

Sentencia T-304/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia

Si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado. En el caso bajo estudio la persona para quien se solicita el amparo se encuentra altamente discapacitada por cuanto no puede movilizarse ya que carece de uno de sus miembros inferiores, lo que además menoscaba gravemente su salud tanto física como mental. Tras una amputación el paciente necesita de un tratamiento de rehabilitación integral, que además de los ejercicios y las terapias físicas y psicológicas, exige la adaptación al nuevo estilo de vida que se tendrá de allí en adelante, así como la adaptación al uso de las prótesis y demás instrumentos que tendrán como finalidad la de que el paciente recupere su salud, su movilidad, y las destrezas y habilidades necesarias para llevar una vida digna en un estado saludable. Además, la autorización para la entrega de los insumos que el paciente necesita le fue solicitada al Comité Técnico Científico y éste no se pronunció al respecto.

MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS Y RECOBRO ANTE EL FOSYGA-Reiteración de jurisprudencia

Deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado: (i) por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud; y por el otro, (ii) que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministro de prótesis modular para miembro inferior derecho y silla de ruedas

Referencia: expediente T-2899398.

Acción de tutela instaurada por EMILY VALENCIA RODRÍGUEZ contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Diana Carolina Rivera Drago

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle, de fecha 2 de noviembre de 2010 que negó parcialmente las peticiones de la accionante por considerar que antes de acudir a la acción de tutela debía acudir al Comité Técnico Científico, y que, requirió a la entidad accionada para que, una vez se acudiera a dicho Comité, procediera a otorgar las autorizaciones solicitadas.

I. ANTECEDENTES

El día 14 de octubre de 2010 la ciudadana Emily Valencia Rodríguez, obrando en representación de su cónyuge Néstor Uribe Araque, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS., solicitando que esta entidad promotora de salud autorizara la entrega de una prótesis modular para miembro inferior derecho y una silla de ruedas, en defensa de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social. La acción de tutela se fundamenta en los siguientes

1. Hechos

1.1. El señor Néstor Uribe Araque es cotizante activo de Coomeva E.P.S.

1.2. El 10 de junio del año 2010 le fue amputado el miembro inferior derecho por lo que uno de sus médicos tratantes, el doctor Javier Benavides, le ordenó el uso de una prótesis modular, mientras que otro de los doctores, Carlos Andrés de los Reyes, le ordenó una silla de ruedas. Lo anterior, por cuanto el uso de la prótesis no puede ser constante sino que debe intercalarse con la silla de ruedas.

1.3. Las anteriores órdenes médicas fueron llevadas a Coomeva E.P.S., entidad que indicó que se debían aportar varias cotizaciones de los insumos solicitados.

1.4. Tras aportar dichas cotizaciones la EPS accionada negó la entrega de los mismos, pese a que sin ellos el señor Uribe no puede moverse.

1.5. Indicó la accionante que su cónyuge se encuentra profundamente desanimado por no poder contar con la prótesis que necesita y que no pueden adquirirla por sus propios medios por cuanto no cuentan con el dinero necesario, teniendo en consideración que no gozan de pensión y que subsisten con lo que devengan de la venta de hierbas.

2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Emily Valencia Rodríguez, en la que consta que tiene 73 años de edad.

2.2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Néstor Uribe Araque en la que consta que tiene 69 años de edad.

2.3. Fotocopia del carné de afiliación del señor Néstor Uribe Araque a Coomeva EPS.

2.4. Escrito en el que se establece que los insumos que solicitaron fueron negados por parte de la EPS accionada y que su autorización debe tramitarse a través del Comité Técnico de Calificación.

2.5. Fotocopia de la orden médica proferida por el médico tratante Javier Benavides en la que se ordena el uso de prótesis modular para amputación transfemoral del miembro inferior derecho, socket de contención isquiática, rodilla monocéntrica de fricción, pie dinámico, espuma y media.

2.6. Fotocopia de la solicitud de insumos no POS en la que se pide al Comité Técnico Científico la mencionada prótesis en formato de Coomeva EPS.

2.7. Fotocopia de la historia clínica de Néstor Uribe de septiembre de 2010, en la cual se establece que sufrió una amputación, que ha estado realizando ejercicios en la casa y que no siente dolor en el muñón.

