exclusivamente al interior de la empresa y siendo que quien falta a la verdad no es “la madre de la menor” (sic, f. 26 cd. inicial), debe investigarse por la Superintendencia de Salud, si lo considera procedente en el ámbito de sus funciones, hacia donde serán compulsadas copias de este expediente, incluida la presente sentencia.

Para concluir, al cumplirse en el presente caso a cabalidad las condiciones exigidas para proteger el derecho fundamental a la salud del paciente, corresponde revocar el fallo proferido en septiembre 2 de 2008 por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla, que denegó el amparo solicitado.

En su lugar, se concederá la tutela, ordenando a Cafesalud EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si todavía no lo ha realizado, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia autorice la entrega de los medicamentos OMNIC 4mg y UOPRAN (Oxibutánico), lo cual seguirá

haciendo en la medida en que lo disponga el respectivo médico tratante y dando oportuno cumplimiento a la atención integral que debe prestarle al señor Arsenio de Jesús Martínez Pérez.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida en septiembre 2 de 2008 por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla, que negó el amparo solicitado por Isaura María Martínez Rocha, actuando como agente oficiosa de su padre Arsenio de Jesús Martínez Pérez, contra Cafesalud EPS. En su lugar se dispone TUTELAR el derecho fundamental a la salud.

Segundo: ORDENAR a Cafesalud EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si no lo ha realizado aún, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia autorice la entrega de los medicamentos OMNIC 4mg y UOPRAN (Oxibutánico), lo cual seguirá haciendo en la medida en que lo disponga el respectivo médico tratante, dando oportuno cumplimiento a la atención integral que debe prestarle al señor Arsenio de Jesús Martínez Pérez.

Tercero: COMPULSAR COPIAS de este expediente, incluida la presente sentencia, por conducto de la Secretaría General de esta corporación y con destino a la Superintendencia de Salud, para que analice la procedencia, en el ámbito de sus funciones, de investigar la actitud que en este asunto asumió Cafesalud EPS.

Cuarto: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

- 1 T-531 de julio 4 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 2 T-1012 de diciembre 10 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 3 T-503 de septiembre 17 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 4 T- 362 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- 5 T-736 de agosto 5 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 6 Artículo 4° de la Resolución 2933 de 2006.
- 7 T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa
- 8 T-976 de septiembre 23 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.