2.8. Cotización proferida por Ortesis y Prótesis Tecnológicas de Colombia S.A.S, dirigida a Coomeva E.P.S., en la que se establece que la prótesis modular para amputación transfemoral del miembro inferior derecho, el socket de contención isquiática, la rodilla monocéntrica de fricción, el pie dinámico, la espuma y la media, tienen un costo total de \$4.200.000.

2.9. Cotización proferida por Multiayudas Ortopédicas Ltda., dirigida a Coomeva E.P.S., en la que se establece que la prótesis modular para amputación transfemoral del miembro inferior derecho, el socket de contención isquiática, la rodilla monocéntrica de fricción, el pie dinámico, la espuma y la media, tienen un costo total de \$3.900.000.

2.10. Cotización de Ortopédica Keops, en la que se establece que la prótesis modular para amputación transfemoral del miembro inferior derecho, el socket de contención isquiática, la rodilla monocéntrica de fricción, el pie dinámico, la espuma y la media, tienen un valor de \$3.500.000.

2.11. Fotocopia de la historia clínica del paciente en la que consta que ha tenido enfermedades arteriales, un bypass aórtico y amputación del miembro inferior derecho tras isquemia en el mismo en junio de 2010.

3. Contestación de la accionada

Indicó la accionada que efectivamente el señor Néstor Uribe Araque se encuentra afiliado y en estado activo en Coomeva EPS. Manifestó además que si bien la acción de tutela tiene como fin que se haga entrega de una prótesis de miembro inferior derecho y de una silla de ruedas, estos insumos jamás han sido negados por parte de la EPS, por cuanto no se han radicado las correspondientes órdenes de servicio y no hay autorizaciones pendientes con respecto al mencionado paciente. Adujo que no constan en el expediente las respectivas

órdenes médicas y que jamás se le ha solicitado al Comité Técnico Científico la valoración de este caso concreto. Por lo anterior, la EPS accionada se opuso a la acción de tutela y solicitó que fuera declarada improcedente.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de Única Instancia

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle, mediante providencia de única instancia proferida el 2 de noviembre de 2010, negó la acción de tutela por considerar que efectivamente, la accionante no realizó los trámites sistemáticos y adecuados que exige la EPS para poder emitir las respectivas autorizaciones o para someter el caso a estudio ante el Comité Técnico Científico. De esta manera, consideró el juez de instancia que la EPS accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Néstor Uribe, y que lo procedente es que este último o su cónyuge realicen los trámites que exige la ley y la EPS accionada, con el fin de que ésta pueda pronunciarse al respecto. Así mismo, procedió a requerir a Coomeva EPS para que una vez se hubieran realizado los trámites correspondientes, se sometiera el caso a estudio del Comité Técnico Científico y se procediera a entregar las autorizaciones requeridas.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Durante el trámite de la presente tutela el magistrado sustanciador solicitó, mediante auto de pruebas del 04 de abril de 2011, ordenar a Coomeva EPS indicar si ya se sometieron a estudio del Comité Técnico Científico las peticiones de la señora Emily Valencia Rodríguez a favor de su cónyuge Néstor Uribe Araque, y si ya se entregaron las autorizaciones requeridas, tal y como fue ordenado en la sentencia del 2 de noviembre de 2010 proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle.

2. Por otra parte, se le solicitó a la accionante, Emily Valencia Rodríguez suministrar al despacho los siguientes documentos:

a. Registro civil de matrimonio o documento equivalente que demuestre la relación conyugal entre la señora Emily Valencia Rodríguez y el señor Néstor Uribe Araque.

b. La orden del médico tratante en la que se indique que el señor Uribe requiere de una silla

de ruedas.

c. Los documentos de los que pueda establecerse cuál es la situación económica de la accionante y su cónyuge y la actividad productiva a la que se dedican.

3. Terminado el plazo que se lo otorgó a Coomeva EPS para contestar, se verificó que la misma no dio respuesta alguna al requerimiento de este despacho y la comunicación telefónica con la misma fue imposible.

4. Por su parte, la señora Emily Valencia Rodríguez tampoco aportó los documentos que se le solicitaron en el auto anteriormente mencionado, sin embargo, a través de comunicación telefónica indicó que efectivamente es la cónyuge del señor Uribe Araque, reiteró que no tienen la capacidad económica para sufragar los gastos de la prótesis y de la silla de ruedas e indicó que aún no han recibido nada por parte de la EPS accionada y que su marido sigue en imposibilidad de moverse.

IV. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las Acciones de Tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

El expediente de la referencia fue seleccionado por medio de auto del 10 de diciembre de 2010 proferido por la Sala de Selección número Doce.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. La señora Emily Valencia Rodríguez, obrando en representación de su cónyuge Néstor Uribe Araque, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS., tras considerar que esta entidad estaba vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, al no haberle entregado la prótesis modular y la silla de ruedas que necesita para su movilidad.

Al señor Néstor Uribe Araque, es cotizante activo de Coomeva EPS, le fue amputado el

miembro inferior derecho por lo que sus médicos tratantes ordenaron el uso de una prótesis modular y de una silla de ruedas, por cuanto el uso de la prótesis no puede ser constante sino que debe intercalarse con el de la silla de ruedas.

La entidad accionada negó la entrega de dichos insumos e indicó que la solicitud debía someterse a estudio del Comité Técnico Científico.

Por su parte, Coomeva EPS indicó que, si bien el señor Néstor Uribe Araque se encuentra afiliado y en estado activo, ni la prótesis ni la silla de ruedas han sido negados por parte de la EPS, por cuanto no se han radicado las correspondientes órdenes de servicio y no hay autorizaciones pendientes con respecto al mencionado paciente.

Mediante providencia de única instancia del 2 de noviembre de 2010, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle, negó la acción de tutela por considerar que efectivamente, la accionante no realizó los trámites sistemáticos y adecuados que exige la EPS para poder emitir las respectivas autorizaciones o para someter el caso a estudio ante el Comité Técnico Científico. De esta manera, indicó que los accionantes deben realizar los trámites que exige la ley con el fin de que la EPS pueda pronunciarse al respecto. Así mismo, procedió a requerir a Coomeva EPS para que una vez se hubieran realizado los trámites correspondientes, se sometiera el caso a estudio del Comité Técnico Científico y se procediera a entregar las autorizaciones requeridas.

Durante el trámite de la presente tutela el magistrado sustanciador ordenó a Coomeva EPS indicar si las pretensiones de la señora Valencia ya habían sido sometidas a estudio del Comité Técnico Científico, y si ya se habían entregado las autorizaciones requeridas, tal y como había sido ordenado en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle. Al respecto, la entidad accionada guardó silencio.

2.2. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema jurídico a resolver es si en el presente caso se vulneraron o no los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del señor Néstor Uribe Araque, al no haberse autorizado la entrega de una prótesis modular y una silla de ruedas, bajo el argumento de que se trata de insumos que no están incluidos en el plan obligatorio de salud-POS- y que no fueron solicitados ante el Comité Técnico Científico. Para resolver dicho problema se desarrollarán los siguientes temas: i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad, reiteración de

jurisprudencia. ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud-POS- y recobro ante el Fosyga. iii. Análisis del caso concreto.

i. El derecho fundamental a la salud de las personas en estado de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

1. En el presente acápite se procederá a analizar el derecho a la salud y la protección con que éste cuenta tanto en la Constitución Política de 1991, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Valga recordar que la importancia de este derecho se deriva, básicamente, de su estrecha y directa relación con otros derechos fundamentales como lo son el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana de que gozan todos los habitantes del territorio nacional.

2. En la sentencia T-574 de 2010 se indicó que la Constitución Política de 1991 dispone una especial protección a las personas que se encuentran en condición de discapacidad. De las disposiciones constitucionales es preciso destacar el artículo 13 y el 47. El artículo 13 de la Constitución enuncia que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

De igual manera, el artículo 47 constitucional prescribe que:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

La mencionada sentencia indicó lo siguiente:

“(...) la Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido, respecto de la especial protección que merecen las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que

históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”¹

De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que sufren problemas de salud, se indicó:

“(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Una conclusión acertada acerca del tema objeto de la presente exposición se encuentra en la sentencia T-818 de 20082:

“En síntesis, las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha establecido como deber de todas las personas que participan del Sistema de Seguridad Social en Salud, el

deber de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”

3. Frente a la ‘fundamentalidad’ del derecho en cuestión, esta corporación señaló en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, lo siguiente:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

4. Posteriormente, en sentencia T-144 de 2008 (febrero 15), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisó:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte³, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un

derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...4

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.”

5. Por último, es importante recordar que esta Corte, en sentencia T-126 de 2010 indicó que:

“(…) En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[16] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados

en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[18]”5

6. Por todo lo anterior, es posible concluir que si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela6. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado.

ii. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud - POS- y recobro ante el Fosyga. Reiteración de jurisprudencia

1. En la sentencia T-574 de 2010 la Corte Constitucional distinguió dos grupos en los cuales se presentan controversias sobre el derecho a la salud: cuando la vulneración o amenaza versa sobre un medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuando la vulneración o amenaza versa sobre procedimientos o medicamentos que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud, o NO POS. De esta manera, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para los dos tipos de controversias, las cuales deben ser verificadas por los jueces de tutela al momento de conceder o denegar el amparo en materia de derecho a la salud:

“Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.”7

2. Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en la sentencia en comento, la Corte fijó las siguientes reglas:

“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.⁸ Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”⁹ En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,¹⁰ como en el régimen subsidiado,¹¹ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,¹² a la enfermedad que padece la persona¹³ o al tipo de servicio que ésta requiere.¹⁴”¹⁵”¹⁶

3. De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud. Así quedó establecido en la sentencia T-126 de 2010 de la siguiente manera:

“La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en

el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano. En la sentencia T-223 de 2006 se manifestó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”¹⁷

Luego, la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si (sic) carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.¹⁸”

Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado: (i) por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud; y por el otro, (ii) que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

5. De las pruebas que obran en el expediente y de la normatividad vigente en salud se advierte que, en el caso bajo análisis, los insumos que requiere el paciente (prótesis y silla de ruedas) no están cubiertos por el plan obligatorio de salud -POS-. De hecho, están dentro de las exclusiones que contempla el Acuerdo 08 de 2009.

iii. El Caso Concreto

Pasa entonces la Sala a analizar el caso concreto para determinar si Coomeva EPS, ha vulnerado o no los derechos a la salud y a la seguridad social del señor Néstor Uribe Araque, al no haberle entregado la prótesis y la silla de ruedas que necesita para su movilidad tras haber sufrido la amputación de su miembro inferior derecho.

1. Como se deriva de los hechos y del expediente, el señor Uribe Araque es un paciente a quien tuvo que amputársele su pierna derecha tras haber sufrido una oclusión de carótida interna derecha, patología que ocasionó que dicho miembro no pudiera recuperarse y tuviera que ser removido. De este modo, el paciente en cuestión fue operado por los médicos de Coomeva EPS y posteriormente inició su tratamiento de rehabilitación básicamente haciendo ejercicios en casa. Sus médicos tratantes le ordenaron el uso de una prótesis y de una silla de ruedas, de manera que, intercalando estos dos instrumentos pudiera recuperar su movilidad y valerse por sí mismo.

De lo anterior, existe prueba en el expediente, constan allí las órdenes de los médicos tratantes en las que se establece que el señor Uribe, al haber perdido una pierna, necesita reemplazarla por los instrumentos adecuados que le permitan volver a caminar o a moverse por sus propios medios.

Es claro que, si bien los médicos tratantes ordenaron el uso de estos instrumentos ni la silla de ruedas ni la prótesis modular que el paciente necesita se encuentran incluidas en el POS, a pesar de ser fundamentales para su recuperación y no existir otro tipo de tratamiento que pueda reemplazarlas.

2. De lo anterior se deriva que efectivamente Néstor Uribe Araque (i) es un adulto mayor que (ii) necesita tratamiento integral para recuperar su salud y su movilidad tras la intervención a la que fue sometido, y que (iii) la EPS debe garantizárselo, tanto así que la entrega de las autorizaciones que hacen falta fue ordenada mediante sentencia de tutela proferida por el

Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle, del 02 de noviembre de 2010 en única instancia, una vez se llevara a cabo el trámite ante el Comité Técnico Científico; además, (iv) ni el paciente ni su cónyuge están en la capacidad económica para asumir los costos de los implementos requeridos.

Sin embargo, es importante precisar que, en el expediente obra la fotocopia de solicitud de los insumos no POS al Comité Técnico Científico en formato de Coomeva EPS (folio 6), lo que quiere decir que, a diferencia de lo que afirma la accionada, la accionante sí solicitó los insumos ante el mencionado comité, por lo cual la EPS ha debido entregar las autorizaciones en cumplimiento de lo sugerido en la sentencia de única instancia. Es más, la necesidad de una prótesis y de los demás implementos necesarios para recuperar la movilidad, es una consecuencia inherente a un procedimiento de amputación. Dichos instrumentos deben entenderse como parte del tratamiento integral que tiene que brindársele a una persona a quien se le ha amputado uno de sus miembros, sin que pueda dilatarse su entrega por razones burocráticas o a causa de trámites administrativos que necesariamente han de culminar en la autorización de lo solicitado, por cuanto se trata de insumos esenciales para la recuperación de la movilidad y de la salud del paciente.

3. Considera la Sala que, en lo que tiene que ver con la entrega de la prótesis, se reúnen todos los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para la entrega de insumos que estén por fuera del POS, es decir, la orden del médico tratante, la importancia del suministro del insumo para la conservación de la salud del paciente y para que pueda tener una vida digna, la no existencia de otros insumos dentro del POS que puedan reemplazar los que el paciente solicita y la falta de capacidad económica del paciente para sufragarlos por sus propios medios, teniendo en cuenta que tanto el paciente como su cónyuge son personas de la tercera edad que no tienen pensión, y que, la EPS accionada tampoco controvertió la incapacidad económica de los mismos (folio 36). En el caso concreto, existe la orden médica en el expediente (folios 10, 11 y 12), la prótesis no puede reemplazarse por ningún otro instrumento contenido en el POS, la accionante y su cónyuge son personas de la tercera edad que no devengan pensión y que reciben sus ingresos de la venta de hierbas, y, la prótesis es absolutamente necesaria para que el señor Uribe pueda volver a caminar. Por las anteriores razones, la Sala procederá a ordenar a Coomeva EPS, la entrega de la prótesis junto con todos los elementos que se requieren para su uso adecuado al señor Uribe Araque, con posibilidad de recobrar los gastos en que incurra ante el Fosyga.

4. En lo que tiene que ver con la silla de ruedas, si bien no obra en el expediente la orden del médico tratante, los tres requisitos adicionales se cumplen de la misma manera que en el numeral anterior. Además, partiendo de la buena fe de la accionante, se puede inferir que ciertamente el uso de la prótesis debe ser alternado con aquel de la silla de ruedas al menos mientras el paciente se adapta definitivamente al uso de la primera. Téngase en cuenta además que, cuando este despacho solicitó a la accionada que se pronunciara el respecto, guardó silencio.

Por las razones anteriores esta Sala procederá a ordenar a Coomeva EPS la entrega temporal de una silla de ruedas, al menos hasta que los médicos tratantes del paciente determinen que ésta no es necesaria y que puede continuar su tratamiento solo con el uso de la prótesis.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida en única instancia por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Palmira, Valle, mediante la cual se negó el amparo solicitado, y, en consecuencia, CONCEDER el amparo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva E.P.S. que autorice y haga posible la entrega, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, de la prótesis que requiere el señor Néstor Uribe Araque, teniendo en cuenta que puede recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- los gastos que esto le represente.

Tercero.- ORDENAR a Coomeva E.P.S., que autorice y entregue, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, la silla de ruedas solicitada por el señor Uribe Araque como parte de su tratamiento integral, hasta que sus médicos tratantes determinen que ésta ya no es necesaria. Igualmente podrá recobrar ante el Fosyga

los gastos correspondientes.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T -288 de 1995.

2 Sobre el tema ver también la sentencia T-899 de 2007.

3Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.

4Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras.

5 Sentencia T-760 de 2008.

6 T-763 de septiembre 25 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

7 Sentencia T-760 de 2008.

9 Estos criterios fueron establecidos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007. En la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (exámen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar "(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos."

10 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016 , T-024 y T-086 de 2005.

11 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

12 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que "cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA." (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002; en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005.

13 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha "(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a

estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004].

14 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; estas condiciones fueron fijadas en la sentencia T-395 de 1998 y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

15 Corte Constitucional T-1022 de 2005.

16 Sentencia T-760 de 2008.

17 Sentencia T-223 de 2006.

18 Bien sea, por ejemplo, porque el servicio no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de servicios o bien porque está sometido a un ‘pago moderador’ (ver apartado 4.4.5.).